

**ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE**  
**JOÃO MAURICIO ADEODATO**  
**RENATA MOTA MACIEL MADEIRA DEZEM**  
**(ORGANIZADORES)**

# **DIREITO EMPRESARIAL**

## **ESTRUTURAS E REGULAÇÃO**



**Universidade Nove de Julho – UNINOVE**  
Rua Vergueiro, 235/249 – 12º andar  
CEP: 01504-001 – Liberdade – São Paulo, SP – Brasil  
Tel.: (11) 3385-9191 – [editora@uninove.br](mailto:editora@uninove.br)

ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE  
JOÃO MAURÍCIO ADEODATO  
RENATA MOTA MACIEL MADEIRA DEZEM  
(ORGANIZADORES)

# **DIREITO EMPRESARIAL: Estruturas e Regulação**

São Paulo

2018



© 2018 UNINOVE Todos os direitos reservados. A reprodução desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98). Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio, sem a prévia autorização da UNINOVE.

Conselho Editorial: Eduardo Storópoli  
Maria Cristina Barbosa Storópoli  
Patricia Miranda Guimarães  
Sérgio Pereira Braga

*Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores*

Capa: Big Time Serviços Editoriais  
Diagramação: Big Time Serviços Editoriais  
Revisão: Antonio Marcos Cavalheiro

Catálogo na Publicação (CIP)  
Cristiane dos Santos Monteiro – CRB/8 7474

---

Direito empresarial: estruturas e regulação / André Guilherme Lemos Jorge; João Maurício Adeodato; Renata Mota Maciel Madeira Dezem.  
— São Paulo : Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018.  
248 p.

ISBN: 978-85-89852-69-2 (e-book)  
ISBN: 978-85-89852-68-5 (impresso)

1. Direito empresarial 2. Regulação I. Organizadores II. Título

CDU 347.7

---

# Sumário

Apresentação..... 7

## **CAPÍTULO 1**

Raízes filosóficas do pragmatismo econômico ..... 9

*JOÃO MAURÍCIO ADEODATO*

*JOSÉ RENATO NALINI*

## **CAPÍTULO 2**

A ordem jurídica do mercado na economia globalizada ..... 27

*MARCELO BENACCHIO*

## **CAPÍTULO 3**

Governança regulatória e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): um plano de ação para as políticas públicas locais ..... 47

*ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS*

## **CAPÍTULO 4**

Títulos de crédito eletrônicos ..... 77

*NEWTON DE LUCCA*

## **CAPÍTULO 5**

O direito concorrencial nas escolas de Chicago e de Freiburg ..... 97

*RENATA MOTA MACIEL MADEIRA DEZEM*

## **CAPÍTULO 6**

Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional ..... 123

*CELSON ANTONIO PACHECO FIORILLO*

## **CAPÍTULO 7**

Pressupostos constitucionais da intervenção do estado no direito econômico ..... 147

*ANDRÉ GUILHERME LEMOS JORGE*

*SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES*

## **CAPÍTULO 8**

Atividade Regulatória e Controle: impactos e desenvolvimento de um ambiente de governança regulatória ..... 167

*BRUNO DANTAS*

## **CAPÍTULO 9**

Organização do poder judiciário e especialização das varas em matéria empresarial..... 189

*MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS*

## **CAPÍTULO 10**

As sociedades de economia mista na Constituição Federal de 1988: governança e função social nas empresas sob o controle do Estado..... 209

*GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA*

## **CAPÍTULO 11**

A transformação do conceito de empresa e seu impacto no Estado e nas ordens jurídicas: o Constitucionalismo e a Fragmentação Transnacional da Sociedade e do Direito ..... 229

*SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR*

AUTORES ..... 244

## Apresentação

A renovação crítica do direito empresarial vai muito além da mera denominação. Reconhecidamente uma área do direito em contínua mutação, a dinâmica do direito empresarial é diretamente proporcional às modificações aceleradas por que passa a economia.

A necessidade de analisar criticamente o entrelaçamento entre as estruturas econômicas e jurídicas que impulsionam a empresa e o capitalismo contemporâneos é premente, assim como as disfunções e problemas específicos do direito empresarial na periferia desse mesmo capitalismo globalizado.

A pesquisa cuidadosa dos instrumentos de regulação dos mercados e das riquezas escassas visa mostrar como as transformações estruturais afastaram há muito o direito empresarial da função estratégica de proteção aos interesses dos empresários.

A grande quantidade de denominações desse ramo do direito, chamado de empresarial, comercial, mercantil, dos negócios, dá sinal claro das questões persistentes sobre sua autonomia e mesmo da própria identidade. Começa na Idade Média como um direito de comerciantes, com a revolução burguesa, e evolui dos atos de comércio para a empresa, como conceito aglutinador fundamental, sem estabelecer claramente suas fronteiras.

Além disso, o estudo da empresa no século XXI impõe o reconhecimento de sua importância não apenas para os detentores de capital e controle, mas para toda a sociedade, razão pela qual o estudo do direito empresarial voltado ao desenvolvimento dos países constitui tema fundamental, inaugurando uma nova visão.

Ao revogar a primeira parte do Código Comercial Brasileiro, de 1850, o Código Civil de 2002 constitui a empresa no objeto da atividade empresarial. Mas essa nova regulação, apesar da atualidade de seus conceitos, resultou de uma importação de conteúdo do Código Civil Italiano, ignorando, em alguns pontos, a já longa tradição mercantil brasileira.

Não por acaso, nos últimos anos há projetos para edição de um novo Código Comercial, apto a abarcar esse descompasso entre a realidade e o direito positivado, ainda que se reconheça possíveis críticas quanto à pertinência de um código, passada a era das codificações, tão festejada no século XIX.

Em torno desses temas foi que se reuniram os autores desta obra, todos Professores Permanentes do Programa de Pós-Graduação da Universidade Nove de Julho, vocacionados à investigação das contradições desse aparentemente novo regime do direito de empresa, que leva (ou deveria levar) em conta a atividade empresarial sob o enfoque das relações de poder econômico dos agentes, problema estrutural muitas vezes relegado por aqueles dedicados ao direito empresarial.

*Organizadores*

# CAPÍTULO 1

## **Raízes filosóficas do pragmatismo econômico**

*João Maurício Adeodato*

*José Renato Nalini*

**Resumo:** O texto apresenta as bases da filosofia contemporânea conhecida como pragmatismo e defende a tese de que suas origens remontam à Grécia clássica. Como o conceito de abdução foi considerado um marco inovador do pragmatismo em relação à retórica clássica, ele é analisado exatamente diante dessa questão da originalidade. Depois, aponta-se que o pragmatismo fornece uma filosofia do direito capaz de compreender os rumos da hermenêutica jurídica contemporânea, finalizando com a importância desse contexto no panorama econômico do capitalismo atual.

**Palavras-chave:** Pragmatismo e retórica clássica. Abdução e hermenêutica jurídica. Pragmatismo econômico e direito.

### **1 Pragmatismo, modernidade e retórica clássica**

Este capítulo pretende apresentar as raízes da filosofia contemporânea conhecida como pragmatismo e defende a tese de que suas origens remontam à Grécia clássica, como um desdobramento da retórica.

Apesar de tão antiga, essa forma de pensar e encarar o mundo caracteriza profundamente a formação do pensamento e da ideologia modernos sobre o conceito e a função do direito, mesmo que de modo marginal. Essa atualidade surpreendente explica-se como uma espécie de trincheira contra as formas dominantes de entender e aplicar o direi-

to, sistematizadoras de métodos supostamente racionais de controle, as quais a retórica sempre combateu.

A prática e a teoria jurídicas, nos inícios da era moderna, caracterizam-se pelas grandes codificações e pelas várias vertentes positivistas. A princípio de forma ingênua, aos olhos de hoje, como ocorreu na Escola da Exegese francesa, depois aperfeiçoando-se com os diversos normativismos – Escola Histórica, Jurisprudência de Conceitos, de Interesses, Círculo de Viena etc. Em que pese às perspectivas mais abstratas e sofisticadas adotadas pelo positivismo, parece até hoje permanecer a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia.

Ora, o pragmatismo filosófico é crítico dessa visão dominante e aqui podem-se ressaltar três de seus mais importantes aportes para a teoria geral e a filosofia do direito.

Em primeiro lugar, supõe que o silogismo não é o meio retórico, e menos ainda o meio lógico, efetivamente utilizado para atingir a decisão nas lides jurídicas. Quando muito, é uma forma de apresentar uma decisão que já foi obtida por outras vias<sup>1</sup>. É um procedimento altamente funcional, eficaz e legitimador; mas, em geral, não é uma estratégia consciente por parte dos chamados operadores jurídicos oficiais (juízes, ministério público, advogados, partes), os quais parecem crer que a decisão do Premissa menor concreto de fato é produzida pelo texto genérico previamente enunciado pelo sistema.

Em segundo lugar, a estrutura discursiva judicial mostra-se entimemática e não silogística, entre outros aspectos, porque nem todas as normas utilizadas explicitam-se, permanecendo muitas delas não só fora de questão, como também ocultas. Essa estrutura argumentativa do entimema será discutida adiante.

---

<sup>1</sup> SOBOTA, Katharina. **Sachlichkeit** – Rhetorische Kunst der Juristen. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1990. SOBOTA, Katharina. Legitimation durch Abweichung, in BENKERT, Otto; GORSEN, Paul. **Von Chaos und Ordnung der Seele**. Ein Interdisziplinärer Dialog über Psychiatrie und moderne Kunst. Berlin – Heidelberg: Springer Verlag, 1990, pp. 107-128.

Finalmente, sugere-se que, no ambiente de arremedo de direito dogmático em que atua o Estado nos países subdesenvolvidos, essas normas implícitas não são apenas pressupostas como evidentes, mas também ficam indeterminadas, prestando-se a manipulação<sup>2</sup>.

Dependendo da amplitude que se tenha do conceito de filosofia, a retórica pode estar dentro ou fora dela. Se a filosofia é a busca pela verdade, a retórica prescinde desse conceito e, assim, não está dentro da filosofia. Ottmar Ballweg, dentre outros, separa retórica e filosofia segundo esse critério e exclui expressamente desta última, correntes de pensamento como ceticismo, agnosticismo, voluntarismo, nominalismo, positivismo, pragmatismo e nihilismo<sup>3</sup>.

Contrariamente, coloca-se aqui que o pragmatismo é uma maneira filosófica de observar e entender o mundo, constitui uma filosofia. É uma visão estranha ao senso comum, sem dúvida, mas não tão inusitada quanto pode parecer, na história da filosofia. Essas filosofias retóricas listadas por Ballweg, em oposição às filosofias ontológicas, seguem caminhos semelhantes na recusa do conceito de verdade e são assim classificadas<sup>4</sup>.

Um exemplo é dado pelo conceito de *warranted assertability* do pragmatismo, sugerido por John Dewey, que coloca a “verdade” como a perspectiva dominante em determinado contexto. Na crítica que Bertrand Russell lhe faz percebe-se como o conceito de Dewey contraria o senso comum e também a perspectiva preponderante nas ciências, ainda que se mostre plenamente compatível com suas bases retóricas:

---

<sup>2</sup> Não que isso seja privilégio do discurso jurídico subdesenvolvido. Cf. HARRIS, J. A. Recognizing Legal Tropes: Metonymy as Manipulative Mode, in **The American University Law Review**, vol. 34, Number 4, Summer 1985, pp. 1215-1229.

<sup>3</sup> BALLWEG, Ottmar. Phronetik, Semiotik und Rhetorik, in BALLWEG, Ottmar; SEIBERT, Thomas-Michael (Hrsg.). **Rhetorische Rechtstheorie**. Freiburg-München: Alber, 1982, p. 27-71.

<sup>4</sup> GEHLEN, Arnold. **Der Mensch**. Seine Natur und seine Stellung in der Welt. Wiesbaden: Akademische Verlagsgesellschaft, 1978. BLUMENBERG, Hans. Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik in BLUMENBERG, Hans. **Wirklichkeiten, in denen wir leben** – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986, p. 104-136. ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

Mas se a verdade, ou melhor, a “assertividade garantida” depende do futuro, então, na medida em que se ache em nosso próprio poder alterar o futuro, está em nosso próprio poder alterar o que se deve asseverar. Isso amplia o sentimento de poder e liberdade humanos. César atravessou o Rubicão? Eu consideraria uma resposta afirmativa como inalteravelmente necessária para um evento passado. Dr. Dewey decidiria se responder sim ou não mediante uma apreciação de eventos futuros e não há qualquer razão para que esses eventos futuros não possam ser dispostos pelo poder humano, de modo que tornem mais satisfatória uma resposta negativa. Se eu achar muito desagradável a crença de que César atravessou o Rubicão, não é necessário que me deixe tomar de estúpido desespero; posso, se tiver habilidade e poder suficientes, arranjar um ambiente social em que a afirmação de que ele não atravessou o Rubicão terá “assertividade garantida”.<sup>5</sup>

O pragmatismo, especificamente, não incorpora a distinção epistemológica entre argumentos analíticos e substanciais (valorativos, axiológicos), pois estes não se prestam aos procedimentos argumentativos, ou seja, não podem ser argumentos<sup>6</sup>. Nesse sentido é fiel à tradição retórica, inclusive na classificação proposta por Aristóteles. Os enunciados valorativos partem de convicções morais que não admitem ser submeti-

---

<sup>5</sup> “But if truth, or rather ‘warranted assertability’ depends upon the future, then, in so far as it is in our own power to alter the future, it is in our own power to alter what should be asserted. This enlarges the sense of human power and freedom. Did Caesar cross the Rubicon? I should regard an affirmative answer as unalterably necessitated by a past event. Dr. Dewey would decide whether to say yes or no by an appraisal of future events, and there is no reason why these future events could not be arranged by human power so as to make a negative answer the more satisfactory. If I find the belief that Caesar crossed the Rubicon very distasteful, I need not sit down in dull despair; I can, if I have enough skill and power, arrange a social environment in which the statement that he did not cross the Rubicon will have ‘warranted assertability’”. RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy** – and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day. London: Routledge, 1993, p. 780.

<sup>6</sup> TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. New York: Cambridge University Press, 1994, p. 232 s.

das a escrutínios e daí a desconfiança do pragmatismo em relação a elas, na linha do ceticismo de Nietzsche:

Que ninguém se deixe induzir em erro: grandes espíritos são céticos. Zaratustra é um cético. A força, a liberdade que vem da força e sobreforça do espírito, prova-se pela *skepsis*. Homens de convicção, em tudo o que é fundamental quanto a valor e desvalor, nem entram em consideração. Convicções são prisões.<sup>7</sup>

O próprio Aristóteles retira da retórica pragmática o caráter epistemológico, definindo-a como uma técnica. Daí que não a insere entre as formas de conhecimento, deixando-a de fora de sua classificação das ciências, as quais podem ser ordenadas em três grupos: poéticas, teóricas e práticas. A retórica não é uma ciência poética (*poiesis*) porque não constitui seu próprio objeto, apenas desenvolve estratégias aptas a manipulá-lo; tampouco deve ser confundida com uma ciência teórica, pois essas trabalham com a descoberta da verdade e sua descrição por meio de juízos analíticos, tais como matemática, biologia e filosofia; e tampouco faz parte das ciências práticas, de que são exemplos a política e a ética, vez que essas procuram contemplar e realizar o bem individual e coletivo.

## 2 Conceito de abdução

A abdução (*ἀπαγωγή*, *apagogé*, *épagogé*, *abductio*) é apresentada pelo pragmatismo, para além do entimema e da indução clássicos, como uma nova categoria de silogismo, criada por Charles Sanders Peirce e sugerida como o principal conceito para emancipar o pragmatismo norte-americano moderno da tradição retórica clássica. Na linguagem de Peirce, a abdução é uma terceira forma de silogismo, ao lado da indução e da dedução, e tem uma lógica própria, uma estruturação formal peculiar e ori-

<sup>7</sup> NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Der Antichrist** – Fluch auf das Christenthum, in COLLI, Giorgio – MONTINARI, Mazzino (Hrsg.): Friedrich Nietzsche, **Kritische Studienausgabe** – in fünfzehn Bände, vol. 6. Berlin: Walter de Gruyter, 1988, p. 236, § 54: „Man lasse sich nicht irreführen: grosse Geister sind Skeptiker. Zarathustra ist ein Skeptiker. Die Stärke, die Freiheit aus der Kraft und Überkraft des Geistes beweist sich durch Skepsis. Menschen der Überzeugung kommen für alles Grundsätzliche von Werth und Unwerth gar nicht in Betracht. Überzeugungen sind Gefängnisse.”

ginal. Isso porque o silogismo dedutivo parte da premissa maior para a premissa menor e daí para a conclusão, enquanto o silogismo indutivo vai da premissa menor para a conclusão e chega à premissa maior. Logo, por simples análise combinatória, há uma terceira possibilidade: partir da premissa maior para a conclusão e desta para a premissa menor, o silogismo abduativo que a princípio Peirce chamou simplesmente de “hipótese”.

Ao contrário da dedução, que é logicamente obrigatória, por ser analítica, a abdução tem em comum com a indução as características de se apoiarem ambas na probabilidade e de constituírem juízos sintéticos, no sentido de Kant, ou seja, que ampliam o conhecimento.

Por isso a argumentação embasada na indução, diz Peirce, vai do particular para o geral e de uma série de fatos para outra série de fatos análogos, ao passo que a argumentação apoiada na abdução vai do efeito para a causa e de uma série de fatos para outra série de fatos de natureza diferente.

A argumentação indutiva funciona da seguinte maneira:

Premissa menor: estes feijões são desta sacola.

Conclusão: estes feijões são brancos.

Premissa maior: todos os feijões desta sacola são brancos.

A estrutura do argumento dedutivo é assim exemplificada:

Premissa maior: todos os feijões desta sacola são brancos.

Premissa menor: estes feijões são desta sacola.

Conclusão: estes feijões são brancos.

Já a abdução configura uma terceira possibilidade argumentativa:

Premissa maior: todos os feijões desta sacola são brancos.

Conclusão: estes feijões são brancos.

Premissa menor: estes feijões são desta sacola.

Os pragmatistas procuram distinguir a abdução do entimema e da indução, porém muitos outros autores tendem a ver na abdução apenas uma das espécies de entimemas já classificados por Aristóteles, enquanto uma terceira corrente a vê como sinônimo da indução tradicional.

Apesar de muitas vezes se traduzir *epagogé* por indução, é preciso reconhecer a diferença entre abdução e indução sugerida pelo pragmatismo. Mas certamente ambas as formas de argumentação, a abdutiva e a indutiva, podem ser compreendidas no conceito de entimema, o que não elimina a contribuição de Peirce.

### 3 Conceito de entimema

O conceito de entimema não é claramente definido, havendo variações diversas em torno de um núcleo comum, segundo o autor que o emprega. Aristóteles, depois de a expressão ter sido utilizada por vários sábios gregos, é quem o investiga mais de perto em sua *Retórica* e dá seu próprio conceito. Conhecendo a definição do entimema como um tipo de silogismo, no qual uma das premissas ou a conclusão é tomada como evidente, e por isso fica implícita no discurso, ele não a adota, sob argumento de que tem caráter meramente formal e não fornece a diferença material específica desejável<sup>8</sup>.

Aristóteles considera assim insuficiente a classificação em entimemas de primeira, segunda ou terceira ordem, segundo falte respectivamente a premissa maior, a premissa menor ou a conclusão, definição corrente até hoje. A sugestão de manter em silêncio uma das premissas ou a conclusão como estratégia persuasiva, contudo, é considerada eficaz por ele. Permanece assim a ideia da estruturação formal do entimema, que não expressa o silogismo em sua inteireza, silenciando sobre aquilo que é óbvio ou aquilo que, apesar de não evidente, é por demais conhecido do ouvinte; ou sobre o que se quer fazer parecer óbvio ou conhecido.

---

<sup>8</sup> SPRUTE, Jürgen. *Die Enthymemtheorie der aristotelischen Rhetorik*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1982, p. 68 s.

Assim, a utilização do entimema pressupõe que o ouvinte conhece e concorda com a premissa ou conclusão silenciada, ocorra isto de fato ou não. Ex.: Dorieus venceu os jogos olímpicos, Dorieus ganhou uma coroa de louros. Falta a premissa maior, pois todos sabem que quem ganha os jogos recebe a coroa<sup>9</sup>. O que será formulado e o que será silenciado depende da situação concreta. Note-se que o conceito de Aristóteles não é incompatível com esse conceito formal, apenas tenta ir além e entender como e por que é possível deixar partes essenciais do raciocínio implícitas.

O pragmatismo vai partir dessas origens para explicar uma estratégia óbvia em qualquer discurso humano: quanto mais vago e ambíguo, mais aparente acordo um argumento vai atrair. Frases como “queremos a melhora do sistema público de saúde”, que pragmaticamente nada querem dizer, mas que estão a todo momento nos argumentos, provocarão mais adesão do que quando o orador detalha o que “melhora” quer significar: por exemplo, “contratar mais profissionais com salários mais baixos” ou “fazer as empresas privadas da área contribuírem com 30% de seu lucro”.

Aristóteles junta os *topoi* que servem para fundamentar os entimemas, dividindo-os em reais ou aparentes: o emprego de oposições e equivalências de termos (antônimos e sinônimos), a comparação, as diferenças de grau, as experiências anteriores, as polissemias, os juízos de valor supostamente generalizados. Ele enumera 28 desses lugares comuns<sup>10</sup>. Exemplos de *topoi* construindo entimemas: conclusão a partir do oposto: “a coragem é boa, pois a covardia é má”; conclusão a partir da implicação entre conceitos complementares: “se é bom aprender retórica, então também é bom ensinar retórica”; conclusão a partir de um juízo sobre o mais forte ou maior, estendido ao mais fraco ou menor: “se nem os deuses sabem tudo, menos ainda, os homens” (variantes desse

---

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. **Retórica**, I, 2, 1357a, 15-20 (ARISTOTLE. **Rhetoric** in *The works of Aristotle*, trad. W. Rhys Roberts. Col. Great Books of the Western World. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, v. 8, p. 593-675.

<sup>10</sup> *Idem*, II, 23, 1397a, 10-30.

entimema são os argumentos jurídicos posteriormente chamados de *a fortiori*: “quem pode o mais, pode o menos”, “quem não pode o menos, não pode o mais”); a partir de um argumento de autoridade: “a alma é imortal, pois os grandes filósofos assim o afirmam”. E assim por diante.

A tópica consiste desse conjunto de premissa maiores que servem para demonstrar algo (*topoi*), premissa maiores que não são dedutivas ou demonstrativas, mas nada obstante aparecem como axiomas e se baseiam em pontos de vista reconhecidos no contexto do discurso. Claro que a tópica não serve apenas à arte retórica, mas também a seus campos de aplicação como a ciência, a política, o direito, a teoria literária.

Aristóteles diz expressamente que o entimema é o núcleo da persuasão e o objeto central da retórica e por isso o denomina silogismo retórico: assim como as conclusões dialéticas, que também provêm da *endoxa*, o entimema trata daquilo que não decorre necessariamente das premissas invocadas.

Para facilitar o reconhecimento e a criação de entimemas, Aristóteles constrói uma tópica do entimema, uma tópica dentro da *Retórica*, além daquela contida em sua *Tópica* propriamente dita. Encontrar e construir entimemas é uma das funções mais importantes da *inventio*. A invenção (“descobrir os pensamentos mais adequados para o fim que o orador se propõe”) é uma das seis partes da eloquência (“significar com deleite os pensamentos por palavras, para convencer e persuadir”)<sup>11</sup>. Para tanto, um dos métodos mais antigos é justamente o tópico.

Na sua obra *Tópica*, Aristóteles já colocara o conceito de silogismo dialético, baseado em premissas universalmente aceitas (*endoxa*), diferente do silogismo apodítico, embasado em premissas e conclusão evidentes, indiscutíveis. O silogismo que denomina dialético (*epiquirema*), apesar de menos inexorável que o silogismo apodítico, pretende-se demonstrável, diferentemente do entimema, que é persuasivo. No outro extremo de sua classificação, separa também o entimema do silogismo

---

<sup>11</sup> CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. **Tratado de Eloquência**, in **Obras Políticas e Literárias**, em 2 vols., colecionadas pelo Comendador Antonio Joaquim de Mello. Recife: Typographia Mercantil, 1875 (ed. *fac simile*), tomo I, p. 65.

erístico dos sofistas, o qual se baseia em premissas, ou chega a conclusões, falsas. Assim o entimema, estudado depois, não se confunde com esses outros tipos de silogismo.

Finalmente, os meios de persuasão, objetivo da retórica, são separados em técnicos e retóricos. Os técnicos dizem respeito ao *ethos* (apresentação do caráter do orador, dando peso a suas palavras), o *pathos* (que consiste em despertar emoções nos ouvintes) e o *logos* (a argumentação objetiva). Quanto aos meios discursivos de persuasão especificamente retóricos, Aristóteles faz analogia com os métodos empregados pela ciência e pela dialética, encontrando também a indução (*epagogé*) e a dedução (*syllogismós*). Os meios retóricos correspondentes, assim, são o paradigma (indutivo, chamado de “indução retórica”) e o entimema (dedutivo, chamado de “silogismo retórico”).

#### **4 Pragmatismo na hermenêutica jurídica contemporânea**

Esse desenvolvimento histórico que privilegia o silogismo dedutivo e apodítico vai caracterizar a maneira de ver o direito no alvorecer da modernidade, com o surgimento do positivismo jurídico, em suas primeiras manifestações.

A teoria do direito dominante, assim como sua prática profissional comum, vão ser dirigidas por essa mentalidade silogística, a forma de pensar e aplicar o direito que parecia mais adequada diante do direito dogmático, o direito que decide sempre, devido à proibição do *non liquet*, e que sempre se refere a uma norma fixada *a priori* de acordo com as premissas maiores autorreferentes do próprio sistema. Parece que, apesar da maior abstração e sofisticação atingidas com a evolução do positivismo a partir da Escola da Exegese, permanece firme a convicção ou o preconceito de que todo direito concreto se baseia em uma norma geral anterior. Mesmo em minoria, contudo, não têm faltado críticas a essas concepções dominantes, nas quais se nota a influência decisiva do pragmatismo, do qual nasceu o realismo jurídico em suas primeiras vertentes.

A hermenêutica jurídica atual tem partido de um debate já clássico que pode ser didaticamente resumido na dicotomia subsunção *ver-*

*sus casuismo*. A concepção subsuntiva pretende uma conclusão correta e segura, a qual decorreria de uma relação clara e objetiva entre o texto genérico da lei e a decisão concreta. A perspectiva casuística, mais cética, parte do princípio de que a norma geral não produz a decisão nem sequer fixa os parâmetros dentro dos quais o intérprete atua, mas apenas serve de justificativa posterior para uma escolha feita diante do caso concreto e produzida por outras vias, tais como *ethos* e *pathos*, além de argumentos erísticos como *simulatio* e *dissimulatio*. Essas vias decisórias nada têm a ver com o texto alegado, ainda que o intérprete pense ingenuamente, ou alegue estrategicamente, partir dele.

O realismo jurídico de Oliver Holmes, reflexo do pragmatismo e por isso também conhecido como “realismo (jurídico) norte-americano”, procura um meio termo: só quando efetivamente realizada no caso concreto nasce a norma, caminho pelo qual também segue o “pragmatismo sociológico” de Roscoe Pound<sup>12</sup>. Essa convicção passa à história das ideias jurídicas como um dado hermeneuticamente necessário que não indica qualquer deficiência da parte do legislador<sup>13</sup>. Pensando realisticamente, não há uma norma geral prévia, mas um texto como ponto de partida. O que a legislação faz, sobretudo aquela constituinte, inclusive a originária, é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita<sup>14</sup>. Porém essa visão pragmática é minoritária e tem sido incompreendida, principalmente no Brasil.

Deve-se reconhecer que muitos juristas críticos, que têm a dogmática como centro de suas preocupações e acreditam em um conceito de justiça como finalidade do processo de produção do direito, admitem que os sentidos da norma podem mudar diante do caso. Mesmo as-

---

<sup>12</sup> AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando Garcia; VILANOVA, José. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1972, p. 313-317.

<sup>13</sup> KAUFMANN, Arthur. Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Hrsg.). **Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart**. Heidelberg: C.F. Müller, 1994, p. 163.

<sup>14</sup> MÜLLER, Friedrich. **Strukturierende Rechtslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, *passim*.

sim, é quase unânime a doutrina de que a decisão decorre de um texto geral previamente estabelecido. Ou seja: a estrutura autorreferente com que a dogmática jurídica é apresentada pelo Estado constitucional corresponde à realidade. Isto possibilita uma racionalização universalista que esconde o caráter irracional da realidade, casuística e irrepetível<sup>15</sup>, mas tem-se mostrado eficaz no trato dos conflitos.

A retórica pragmática verifica que o fundamento das decisões jurídicas são *topoi*, opiniões mais ou menos indefinidas a que, mesmo assim, a grande maioria empresta sua adesão, ao mesmo tempo em que preenche os inevitáveis pontos obscuros e ambíguos com sua própria opinião pessoal, baseada em pressuposições que permanecem implícitas como se evidentes fossem. Esses *topoi* vagos e indefinidos, presentes na constituição e todos os textos jurídicos em geral, auxiliam o controle social pelo Estado e sua dogmática jurídica em uma sociedade altamente complexa. São exemplos os chamados “conceitos indeterminados”, como bem comum, boa fé, probidade, propriedade, crédito, pudor, além das ficções de neutralidade e imparcialidade pressupostas pelo próprio controle estatal e seu direito.

Só sistemas sociais mais primitivos, isto é, com menor complexidade social, podem explicitar mais claramente o conteúdo valorativo de suas decisões<sup>16</sup>. Porém, mesmo nessas comunidades mais primitivas, algo permanece na esfera do silêncio. Como mostra Ross, até no discurso normativo da comunidade dos Aisat-naf, nas ilhas do Pacífico Sul, há termos que, “apesar de sua carência de significado, têm uma função a desempenhar na linguagem cotidiana das pessoas”, termos que se denominam *tû-tû*<sup>17</sup>. Essas sociedades não desenvolvem um procedimento

---

<sup>15</sup> Explica Hartmann que todo ente real é único, individualizado, o que constitui uma das formas intransponíveis de irracionalidade. HARTMANN, Nicolai. **Zur Grundlegung der Ontologie**. Berlin: Walter de Gruyter, 1965, p. 81 s.

<sup>16</sup> SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm! in **International Journal for the Semiotics of Law**, vol. 4, fasc. 10, p. 45-60, 1991. Trad. bras. Não Mencione a Norma! in **Anuário dos Cursos de Pós Graduação em Direito**, nº 7. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1996, p. 80-93.

<sup>17</sup> ROSS, Alf. **Tû-Tû**, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976, p. 9.

dogmático de controle e legitimação, pois a legitimidade já é garantida por um pacto prévio qualquer, um acerto de poder, concordância quanto a conteúdos normativos ou outras formas extradogmáticas de redução de complexidade<sup>18</sup>. Pode-se concluir que, quanto menos autorreferente o sistema social, mais conectadas estarão suas diversas ordens normativas, mais interdependentes serão as esferas da religião, moral, dinheiro, poder, família, amizade etc.<sup>19</sup>.

A visão pragmática destaca o equívoco de se partir do silogismo demonstrativo, explícito e racionalmente cogente como instrumento lógico para estudo do direito positivo, tal como tentado pela dogmática jurídica tradicional e bem-intencionada. A estrutura argumentativa do entimema, com seus lugares-comuns, parece assim mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares “científicos” como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas com objetivos pragmáticos.

Dentre as muitas críticas feitas às visões mais tópicas, casuísticas, pragmáticas sobre o direito, a mais recorrente é a objeção ética, colocando-as todas como ideologia a serviço da facção vitoriosa na luta pelo poder<sup>20</sup>. A ética do ceticismo não é aquela que, por admitir qualquer conteúdo, presta-se, por exemplo, a justificar a imposição compulsória de padrões homogêneos de comportamento a toda a comunidade. Precisamente por recusar parâmetros de conduta legítimos “em si mesmos”, o ceticismo combina mais facilmente com uma ética disposta a

---

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, p. 155 s., sobretudo as notas 5 e 11.

<sup>19</sup> ADEODATO, João Maurício. Brasilien. Vorstudien zu einer emanzipatorischen Legitimationstheorie für unterentwickelte Länder. **Rechtstheorie**, N. 22, Heft 1. Berlin: Duncker und Humblot, 1991, p. 108-128. Ou Uma Teoria (Emancipatória) da Legitimação para Países Subdesenvolvidos. **Anuário do Mestrado em Direito**, nº 5. Recife: ed. UFPE, 1992, p. 207-242.

<sup>20</sup> Como o faz WIEACKER, Fraz. Zur Topikdiscussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft *in Xenion. Festschrift für Pan J. Zepos*, vol. I. Athen – Freiburg i.B. – Köln: 1973, p. 391-415, p. 401.

tolerar posturas diversas, desde que não se pretendam estender a todos a todo custo.

Mais positivo ainda, no campo da ética, é perceber a íntima relação entre o desenvolvimento de uma ética cética e um regime político de liberdade, pois esta é diretamente proporcional ao número daqueles que podem falar, ensejando um ambiente no qual a palavra e as técnicas do discurso alcançam suas potencialidades argumentativas e se reduz drasticamente o poder de indivíduos ou grupos específicos.

### **5 Pragmatismo econômico contemporâneo**

Discorrer sobre pragmatismo e economia na contemporaneidade representa, antes de tudo, o desafio de correlacionar perspectivas epistemológicas absolutamente distintas. Trata-se, contudo, de um desafio deveras generoso com quem estiver disposto a encampá-lo, na medida em que as interfaces entre ambas as visões oferecem um campo prolífico de análise.

Isso porque as análises interdisciplinares são em geral adequadas, principalmente porque o pragmatismo, como já estudado neste texto, guarda aderência significativa com o pensamento econômico, na medida em que aposta no valor prático das ideias, conferindo-lhes finalidade. Ou seja, mais do que literatura ou mesmo exercício cultural, a filosofia, segundo a ótica pragmatista, deve ser empregada numa perspectiva instrumental orientada a uma finalidade prática. Tal perspectiva convém em tudo à teoria econômica, a todo momento envolvida em questões que demandam, por sua vez, formulação de boas perguntas intermediárias para que o exercício lógico chegue a um bom termo.

Pouca dúvida há sobre o protagonismo, dentre outros, de Willard V. Quine para os estudos pragmatistas. Ele foi o responsável por revisar o empirismo, colocando-o como linha auxiliar para a solução dos dilemas metafísicos postos na tradição filosófica.

Segundo Gaia,

A filosofia passaria, nessa visão, a ser entendida como disciplina «profissional» e científica, dotada de requisitos apodícticos e pronta para cumprir a função única de clarear o discurso científico a ponto de se transformar, paradigmaticamente, num instrumento estritamente lógico, capaz de delimitar o campo do conhecimento válido (critério de demarcação) ao estilo do **conhecimento sintético a priori** de Kant. De acordo com esta interpretação, que busca aproximar o positivismo lógico e seu critério de demarcação da filosofia neokantiana, feita inicialmente por Richard Rorty em *A filosofia e o espelho da natureza*, o projeto linguístico do empirismo lógico passa a ser compreendido como um prolongamento e uma tentativa de transformar a epistemologia a partir da definição de um novo critério de demarcação, mantendo, no entanto, sua característica principal enquanto disciplina-fundamento do conhecimento, responsável por servir como instrumento divisório e de demarcação do conhecimento válido ao estilo do projeto de Kant.<sup>21</sup>

Referido autor influenciou uma série de outros pensadores da linha da filosofia analítica. Destaque-se, neste particular, o filósofo pragmata norte-americano Richard Rorty, que sempre dedicou espaço central em seu pensamento à dinâmica típica da reflexão orientada a uma finalidade prática. Trata-se, nesse sentido, de um movimento permanente, na medida em que a descoberta de soluções aos problemas formulados leva, com o tempo, a novas questões, que, por sua vez, conduzirão a novas soluções e assim sucessivamente a novos problemas.

Essa articulação, mais do que mera sofisticação filosófica, exerce papel fundamental na manutenção da vitalidade do processo democrático nas nações, colaborando para fortalecer tais projetos e conferindo-lhes um sentido orgânico permanente. Ainda que sejam notórias as divergências conceituais de fundo entre Richard Rorty e Jürgen Habermas, filósofo alemão tributário da tradição kantiana e preocupado com a construção

---

<sup>21</sup> GAIA, Paulo *et alii*. Pragmatismo e economia: elementos filosóficos para uma interpretação do discurso econômico, in **Estudos Econômicos**, v. 36, n. 3. São Paulo: jul/set de 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612006000300008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000300008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 jun. 2018.

discursiva de consensos na esfera pública, neste particular parece haver uma convergência entre esses dois pontos de vista<sup>22</sup>, ainda que os fins almejados sejam, conceitualmente, diferentes.

Veja-se, sobre Rorty:

A alternância de teorias e métodos de averiguação científica verificados ao longo da história do pensamento científico estariam, de acordo com Rorty, muito menos relacionados a erros ou desvios da trajetória epistemológica indicadas por nossos filósofos de plantão do que a supostas mudanças dos problemas teóricos e aplicados que insurgem em nossas sociedades à medida que elas se modificam, criando e recriando novas problemáticas. O interessante, de acordo com esta perspectiva, é que a própria criação de problemas teóricos possa ser vista como fazendo parte das próprias condições históricas e contingentes presentes em determinado momento, fugindo assim de um etnocentrismo caro aos filósofos e metodólogos tradicionais. O resultado das próprias alterações na sociedade nos impele a novas problematizações, o que claramente pode significar a obsolescência argumentativa de qualquer solução teórica que se poderia dar a problemas antigos. Estes resultados, no entanto, não estariam relacionados diretamente à resposta dada ao problema teórico antigo em questão, mas sim ao fato do próprio problema antigo já não ter mais a importância que se atribuía a ele. Daí o caráter de irrelevância que muitas vezes algumas teorias acabam tendo dentro do debate político ou acadêmico no qual as soluções teóricas existentes acabam por ser compreendidas como se referindo a problemas que já não nos interessam mais.<sup>23</sup>

Nota-se, aqui, a evidente contribuição do pragmatismo para o pensamento econômico contemporâneo. Por mais que os números e indicadores, numa crítica à esquerda, possam exprimir escolhas ideológicas

---

<sup>22</sup> SOUZA, José Crisóstomo. **A convergência pragmatista de Habermas e Rorty**. Disponível em: <https://deweypragmatismo.files.wordpress.com/2014/03/a-convergc3aancia-pragmatista-de-habermas-e-rorty-por-josc3a9-crisc3b3stomo-de-souza.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2018.

<sup>23</sup> Idem.

escamoteadas na esfera da técnica, a perspectiva pragmatista pode contribuir para desnudá-los, se conseguir produzir as perguntas certas para manter o debate público em franca expansão, afastando qualquer tentativa de justificação ou legitimação pretensamente racional.

Ainda com Gaia,

Por exemplo, se quisermos fazer uma avaliação crítica da sociedade capitalista e suas implicações e influências em relação ao desenvolvimento econômico, procuraremos respostas ou pelo menos teremos que passar por uma leitura e discussão de Marx e da escola de Frankfurt. Se nossa preocupação se encontra no âmbito macroeconômico, certamente uma leitura de Friedman, Keynes, dos novos-keynesianos e da macroeconomia neoclássica será fundamental. Na teoria do crescimento as questões levantadas por Solow, Barro, Romer ou ainda pelos neo-schumpeterianos são essenciais, na teoria do comércio internacional, os trabalhos de Krugman, e assim por diante. São várias as perguntas que podemos fazer e mais variadas ainda são as respostas. Dentro da própria pergunta ou questão levantada encontram-se os conceitos e problemáticas que delimitam o âmbito da pesquisa. Nenhuma das possíveis respostas para estes diferentes questionamentos é mais verdadeira do que a outra. O que podemos discutir, no máximo, é qual das perguntas é mais relevante e tem maior interesse em determinado momento e qual das respostas nos parece a mais adequada do ponto de vista prático. É claro que a resposta para estas perguntas não seriam unânimes. Mas isto é, para nós, algo natural, tendo em vista os diferentes interesses e visões de mundo presentes até mesmo numa única tradição cultural. Isto não deve ser visto como um problema. A diversidade é a própria marca da democracia e não deve ser tratada como um problema em sociedades que se pressupõem não autoritárias.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> GAIA, Paulo *et alii*. Pragmatismo e economia: elementos filosóficos para uma interpretação do discurso econômico, in **Estudos Econômicos**, v. 36, n. 3. São Paulo: jul/set de 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-41612006000300008&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000300008&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 29 jun. 2018.

Trata-se, por fim, de uma sinergia produtiva, na medida em que o desenvolvimento do pensamento econômico não prescinde da tarefa – árdua e pouco focalizada – de dissolver debates inconclusivos, alicerçados em premissas frágeis ou mesmo falsas, ancoradas em verdades conceituais cuja aplicação mereceu pouca ou nenhuma adaptação, quase de maneira ontológica-metafísica. Mais do que um compromisso com o aperfeiçoamento da técnica, este é um compromisso com a agenda democrática e, por consequência, regulatória, imprescindível para extrair do desenvolvimento econômico um compromisso com as finalidades sociais extraídas de projetos densos de nação, como aqueles exprimidos pelos textos constitucionais e pela própria narrativa emancipatória iminente à modernidade.

## CAPÍTULO 2

### A ordem jurídica do mercado na economia globalizada

*Marcelo Benacchio*

**Resumo:** O capítulo analisa a globalização econômica e discute as possibilidades da ordenação jurídica do mercado internacional por paradigmas diversos do neoliberalismo. Examina os confrontos decorrentes do mercado internacional abranger vários países e soberanias. Afirmar a criação e ordenação do mercado pelo direito. Examina questões atinentes à interação entre direito e economia no mercado internacional. Ao final, apresenta reflexão acerca da ordenação jurídica do mercado internacional globalizado a partir da aplicação dos direitos humanos enquanto normas jurídicas. O método utilizado é hipotético-dedutivo por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Globalização. Mercado. Direitos Humanos.

#### Globalização econômica

A globalização não é uma novidade histórica para a humanidade, pois, desde tempos remotos, com as primeiras movimentações dos seres humanos, sempre ocorreu intensa comunicação e assimilação de conhecimento filosófico, técnico e cultural entre os povos.

O pensamento filosófico grego da antiguidade, o Império Romano e o Cristianismo são exemplos do fenômeno da globalização em sua perspectiva histórica.

O processo histórico da globalização teve um percurso evolutivo relativamente indefinido até a *primeira onda de mundialização e globa-*

lização<sup>25</sup>, iniciada na Europa, no século XV, por meio das viagens oceânicas; posteriormente, o processo de integração mundial seguiria de modo contínuo até os dias atuais.

Enrique Ricardo Lewandowski<sup>26</sup> aborda esse ponto com especial percuciência:

Mas, como observa Malcolm Waters, até mais ou menos a metade do segundo milênio, a globalização caminhou de forma errática, avançando e retrocedendo ao sabor das vicissitudes históricas. O fenômeno somente passou a apresentar um desenvolvimento mais consistente a partir dos séculos XV e XVI, com a “revolução copernicana”, que “convenceu a humanidade de que ela habitava num globo”. Desde então, a integração do mundo não conheceu mais nenhum retrocesso, progredindo num crescendo, sobretudo ao sabor dos interesses comerciais, que levaram à exploração das últimas regiões desconhecidas do planeta.

A complexidade da globalização repercutiria em profundas mudanças sociais em razão da Revolução Francesa, da Revolução Industrial e das duas Grandes Guerras Mundiais do século XX.

Não obstante, a parcela desse fenômeno, objeto de interesse deste estudo, encerra a globalização econômica, a qual, associada à tecnologia, transformaria o modo de vida dos seres humanos desde o término do último conflito mundial, passando pelo fim da Guerra Fria com a queda do muro de Berlim e a derrocada do bloco capitalista.

A atual globalização econômica não obedece às tradicionais categorias de espaço e tempo que constituíram e definiram a soberania dos Estados modernos<sup>27</sup>, permitindo controle das relações sociais.

---

<sup>25</sup> AVELÃS NUNES, António José. **Neoliberalismo & direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67.

<sup>26</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 50.

<sup>27</sup> BARCELLONA, Pietro. **Le passioni negate: globalismo e diritti umani**. Troina: Città Aperta, 2001, p. 116.

O espaço da globalização econômica é transnacional e, portanto, não coincidente às soberanias dos Estados. Nessas situações, conforme Francesco Galgano<sup>28</sup>, o contrato toma o lugar da lei para reger as relações comerciais (e jurídicas) e, sobretudo, ordenar a sociedade civil.

A ideologia da globalização econômica é o neoliberalismo, cujo mote central é o acúmulo de riqueza por meio do aumento dos lucros e não o desenvolvimento humano de forma sustentável e includente<sup>29</sup>, enquanto preocupação social estatal.

Acerca da ideologia da globalização, Avelã Nunes<sup>30</sup> afirma:

Devemos salientar a seguir que a globalização é também um fenômeno cultural e ideológico, marcado pela afirmação decisiva dos “aparelhos ideológicos” como instrumento de domínio por parte dos produtores da ideologia dominante, a *ideologia do pensamento único*, a ideologia da massificação dos padrões de consumo, dos padrões de felicidade, a ideologia que impõe a “sociedade de consumo” como paradigma de desenvolvimento, a ideologia que pretende anular as culturas e as identidades nacionais.

Desde o final de século passado, com intensificação neste, a globalização econômica foi concretizada pela distribuição da produção industrial em vários países na busca da redução dos custos sob direção das empresas transnacionais.

A globalização econômica repercute diretamente no enfraquecimento da soberania dos países, que passam a ser considerados “mercados”, na busca da flexibilização dos direitos trabalhistas e ambientais com a finalidade da diminuição de custos de produção.

Desse modo, como tratei em estudo com Diogo Basilio Vailatti<sup>31</sup>, é relevante ressaltar:

---

<sup>28</sup> GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il mulino, 2001, p. 233.

<sup>29</sup> SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 29.

<sup>30</sup> NUNES, Op cit., p. 73.

<sup>31</sup> BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI,

Assim, notou-se nas últimas décadas o verdadeiro esfacelamento do Estado-nação, o qual inserido dentro do contexto da globalização e do Supercapitalismo cedeu espaço para as empresas transnacionais e, por conseguinte, aos mecanismos de mercado. É justamente neste contexto que a sociedade moderna impregna os valores do mercado no seu sistema cultural, social e político.

Decorrente de todo o contexto aqui traçado é que as empresas são apontadas como as instituições vitoriosas do final da dicotomia real entre capitalismo-socialismo que ocorreu no final do século XX. E isso ocorre em função de tais empresas possuírem poderio econômico, financeiro, técnico e informacional em muito superior ao do Estado-nação, o que permite que migrem partes de seu setor produtivo para países em desenvolvimento em busca de menores tributações, salários e, conseqüentemente, não propiciem condições para efetivar os Direitos Humanos em tais localidades.

As relações de poder na globalização econômica são ditadas pelas empresas transnacionais, cujo poderio econômico e político é consolidado e garantido pela imposição de segurança jurídica em suas transações sem consideração dos direitos de grande parte das pessoas nos países em que atuam.

Eventual pressão de um Estado, a partir da criação de regras protetivas para seus cidadãos, enquanto expressão de sua soberania, não resolve a situação, pelo contrário, quando muito pode excluí-lo do ciclo produtivo em razão do encerramento das atividades da transnacional em seu território.

Manuel Couret Branco<sup>32</sup> refere a respeito:

Se a livre circulação do capital permite que uma empresa se desloque para outro território onde os custos sociais são

---

Diogo Basilio (org.) e DOMINQUINI, Eliete Doretto (org.) **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: CRV, 2016, p. 17-18.

<sup>32</sup> BRANCO, Manuel Couret. **Economia política dos direitos humanos**. Lisboa: Sílabo, 2012, p. 142.

mais baixos, colocando sérios problemas às economias valorizam a proteção social dos seus cidadãos, isso resulta justamente das pressões efetuadas nesse sentido pelo capital internacional no seio das organizações que regulam as relações económicas internacionais, o mesmo se podendo dizer, aliás, da liberdade de trocas que beneficia, justamente os países que apresentam os mais baixos custos de produção em detrimento daqueles que suportam os encargos da proteção social.

A globalização econômica também é garantida por instituições internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, que formam o núcleo duro do novo Direito Corporativo Global. Os programas de ajuste estrutural dessas instituições econômico-financeiras internacionais provocaram consideráveis perdas sociais, gerando problemas humanitários, como ocorreu em data recente na crise da Grécia com o corte de direitos nas estruturas do Estado Social<sup>33</sup>.

Para Eros Roberto Grau<sup>34</sup> “não há uma relação necessária entre a globalização e o neoliberalismo e que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tonassem hegemônicas”.

A globalização econômica neoliberal seguindo as regras de mercado em sua acepção clássica (de total liberdade) vem gerando vários problemas de exclusão social, privilegiando alguns em detrimento de muitos.

Essas consequências negativas da globalização – os *metaproblemas* –, por serem globais não permitem soluções locais, assim, conforme Bauman<sup>35</sup> “não há nem pode haver soluções locais para problemas originados e reforçados globalmente. A união do poder e da política pode ser alcançada, se é que pode, no nível planetário”.

---

<sup>33</sup> ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. **Contra lex mercatória**. Barcelona: Icaria, 2015, p. 29-30.

<sup>34</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

<sup>35</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 31.

Portanto, cabe profunda discussão científica da globalização econômica para busca da solução das assimetrias provocadas sem afetar as melhorias geradas pela mesma.

## O mercado e o direito

O direito fundamental de liberdade, também direito humano, “tem por objeto a expansão da personalidade sem interferência do Estado<sup>36</sup>”, portanto, é um direito basilar ao exercício da autodeterminação do indivíduo e, por decorrência, trata da autonomia privada individual.

Esse direito fundamental de primeira geração ou dimensão é o alicerce da liberdade de iniciativa econômica, o qual, normalmente<sup>37</sup>, associado ao direito de propriedade, propicia a realização de trocas econômicas.

A liberdade de iniciativa econômica tem no contrato sua principal manifestação, no mercado financeiro internacional o contrato não se limita a transferir a propriedade e sim, criar ou produzir a propriedade. Daí a afirmação de Enzo Roppo<sup>38</sup>: “dentro de um sistema capitalista avançado parecer ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia”.

O espaço no qual haverá o exercício da liberdade de iniciativa econômica, por meio da interação entre as pessoas, é o mercado. Conforme Vasco Rodrigues<sup>39</sup>:

Mercado é a designação econômica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm

---

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 113.

<sup>37</sup> A ressalva feita decorre da possibilidade do exercício de livre iniciativa de modo independente do direito de propriedade. Nesse sentido, consulte PETER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182.

<sup>38</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 66.

<sup>39</sup> RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

(oferta: potenciais vendedores) e os que estão interessados em utilizá-lo (procura: potenciais compradores).

O mercado é local, um lugar, de encontro de sujeitos dispostos a realizar a troca de bens econômicos e está presente em todos os sistemas econômicos historicamente conhecidos<sup>40</sup>, destarte, o mercado é uma situação que sempre acompanhou os seres humanos para a satisfação de seus interesses.

A expansão dos mercados por meio da globalização econômica resultou na visão reduitiva do ser humano ao *homo economicus*, forte na compreensão da maximização dos interesses próprios (egoísticos) como algo natural.

Conforme Alberto Ricardo Dalla Via<sup>41</sup>, o *homo economicus* é fruto de um processo de redução por converter as relações do homem com as coisas como um paradigma de identificação do indivíduo, bem como, reduzir as relações sociais a meras relações de troca em um espaço autorregulado pelo mercado.

O comportamento do indivíduo na busca de seu interesse pessoal, egoísta, está ligado não à sua natureza humana e sim às regras de funcionamento do mercado<sup>42</sup>.

O mercado sem interferência estatal e com autorregulação, voltado à realização do autointeresse e considerado o comportamento racional dos agentes econômicos, como defende a ideologia neoliberal, não é uma situação natural como parece, mas uma escolha política de não intervenção jurídica.

De acordo com Amartya Sen<sup>43</sup>, a interpretação da racionalidade como autointeresse é bastante antiga do ponto de vista histórico, encer-

---

<sup>40</sup> GRISI, Giuseppe. **L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 104.

<sup>41</sup> DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Derecho constitucional económico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 81.

<sup>42</sup> BRANCO, Op cit., p. 239.

<sup>43</sup> SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 31.

rando, há vários séculos, um dos traços principais da teorização econômica predominante; Sen efetua a seguinte reflexão crítica a respeito:

O problema dessa abordagem da racionalidade reside em outro aspecto. Por que deveria ser *unicamente* racional empenhar-se pelo autointeresse excluindo todo o resto? Evidentemente, pode não ser de todo absurdo afirmar que a maximização do autointeresse não é irracional, pelo menos não necessariamente, mas asseverar que tudo o que não for maximização do autointeresse tem de ser irracional parece absolutamente insólito.

A visão da racionalidade como autointeresse implica, *inter alia*, uma decidida rejeição da concepção da motivação “relacionada à ética”.

De outra parte, na estrutura atual da sociedade mundial globalizada o mercado fornece todos os bens e serviços necessários à manutenção (digna) das pessoas, independentemente da condição financeira, ricos e pobres, é certo, dependem do funcionamento do mercado mundial para o atendimento de suas necessidades desde o indispensável (alimentação, saúde e vestuário) até o exagero concernente a marcas e situações de definição dos seres humanos pelo ter e não pelo ser.

É inegável a produção de riqueza pelo mercado mundial e a necessidade de seu funcionamento para atendimento e melhora da condição de vida das pessoas.

Seja como for, há diversos questionamentos acerca da aparente neutralidade dos mercados e os abusos aos seres humanos decorrentes de seus mecanismos.

Michael Sandel<sup>44</sup>, ao mencionar a passagem da situação de *ter* uma sociedade de mercado para *ser* uma sociedade de mercado, apresenta os seguintes questionamentos:

O grande debate que está faltando na política contemporânea diz respeito ao papel e ao alcance dos mercados. Queremos

---

<sup>44</sup> SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 16.

uma economia de mercado ou uma sociedade de mercado? Que papel os mercados devem desempenhar na vida pública e nas relações pessoais? Como decidir que bens podem ser postos à venda e quais deles devem ser governados por outros valores que não os de mercado? Onde não pode prevalecer a lei do dinheiro?

Slavoj Žižek<sup>45</sup>, ao ressaltar a influência dos sistemas econômicos na sociedade atual, afirma – “Nas sociedades burguesas, vivemos cindidos entre a igualdade jurídico-formal assente nas instituições de um Estado democrático e as distinções impostas pelo sistema económico”.

A esta altura é pertinente examinar as relações entre a ciência econômica e a jurídica para compreensão do fenômeno do mercado globalizado atual, notadamente, o exame de suas motivações e rumos.

Há contrastes na visão de juristas e economistas acerca dos modos de solução dos problemas sociais em razão das diferenças de estrutura e função do Direito e da Economia.

De acordo com Bruno Meyerhof Salama<sup>46</sup>:

[...], enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Econômica é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.

A metodologia jurídica com largo emprego na aproximação da comunicação entre o Direito e a Economia é a Análise Econômica do Direito, a qual, em afirmação sintética, realiza a interpretação e a aplicação do direito à luz dos princípios da economia, de forma a obedecer um princípio de eficiência econômica.

<sup>45</sup> ŽIZEK, Slavoj. **Viver no fim dos tempos**. Lisboa: Relógio D'Água, 2011, p. 313.

<sup>46</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “direito e economia”?* In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49.

Associando eficiência e equidade, A. Mitchell Polinsky<sup>47</sup>, adepto da análise econômica do direito, menciona os benefícios e custos de uma determinada situação no campo da eficiência e a equidade em referência à distribuição do obtido de forma eficiente na sociedade e arremata – “everyone can be made better off its society is organized in an efficient manner”.

Não há dúvidas da importância da metodologia da Análise Econômica do Direito, sobretudo diante de globalização econômica, entretanto, esse modo de aplicação do direito deve ser realizado em conjunto com outras metodologias para se chegar ao paradigma ideal de interpretação e aplicação do Direito<sup>48</sup>.

Em artigo científico publicado em coautoria com Liziane Parreira<sup>49</sup>, defendi a necessidade da visão do Direito para a Economia e não o oposto, conforme segue:

A Economia é um meio para a realização dos mandamentos do Direito, assim, propomos a inversão da metodologia da Análise Econômica do Direito, ou seja, defendemos a Análise Jurídica da Economia ou, na expressão de Pietro Perlingieri (2003, p. 272) – a leitura jurídica da economia.

A Análise Jurídica da Economia não é um argumento retórico ou mera inversão da ordem de palavras e sim a inversão metodológica, ou seja, não nos cabe olhar o Direito pela Economia, mas a Economia pelo Direito.

A esta altura compete indagar a relação entre o mercado e o Direito, especialmente, se o mercado é reconhecido ou criado pelo direito.

---

<sup>47</sup> POLINSKY, A. Mitchell. **An introduction to law and economics**. New York: Aspen, 2003.

<sup>48</sup> BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da.; MEZZARROBA, Ordes (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>49</sup> PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da Análise Econômica do Direito para a Análise Jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Revista Prisma Jurídico**, Vol. 11, n. 1, 2012, p. 197.

O mercado se utiliza do conceito jurídico de liberdade para seu funcionamento, seria difícil, senão impossível, definir o mercado sem as noções jurídicas de contrato (e a obrigatoriedade de seu cumprimento), e ainda a noção de bem, serviços, propriedade e patrimônio.

Desse modo, em minha compreensão, o mercado envolve uma escolha política e jurídica da sociedade, destarte, não é uma realidade social preexistente ao Direito; pelo contrário o mercado faz parte da realidade econômica, social e jurídica, competindo ao Direito indicar suas finalidades e ordenar seu funcionamento.

O mercado não é uma compreensão abstrata e isenta de valores, em verdade tem a finalidade e o dever de suprir as necessidades humanas, permitindo igualdade de acesso a todos e permitindo o desenvolvimento das pessoas em todos seus aspectos.

A redução do mercado ao aumento contínuo dos ganhos e respectivo acúmulo de riqueza é contrário à noção básica de equidade concernente à divisão das vantagens propiciadas pelo adequado funcionamento do mercado entre todas as pessoas.

Conforme Natalino Irti<sup>50</sup>, o mercado é um *locus artificialis*, e não um *locus naturalis*, pois é uma ordem normativa construída, e não uma ordem encontrada na originária natureza dos homens.

Assim, o mercado é um organismo artificial, construído por uma escolha consciente a partir da decisão política das organizações que moldam seu funcionamento<sup>51</sup>.

Nessa linha, Eros Roberto Grau<sup>52</sup> afirma:

Repito: o mercado – além de lugar e princípio de organização social – é instituição jurídica (=institucionalizado e conformado pelo direito posto pelo Estado). Sua consistência é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.

<sup>50</sup> IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Laterza, 2004, p. 11.

<sup>51</sup> Ibid., p. 99.

<sup>52</sup> GRAU, Op cit., p. 37.

O mercado, enquanto instituição jurídica, deve concretizar os valores eleitos pela ordem jurídica, designadamente o progresso de todos os seres humanos.

Joseph E. Stiglitz<sup>53</sup>, com especial clareza, assevera que os Estados Unidos não é exceção no aspecto da regulação do mercado pelo Direito:

A opinião convencional de que o desenvolvimento dos Estados Unidos foi resultado de um capitalismo sem freios está errada. Ainda hoje, o governo americano, por exemplo, desempenha um papel central nas finanças. Ele oferece uma fração significativa de todo o crédito, ou propicia garantias para ele, com programas para hipotecas, empréstimos a estudantes, exportações e importações, cooperativas de pequenos negócios. O governo não somente regulamenta a atividade dos bancos e assegura os depositantes como tenta garantir o fluxo de crédito para os grupos com menos acesso e, até recentemente, para todas as regiões do país – não apenas para os grandes centros financeiros.

A relação entre mercado e Direito é de interação e ordenação do mercado por normas jurídicas em conformidade a escolhas políticas diretivas do regime de mercado, assim, a noção neoliberal do livre mercado merece ser revista por envolver não a ausência do Direito e sim a opção pela não interferência jurídica na prescrição dos comportamentos dos agentes com atuação no mercado.

A discussão a ser travada não afasta a incidência do Direito na regulação do mercado, o que sempre ocorre, mas sim o grau de interferência e suas finalidades. Nesse sentido, o pensamento de Manuel Afonso Vaz<sup>54</sup>:

Não restam dúvidas, porém, que, na ordem de valores actualmente aceite no espaço cultural ocidental europeu, a intervenção do Estado na sociedade se afirma como um dado palpável e adquirido. Efectivamente, o retorno a uma absoluta não intervenção do Estado no social e, especificada-

---

<sup>53</sup> STIGLITZ, Joseph E. **Globalização como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 83.

<sup>54</sup> VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico: a ordem econômica portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 63.

mente, no económico (‘regresso a Adam Smith’), inspirado nas teses neo-liberais dos economistas de Chicago, como o conhecido Milton Friedman, não corresponde em parte alguma a uma realidade. [...]. É que a opção que hoje se apresenta aos cidadãos (eleitores) não aparece em termos dilemáticos absolutos (intervenção ou absoluta não intervenção), mas em termos gradualísticos (maior ou menor intervenção).

## A ordenação jurídica do mercado internacional

O mercado, a política e o direito não estão isolados na realidade econômica, social e jurídica, porquanto o mercado fixa seus limites pela decisão política, a qual é expressada por meio de leis. É necessário estabelecer o regramento das funções mercadológicas básicas atinentes à produção, distribuição e consumo<sup>55</sup>.

O mercado internacional abrange diversos países e, portanto, soberanias, sua regulação ocorre por meio do contrato e não da lei, em virtude da ausência de soberania no espaço (internacional) de sua atuação.

Compete pesquisar se o mercado internacional alicerçado na ideologia (neoliberal) de sua autorregulação tem sido adequado para a promoção do desenvolvimento humano de todas as pessoas em escala mundial.

A resposta é negativa.

Em diversas oportunidades, os interesses dos economicamente mais fortes, normalmente representado pelas empresas transnacionais, têm prevalecido sobre outros interesses de cunho social de maior abrangência.

Amartya Sen<sup>56</sup> ao comentar a visão de Adam Smith sobre os “perdulários e empresários imprudentes” ressalta a necessidade de controle e direção do mercado para evitar a prevalência de interesses puramente egoísticos em prejuízo da sociedade; são suas proposições:

---

<sup>55</sup> IRTI, Op cit., p. 39.

<sup>56</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 150-151.

Não é particularmente importante avaliar esses argumentos específicos de Smith, mas perceber quais são suas preocupações gerais. O que ele está considerando é a possibilidade de perda social na busca do ganho privado, cuja motivação é restrita. É o caso oposto ao do célebre comentário de Smith: “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou padeiro que esperamos obter nosso jantar, e sim da atenção que dá cada qual ao seu próprio interesse. Apelamos não à sua humanidade, mas ao seu amor próprio”. Se o exemplo do açougueiro, cervejeiro e padeiro nos leva a atentar para o papel mutuamente benéfico do autointeresse, o argumento dos perdulários e empresários imprudentes mostra a possibilidade de que, em certas circunstâncias, as motivações do lucro privado podem realmente ser contrárias aos interesses sociais. É essa preocupação geral que permanece relevante hoje (e não apenas o exemplo específico dos perdulários e empresários imprudentes).

Outro problema gerado pelo mercado internacional sem regulamentação envolve o meio ambiente, porquanto os bens ambientais não podem ser deixados “à lógica do mercado e a sua salvaguarda exige cada vez mais uma sociedade que rejeite em absoluto a ‘mercantilização da vida’ e busque uma nova racionalidade para a vida económica”<sup>57</sup>.

A quebra do banco de investimentos Lehman Brothers resultou em uma crise financeira de ordem global, colocando em risco empregos, rendas e até mesmo uma problemática econômica mundial em prejuízo, sobretudo, dos mais pobres<sup>58</sup>. A pobreza encerra a falta de oportunidades e de liberdade de escolha para a melhora das condições de vida.

O importante ao mercado internacional, guiado por princípios neoliberais, é o atendimento aos interesses dos agentes que participam das trocas, não há preocupação com os excluídos por falta de recursos; a solidariedade é compreendida pela teoria tradicional do mercado como um custo a ser excluído ou, no mínimo, diminuído.

---

<sup>57</sup> AVELÃS NUNES, Op cit., p. 84-85.

<sup>58</sup> ZAMORA, Miguel Agudo. La protección multinível del estado social. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 133.

A mundialização da economia por meio do processo de globalização, potencializado pelas novas tecnologias da informação e comunicação, não repercutiu na melhora das condições de vida das pessoas e na segurança em decorrência da efetivação de direitos sociais; a busca do crescimento econômico pelo crescimento expandiu a pobreza e concentrou a riqueza.

Essa situação recebe o seguinte comentário de Boaventura de Sousa Santos<sup>59</sup>:

Concomitante com a primazia das multinacionais, dois outros traços de globalização da economia devem ser mencionados pela importância que têm para a polarização da desigualdade entre o Norte e o Sul. O primeiro é *a erosão da eficácia do Estado na gestão macro-económica*. A transnacionalização da economia significa, entre outras coisas, precisamente tal erosão e não seria possível sem ela. A desregulação dos mercados financeiros e a revolução das comunicações reduziram a muito pouco o privilégio que até há pouco o Estado detinha sobre dois aspectos da vida nacional – a moeda e a comunicação considerados atributos da soberania nacional e vistos como peças estratégicas da segurança nacional.

Estabelecida a problemática da necessidade da ordenação jurídica do mercado internacional, passo à investigação de quais normatividades seria suficiente a tanto.

O primeiro ponto a ser considerado é a insuficiência do modelo de soberania dos Estados para regulação do mercado internacional, porquanto, efetivamente, houve o enfraquecimento da soberania dos países em prol dos interesses das empresas transnacionais, que passaram a ditar as regras do mercado global.

José Eduardo Faria<sup>60</sup> refere essa situação da seguinte forma:

---

<sup>59</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 290-291.

<sup>60</sup> FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32-33.

No âmbito de uma economia transnacionalizada, as relações entre os problemas internacionais e os problemas internos de cada país vão sendo progressivamente invertidas, de tal forma que os primeiros já não são mais apenas parte dos segundos; pelo contrário, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais, como também a condicioná-los. [...] Como, nesse novo contexto, a decisão de participar ou não do fenómeno da economia globalizada muitas vezes acaba ficando fora do alcance dos legisladores e dos formuladores da política nacional, por mais estranho ou paradoxal que isso possa parecer, que papel, por exemplo, pode ser exercido por uma ‘Constituição-dirigente1’?

Quem controla e regula o mercado internacional globalizado?

Atualmente, não há organizações internacionais com recursos e credibilidade para efetivação de ações globais, de modo vinculante e eficaz. A governança global é mera aspiração para consecução do desenvolvimento humano por meio de políticas sociais que determinem intervenção e regulação no mercado internacional<sup>61</sup>.

Apesar da discussão de regulação pós-nacional no espaço europeu<sup>62</sup>, enquanto um rumo da Comunidade Europeia, é certo que essa situação, no momento, não tem o condão da criação de uma autoridade supranacional com integração da soberania mundial.

As compreensões da criação de um Estado Transnacional passando da soberania excludente para a soberania *includente*, guiado pelos princípios do pacifismo jurídico e federalista de controle interestatal<sup>63</sup>, igualmente, não frutificaram até o momento.

<sup>61</sup> GÓMEZ BLASCO, r. Democracia global y cooperación al desarrollo: la cooperación internacional para el desarrollo como referente para una democracia global. In: OJEA, Ignacio Aymerich; CÍVICO, Jesús Garcia e GUILLAMÓN, Carmen Lázaro (eds.). **Democracia, derechos humanos y desarrollo**. Castelló de la Plana: Publicacions de la Univesitat Jaume I, 2013, p. 459.

<sup>62</sup> LO GIUDICE, Alessio. **Istituire il postnazionale: identità europea e legittimazione**. Torino: Giappichelli, 2011, p. 68 e ss.

<sup>63</sup> BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2008, p. 248-249.

O chamado capitalismo inclusivo<sup>64</sup> – trabalho conjunto dos governos, empresas transnacionais e organizações não governamentais para o desenvolvimento econômico e humanos dos mais pobres –, igualmente, ainda não se efetivou como pensado.

Nessa perspectiva, o melhor instrumento jurídico para ordenar o mercado internacional globalizado é a efetividade dos direitos humanos, pois as violações difusas de direitos ocorrem justamente em relação aos direitos humanos, notadamente pelas empresas transnacionais.

O fato de os direitos humanos serem direitos retrata o aspecto de sua titularidade e o dever da sociedade como contrapartida do direito do indivíduo<sup>65</sup>.

Norberto Bobbio<sup>66</sup> destaca a constante ampliação dos direitos humanos em conformidade aos novos desafios e necessidade de proteção do ser humano, assim, por sua universalidade, bem como o sistema de proteção internacional já existente, os direitos humanos são o instituto jurídico com melhor aptidão para a ordenação jurídica do mercado globalizado.

Conforme tratei em estudo com Patrícia Martinez Almeida<sup>67</sup>:

Isto porque, dada a necessidade de recurso para a promoção e consecução dos direitos humanos há uma inegável dimensão econômica nos Direitos Humanos, e, por outro lado, dada a finalidade da economia na consecução dos fins almejados por seus destinatários, há uma inafastável dimensão de Direitos Humanos na ciência econômica, pois se os indivíduos não puderem desfrutar de suas liberdades, a lógica do mercado não se sustenta.

---

<sup>64</sup> ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro, Op cit., P. 59 e ss.

<sup>65</sup> CABRITA, Isabel. **Direitos humanos: um conceito em movimento**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 34.

<sup>66</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 33-34.

<sup>67</sup> BENACCHIO, Marcelo; ALMEIDA, Patrícia Martinez. Direitos humanos sociais, neoconstitucionalismo e a reserva do possível. In: CARLI, Vilma Maria Inocência. **O direito contemporâneo em debate: análise com ênfase nos direitos fundamentais**. Curitiba: CRV, 2018, p. 195.

A efetivação dos direitos humanos é o meio para ordenação jurídica do mercado internacional impedindo atos das empresas transnacionais com potencial violação àqueles.

Essa situação já encontra previsão no âmbito das Nações Unidas por força dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil.

O marco desses princípios envolve “proteger, respeitar e reparar” e devem ser implementados pelas empresas a partir de sua atuação diligente em matéria de direitos humanos.

Assim, a proteção, o respeito e a reparação das violações aos direitos humanos pelas empresas no mercado internacional recebem dimensão jurídica, passando a ser um novo passo no desenvolvimento dos negócios e das atividades empresariais<sup>68</sup>.

Os direitos humanos, enquanto normas jurídicas, são o paradigma de regulação do mercado internacional globalizado de forma a evitar as situações desfavoráveis à implementação dos direitos humanos no exercício da atividade das empresas transnacionais.

## Conclusão

A globalização não é uma novidade do ponto de vista histórico por sempre ter havido interação entre os povos com repercussão na estrutura das sociedades humanas.

A complexidade do processo de globalização encerra aspectos de ordem cultural, filosófica, social, jurídica e econômica, a exemplo do Império Romano e das Revoluções Francesa e Industrial.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial até os tempos atuais, em virtude da evolução da tecnologia computacional e da informação,

---

<sup>68</sup> MARTÍN-ORTEGA, Olga. La diligencia debida de las empresas em matéria de derechos humanos: um nuevo estándar para uma nueva responsabilidad. In: ZAMORA, Francisco J.; CÍVICO, Jesús Garcia y PALLARÉS, Lorena Sales (eds.). **La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos**. Universidad de Alcalá, p. 169.

ocorreu a intensificação da globalização em todos os aspectos do cotidiano da vida das pessoas.

Na porção de interesse deste estudo, destaquei a globalização econômica caracterizada pela produção e consumo de bens e serviços em escala mundial. Doravante, a indústria não estava mais adstrita a plantas pesadas e fechadas e sim a plantas flexíveis com grupos de trabalho divididos em vários países.

Com a queda do muro de Berlim, o capitalismo passou a ser o único sistema econômico existente, o qual elegeu a ideologia neoliberal forte na liberdade e autorregulação dos mercados.

A globalização econômica provou acúmulo de riqueza e a consequente pobreza de várias pessoas que passaram a ser excluídas das eventuais vantagens do sistema de produção em escala planetária.

A pobreza é a privação da liberdade humana de escolha e autodeterminação.

Essa situação repercutiu no enfraquecimento das soberanias estatais para a normatização e garantia de direitos sociais consolidados no pós-guerra a partir da extinção da dicotomia dos blocos socialista e capitalista; o neoliberalismo passou a ser a ideologia única da globalização econômica.

A globalização econômica tem como principal ator as empresas transnacionais que passam a atuar, com unidade, perante a soberania de vários países.

As empresas transnacionais em suas relações jurídicas substituem a lei pelo contrato enquanto meio de regular as relações em âmbito mundial, o cidadão passa a ser tratado como cliente ou consumidor.

O espaço físico e jurídico da globalização é o mercado – local no qual os agentes econômicos realizam suas operações de transmissão e consumo de bens e serviços.

O mercado, atualmente, é guiado exclusivamente por princípios econômicos, especialmente a maximização do autointeresse e a racionalidade econômica nos comportamentos humanos.

O ser humano é reduzido, artificialmente, ao *homo economicus*, em desconsideração ao aspecto da solidariedade, enquanto cooperação, o que permitiu a superação de dificuldades e a evolução das sociedades.

O mercado não é uma realidade pré-jurídica e sim um produto criado pelo Direito, a mão invisível deve ser substituída pela mão visível do Direito.

O mercado tem uma ordenação política e, também, jurídica, de forma que deve atender aos interesses de todos e não apenas dos economicamente mais fortes.

Ao Direito compete guiar as finalidades do mercado para a realização dos seres humanos com seu pleno e constante desenvolvimento.

Ao Direito compete utilizar a economia como meio para consecução de seus fins e não reduzir as pessoas a um valor monetário.

O mercado internacional por ter, predominante, uma ordenação puramente econômica, com ideologia neoliberal, provoca uma série de desigualdades entre as pessoas, impedindo o pleno desenvolvimento dos que sofrem privações materiais.

É necessário estabelecer uma ordenação jurídica no mercado internacional, sendo certo, não haver efetividade, no momento, de uma soberania mundial compartilhada.

O instrumento jurídico de melhor efetividade para ordenação do mercado internacional globalizado são os direitos humanos, em razão de seu caráter universal e o valor normativo – os direitos humanos são normas jurídicas.

As empresas transnacionais devem proteger, respeitar e reparar a violação de direitos humanos, como estabelecido pelos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011 e adotado pelo Brasil.

Com a efetividade dos direitos humanos ocorrerá o equilíbrio do mercado internacional por meio da direção política da comunidade internacional. O mercado internacional, obedecendo os direitos humanos, promoverá o desenvolvimento humano em todas as suas dimensões.

## CAPÍTULO 3

# **Governança regulatória e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS): um plano de ação para as políticas públicas locais**

*Roberto Correia da Silva Gomes Caldas*

**Resumo:** O presente estudo verifica o contexto concertado de governança regulatória (dita também *global governance*) em que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) possam vir a ser implantados em âmbito local, mediante um plano de ação estratégico que permita sua inserção sinérgica, por parte das Administrações Públicas, nas correlatas políticas públicas dos seus respectivos entes federativos pátrios, mediante um processo dialógico e democrático, a pressupor participação popular e controle social legitimadores da tomada de decisões para a promoção da almejada sustentabilidade do bem-comum em termos de prosperidade, equilíbrio ambiental, responsabilidade social e, de conseguinte, paz social.

**Palavras-chave:** Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Governança regulatória. Políticas públicas.

### **Introdução**

Conforme será analisado no presente estudo, o desenvolvimento sustentável tem sido uma das principais preocupações e metas não apenas dos Estados contemporâneos, mas da própria hodierna sociedade caracterizada pela gestão de riscos, segundo um contexto globalizado em que os ganhos econômicos, inclusive os verificados nos distintos pro-

cessos de integração, não mais são aceitos sem que se enquadrem dentro de parâmetros de preservação e proteção ambientais, bem como de responsabilidade social.

A globalização, a propósito, não obstante permita um conhecimento do desempenho e desenvolvimento dos Estados, instituições, entidades, sociedades etc., ensaja interdependência econômica e política em um mundo em que o avanço dos meios de informação e tecnologia impõe aos Estados se integrarem e, assim, continuarem ativos nessa realidade<sup>69</sup>, o que, a seu turno, implica um movimento de criação de padrões universais para a proteção dos direitos humanos envolvidos, reconhecendo-se suas questões como internacionais e relacionadas com o próprio processo de democracia participativa e de promoção da paz social, malgrado também imbricadas com assuntos internos dos Estados soberanos, a envolver a necessária cooperação de atores não governamentais, e também das agências internacionais, para se obter um paradigma de desenvolvimento (global e sustentável) comum (até aos distintos processos de integração estatal).

Diante de tal circunstância, torna-se necessário a criação de uma governança regulatória, também dita *global governance*, que possa ser aplicada de modo generalizado, enquanto diretrizes adotadas por organizações internacionais, públicas e privadas, além de Administrações Públicas em esferas internacionais, nacionais, regionais e locais, desde uma raiz comum fixando princípios e parâmetros que, inclusive, orientem o agir dos distintos atores públicos e privados, traduzindo comprometimento com um modelo mundial de prosperidade econômica mediante valores de responsabilidade social e preservação ambiental.

À luz de tal tessitura, a governança, regulatória (pública) e autorregulatória (privada), ganha relevância como o meio de se introduzir, nas distintas instâncias de governo dos distintos Estados, os objetivos e as metas de desenvolvimento sustentável, hoje de forma generalizada verificados na Agenda 2030 (vista enquanto uma evolução dos anteriores

---

<sup>69</sup> FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio) e cuja implementação exige a sua concreção em âmbitos nacional, regional e local de cada Estado, segundo indicadores e parâmetros concretamente considerados adequados em um plano de ação que permita incorporá-la em suas respectivas políticas públicas.

Para a verificação de como esse plano de ação é hoje pensado e planejado, cumpre antes se estabelecer qual a acepção de governança que se vai empregar (porquanto um fenômeno multifacetado), inclusive como a melhor forma de se estabelecer a imperiosa concertação, a pressupor participação social e controle social ao longo de um processo dialógico que permita a troca de informações na tomada de decisões, promovendo-se, dessa maneira, transparência, abertura e, em consequência, maior acuidade na seleção e execução das metas estatais que atendam as necessidades públicas (políticas públicas setoriais), apesar dos riscos envolvidos para um desenvolvimento sustentável que seja consoante com os objetivos estipulados na referida Agenda 2030 e que, assim, possam contribuir para a melhora nas condições de vida em termos econômicos, socioambientais e de uma democracia participativa em uma sociedade globalizada mais pacífica.

O presente estudo, dessa forma, busca analisar justamente a correlação entre a governança regulatória (ou governança global) com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), de modo a verificar em que medida seus princípios e padrões podem compor e incentivar a criação de um plano de ação para os implementar, inclusive mediante sua inserção em políticas públicas setoriais, *maxime* em um âmbito local que, assim, permita sua capilarizada e efetiva difusão.

A metodologia de trabalho, de conseguinte, deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa baseada na interdisciplinaridade do tema ao envolver a discussão dos ODS e sua governança regulatória num espaço internacional, nacional, regional e local que, como tal, demanda a adoção de um plano de ação que permita incorporá-los nas distintas esferas de Administração Pública e suas correlatas políticas públicas setoriais, análise esta consoante métodos compati-

lizados com objetos que referem-se a distintas áreas jurídicas, notadamente o Direito Administrativo, inclusive sob seu novo ramo de análise global, e o Direito Internacional.

Nesse diapasão, devem-se utilizar métodos que permitam avaliar como e em que medida a aplicação de uma governança regulatória pode viabilizar um plano de ação estruturante principalmente de políticas públicas locais comprometidas com os ODS e, assim, com o fortalecimento da prosperidade, responsabilidade sócio ambiental, paz e democracia participativa.

Desta forma, o método histórico dedutivo possibilitará analisar como se deu a evolução do conceito de governança regulatória e dos respectivos princípios, ainda que muitas vezes de forma abstrata, a serem utilizados no âmbito do processo de concretização dos ODS, de sorte a influenciarem políticas públicas não apenas nacionais e regionais, mas principalmente locais, seguindo um plano de ação alinhado com este modelo da Organização das Nações Unidas (ONU).

## 1 Governança global e sua acepção regulatória concertada<sup>70</sup>

A cooperação internacional para a proteção de direitos humanos ocorre mediante a criação de uma regulamentação global, sobre a qual, “uma vez que o sistema internacional não é dotado de governo ou hierarquia, utiliza-se a expressão *governança*”<sup>71</sup>, ou *global governance*, a permitir uma interação pacífica, harmônica e democrática entre os Estados, compatível com um desenvolvimento sustentável à luz das céleres mu-

---

<sup>70</sup> Parte das ideias aqui desenvolvidas e ampliadas foi antes versada em CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CARVALHO, Julia Vilela. Governança global e governança europeia: uma análise principiológica comparada. **Europa num mundo globalizado: dilemas da coesão e do desenvolvimento social**. MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; SALIBA, Aziz Tuffi; SILVA, Roberto Luiz (Org.). Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 207-233.

<sup>71</sup> FINKELSTEIN, Lawrence S. What Is Global Governance?. **Global Governance**, Boulder, v. 1, n. 3, 1995, p. 367

danças verificadas nas formas de comunicação, *maxime* diante dos avanços nas áreas de tecnologia e informação.

Durante a década de 1980, surge o conceito de governança, utilizado pelo Banco Mundial, segundo o qual é “a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país, com vistas ao desenvolvimento”<sup>72</sup>. Essa conceituação de governança encerra uma acepção marcadamente liberal, a qual permanece a si atrelada até a década de 1990, quando o próprio Banco Mundial, após severas críticas, volta sua atenção e suas políticas, consoante é lembrado por Borges<sup>73</sup>, das reformas burocráticas e do gerenciamento de política econômica, para temas mais abrangentes, como a legitimidade e o pluralismo político, buscando a concretização de um desenvolvimento gradualmente mais sustentável, compreendido a partir da concepção do *triple bottom line* previamente já observada por Brundtland<sup>74</sup>, e melhor aperfeiçoada por Elkington<sup>75</sup>, segundo a qual o crescimento econômico revela-se atrelado à responsabilidade social, sem olvido à proteção e preservação ambiental.

---

<sup>72</sup> World Bank. **Governance and Development**. Washington: World Bank, 1992, p. 1. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017

No original: ...the manner in which power is exercised in the management of a country's economic and social resources for development.

<sup>73</sup> BORGES, André. Governança e política educacional: a agenda recente do Banco Mundial. **RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo: ANPOCS – Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, v.18, n. 52, jun. 2003, p. 125-138. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcso/v18n52/18069.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2016

<sup>74</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CMMAD. **Relatório Brundtland: Our Common Future**. 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>>. Acesso em: 16/09/2010.

<sup>75</sup> ELKINGTON, John. Enter the Triple Bottom Line. In: HENRIQUES, Adrian; RICHARDSON, Julie. **The Triple Bottom Line, Does It All Add Up?: Assessing the Sustainability of Business and CSR**. London; Earthscan Publications Ltd., 2004, cap. 1, p. 1-16. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=JiiHcXcLSHAC&pg=PR3&hl=pt-BR&source=gb\\_s\\_selected\\_pages&cad=2#v=onepage&q&f=falsehttp://kmhassociates.ca/resources/1/Triple%20Bottom%20Line%20a%20history%201961-2001.pdf](https://books.google.com.br/books?id=JiiHcXcLSHAC&pg=PR3&hl=pt-BR&source=gb_s_selected_pages&cad=2#v=onepage&q&f=falsehttp://kmhassociates.ca/resources/1/Triple%20Bottom%20Line%20a%20history%201961-2001.pdf)>. Acesso em: 09 abr. 2016

Nesse contexto, passa-se a entender governança no setor público como a “capacidade governativa”, cuja aferição leva em conta não apenas os resultados econômicos das políticas governamentais, mas a forma de sua execução e suas implicações sociais. Com efeito, nesse sentido

Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.<sup>76</sup>

Essa mudança de concepção marca o início da evolução da ideia de governança, com um aumento cada vez mais acelerado na evidência dada à concertação no âmbito da tomada de decisões a respeito de políticas públicas, notadamente nas fases de concepção (mediante participação popular) e de implementação destas (auxiliada pelo controle social)<sup>77</sup>.

A necessidade de se incrementar o rol da sociedade civil no processo decisório culminou na criação, pela ONU – Organização das Nações Unidas, da Comissão sobre Governança Global, a qual, em fins de 1994, elaborou seu relatório denominado “Nossa Comunidade Global”. O relatório, elaborado por especialistas nomeados pela ONU – Organização das Nações Unidas, desde sua primeira edição em 1995, já se mostra publicado em mais de 15 (quinze) países, disseminando uma concepção concertada de governança definida em si como a “...totalidade das

---

<sup>76</sup> TCU – Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**: Versão 2. Brasília: TCU, 2014, p. 26. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>. Acesso em: 16 set. 2017.

<sup>77</sup> MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; MOURA, João Ricardo Fidalgo de. Apontamentos sobre o conceito de governança e sua adoção pela União Europeia. In: **Integração, Estado e governança**. MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. SILVA, Alice Rocha da; TEIXEIRA Anderson Vichinkeski (Org.). Pará de Minas: Virtual Books, 2016. Disponível em: <<http://www.uit.br/mestrado/publicacoes.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns”<sup>78</sup>. Com efeito

É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes ou diferentes e realizar ações cooperativas. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições.<sup>79</sup>

Esse momento marca o reconhecimento da governança como um fenômeno verdadeiramente global, com a inclusão de todos os atores internacionais – em constante interação entre os setores público e privado, contrastando com sua conotação estritamente estatal utilizada, até fins da década de 1980, pelo Banco Mundial<sup>80</sup> –, os quais enfatizavam o respeito, pelos Estados, às leis de livre funcionamento do mercado e à liberalização da economia.

A governança passa, então, por um fenômeno de ampliação, deixando de se preocupar apenas com a ação estatal, para abarcar inúmeros “centros de autoridade” que possam dinamizar e influenciar a tomada de decisões, bem como acompanhar e auxiliar sua implementação, no âmbito internacional e regional, segundo valores principiológicos inerentes à comunidade global.

O relatório “Nossa Comunidade Global”<sup>81</sup> constata que a governança global é um processo amplo, dinâmico e complexo, que abarca uma maior gama de direitos, contando com uma grande aptidão e capacidade de gestão para a busca efetiva e pacífica do bem-estar social,

---

<sup>78</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. **Nossa Comunidade Global**. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996, p. 2.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>80</sup> World Bank. **Governance and Development**. Washington: World Bank, 1992. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/604951468739447676/pdf/multi-page.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>81</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. **Nossa Comunidade Global**. O Relatório da Comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

dando ênfase ao respeito à vida e ao seu papel como promotora de liberdades individuais (ditas também liberdades públicas) e da proteção dos indivíduos contra Estados autocráticos, os quais ameaçam a comunidade global como um todo, já que representam uma tentativa violenta de estipular e determinar um sistema jurídico sem atender às demandas pelas quais este mesmo sistema foi criado.

Ademais, ressalta a função da justiça, da equidade e do respeito mútuo como valores fundamentais na garantia de uma ordem global mais humana e plural. A equidade tem especial desempenho na diminuição das desigualdades globais, com a distribuição equilibrada de oportunidades em uma escala mundial e na fundamentação do conceito de desenvolvimento sustentável, alicerçado, ainda, no princípio da equidade intergeracional que visa promovê-la entre gerações presentes e futuras<sup>82</sup>.

A par da principiologia de tais valores de governança global estabelecidos pela respectiva Comissão da ONU – Organização das Nações Unidas, em 2007, o *Independent Evaluation Group* (IEG), inserido na estrutura do *World Bank* (WB), sugere uma nova concepção de governança, introduzindo expressamente na conceituação de seu Guia de Avaliação sobre Programas de Parcerias Globais e Regionais, com noções orgânico-procedimentais

A governança diz respeito às estruturas, funções, processos e tradições organizacionais que tenham sido implementadas dentro do contexto de um ambiente autorizado de um programa “para garantir que ele [programa] seja executado de tal forma que atinja seus objetivos de forma efetiva e maneira transparente”.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Ibidem.

<sup>83</sup> World Bank. **The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project**. Washington: World Bank, 2011, p. 71. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>>. Acesso em: 16 out. 2017. No original: **Governance** concerns the structures, functions, processes, and organizational traditions that have been put in place within the context of a program’s authorizing environment “to ensure that the [program] is run in such a way that it achieves its objectives in an effective and transparent manner.”.

Governança, pois, pode ser considerada como um instrumento para alcançar maior legitimidade às ações estatais em um contexto global, regional e nacional, no seio da contemporânea sociedade de risco – e sua modernização reflexiva<sup>84</sup> –, enquanto as instituições que a promovem de forma concertada são vistas como seus meios, suas vias de extroversão (“meios de governança”), traduzindo-se no aspecto estrutural destinado a concretizar as metas, os objetivos e princípios estabelecidos por elas próprias, segundo uma gestão de riscos socialmente aceitos e devidamente precavidos, não obstante suas dimensões efetuais em *boomerang*<sup>85</sup>.

Com a criação de diversas organizações internacionais dotadas de órgãos deliberativos, percebe-se um movimento da sociedade civil no sentido de exigir, também de seu lado, uma crescente e maior participação e controle a partir de tais órgãos, vez que os Estados não são capazes de suprir, sozinhos, todas as demandas e necessidades sociais, o que, em maior ou menor medida, resta atendido e reconhecido pelos sistemas jurídico e político deles próprios.

Ainda diante de tal realidade, é de se mencionar que estas entidades internacionais, por intermédio de seus órgãos de tomada de decisões, consoante hodiernas demandas sociais por um crescente número de serviços públicos com consequentes riscos inerentes à sua implementação, observam cada vez mais a necessidade de se democratizar as vias estatais não apenas deliberativas, mas também de concreção das políticas públicas envolvidas, de forma a lhes dar maior eficácia, eficiência e efetividade, galgando-se legitimidade mediante a sua participação e de diversos outros atores internacionais, além dos próprios Estados.

Não obstante, a integração deve ser feita para e em nome dos cidadãos, destinatários finais de qualquer processo desta natureza, a revelar, como enfatizado acima, também a necessidade de serem criados instrumentos para que a participação e controle cidadãos dos atos supranacionais de integração ocorram de modo eficaz, eficiente, efetivo e

---

<sup>84</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

transparente, mediante ampla discussão legitimadora sobre aspectos inerentes à governança, de modo a inter-relacioná-la com o fortalecimento da paz e democracia, de sorte a se propiciar um ambiente favorável ao pleno desenvolvimento sustentável.

De conseguinte, segundo o IEG/WB, um gerenciamento e avaliação de governança que se pretenda global ou regional, e participativo, necessita fundar-se em princípios que sejam, em geral, adotados como de boa governança, dentre os quais, elenca<sup>86</sup>: i) **Legitimidade** – princípio fundamental para se estabelecer efetivamente um Estado Democrático de Direito, revelando-se como diretriz para o controle externo da administração pública (inclusive social), galgando uma concepção que extravasa a mera legalidade, alcançando as noções de aceitabilidade e identidade sociais quando da promoção do bem-comum em implementação das políticas públicas estatais; ii) **Equidade** – implica garantir-se condições iguais para que todos os interessados possam se manifestar e até influenciar o agir estatal, traduzindo-se na maneira democrática pela qual se busca uma efetiva gestão pública socialmente justa e participativa, em superação a dificuldades e barreiras tanto estruturais e procedimentais, como também linguísticas, técnicas e legais; iii) **Responsabilidade** – concerne não apenas ao grau de zelo que as autoridades, na condução da governança pública, devem observar quando da definição das suas atividades e negócios, a fim de que suas correspondentes organizações estatais se revelem longevas e sustentáveis (mediante considerações de ordem econômica, social e ambiental), mas também à vanguardista responsabilidade “social corporativa” das partes interessadas, direta ou indiretamente envolvidas na governança em Programas de Parceria Globais e Regionais; iv) **Eficiência** – encerra a concepção de uma gestão pública, em concretização de políticas públicas, com excelência elevada (otimicidade) e adequada ao menor custo possível (economicidade), segundo uma equação que revele a melhor relação em termos de qualidade dos serviços e redução de gastos públicos; v) **Probidade** – trata-se do dever que têm as autorida-

---

<sup>86</sup> World Bank. **The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project**. Washington: World Bank, 2011, p. 71. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>>. Acesso em: 16 out. 2017.

des de demonstrar serem dignas de confiança, mediante a adoção dos mais elevados padrões éticos e de integridade na conduta pessoal e profissional no cumprimento das regras e regulamentos que regem a governança pública; vi) **Transparência** – é caracterizada pela oportunidade de amplo acesso a todas as informações relacionadas com a organização pública, revelando-se como requisito preponderante para a viabilização do controle social das atividades estatais, segundo um ambiente de confiança legítima a pressupor segurança jurídica nas relações interorgânicas e com o setor privado; e vii) **Accountability** – revela-se como a obrigação que têm as autoridades ou entidades estatais às quais se tenham confiado recursos, incluídas as empresas e fundações governamentais, bem como as demais organizações públicas, de assumir responsabilidades decorrentes desta circunstância, inclusive de ordem fiscal, financeira, administrativa e operacional, informando a quem lhes tenha delegado tais responsabilidades, além da própria sociedade, sobre sua gestão, prestando contas espontaneamente da atuação e desempenho, arcando com as consequências de seus atos e omissões, em sua exata medida.

Diante dessa circunstância, surge, com cada vez mais ênfase, a chamada “governança sem governo”, a qual deixa de lado as atividades desempenhadas por uma autoridade, inclusive regulatória e de poder de polícia, para implementação das políticas instituídas – o que se entende por “governo”, segundo Rosenau –, para se basear em “governança”, ou seja, “atividades apoiadas por objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistência”<sup>87</sup>.

Essa mudança de paradigma, é de se frisar, ocorre concomitantemente a uma alteração das grandes bases do Direito Internacional e da Integração, representantes de uma fase de transição das relações internacionais, conforme preconizado pela Comissão sobre Governança

---

<sup>87</sup> ROSENAU, James N. Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial. In: Rosenau, James N.; Czempiel, Ernst-Otto. **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Ed. Unb, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 15.

Global da ONU. No lugar de simples relações entre Estados, focadas no equilíbrio de poder interestatal, passa-se a ter uma pluralidade de atores, os quais atuam em diferentes níveis, sempre buscando uma cooperação mais horizontalizada<sup>88</sup>.

Atualmente, diante desse modelo plural e multidimensional de atuação nas relações internacionais, tem-se algumas possíveis definições para governança, dentre as quais salienta-se a de Gonçalves, para quem

A governança global tem [...] um caráter mais amplo e diz respeito a ações em escala mundial e se desenvolveu a partir do fenômeno da globalização, compreendida esta como um conjunto de processos cumulativos, de âmbito multidimensional, que engloba uma mudança significativa na organização da atividade humana e o deslocamento do poder da orientação local ou nacional para padrões globais, com interconexão e interdependência na esfera mundial. [...] Governança é um meio-processo de solução de problemas comuns, com participação ampliada, que opera através do consenso e baseada em regras e instituições.<sup>89</sup>

Paterson<sup>90</sup>, como bem lembrado por Lima<sup>91</sup>, estuda a governança global sob três modos distintos de análise. O primeiro, apregoa que

---

<sup>88</sup> LIMA, Gabriela Garcia Batista. O Conceito de Governança Global do Desenvolvimento Sustentável no Estudo da Efetividade da Norma Jurídica: Reflexões Epistemológicas. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 32.2, jul/dez, 2012, p. 157-178. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/356>>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>89</sup> GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**. vol. 12, n. 125, p. 41 e 44, mai.-jun. 2011. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/3311>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

<sup>90</sup> PATERSON, Matthew. Interpreting trends in global environmental governance. **International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944)**. v. 75, n. 4., Oct., 1999, p. 793-802. Disponível em: <[http://www.jstor.org/stable/2626279?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2626279?seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em: 20 out. 2017.

<sup>91</sup> LIMA, Gabriela Garcia Batista. O Conceito de Governança Global do Desenvolvimento Sustentável no Estudo da Efetividade da Norma Jurídica: Reflexões Epistemológicas. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 32.2, jul/dez, 2012, p. 157-178. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/356>>. Acesso em: 20 out. 2017.

é primariamente um fenômeno interestatal, o qual atua nas relações tradicionais de poder entre os Estados, ora complementando-as, ora suplementando-as. Já o segundo modo, apresenta a governança global como um conjunto de práticas elaboradas para se conduzir e minimizar os efeitos adversos da globalização – dentre eles, cita-se, o incremento da desigualdade –, além de integrar as relações internacionais (ditas transnacionais), uma vez que seus resultados não se limitam a um território ou nacionalidade específicos. Por fim, tem-se o conceito que sublinha a postura transnacional da governança, admitindo-a como uma ordem fora das relações entre os Estados e reconhece uma sociedade civil transnacional que pode ou não contar com a participação estatal.

No sentido dessa terceira corrente, Gonçalves divide a governança global em quatro dimensões, as quais serão utilizadas no presente estudo para fins de comparação com as dimensões da governança europeia :

- a) Seu caráter instrumental, o que significa que ela é um meio, instrumento, ferramenta capaz de produzir resultados eficazes diante de problemas e desafios globais;
- b) A participação ampliada nos processos de decisão, envolvendo tanto a dimensão estatal quanto organizações internacionais, empresas transnacionais e organizações não governamentais;
- c) A busca do consenso e da persuasão nas relações e ações, muito mais do que a coerção e a obrigação de cumprir;
- d) Sua dimensão institucional, ou seja, sua relação com arranjos de natureza institucional, na medida em que a construção da governança envolve o estabelecimento e operação de regras, as instituições sociais capazes de designar papéis e guiar a interação de agentes, facilitar a cooperação e diminuir os problemas de ação coletiva num mundo cada vez mais interdependente...<sup>92</sup>

---

<sup>92</sup> GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**. vol. 12, n. 125, p. 41, mai.-jun. 2011. Disponível em < <http://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/3311>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

Em síntese, a governança global, a partir da análise que se for realizar, pode ser consubstanciada em instrumentalidade, participação, consensualidade e institucionalidade. Estas dimensões visam à garantia dos direitos tidos como indispensáveis para o bom funcionamento de governos e instituições democráticas, tais como a livre opinião, o sufrágio universal e a igualdade perante a lei, entre outros, sendo todos eles necessários para a concretização de um Estado democrático e social.

Para que se possa garantir esses direitos, são necessárias as ditas “ações de governança” que se encaixam nas dimensões acima, das quais se pode citar a participação efetiva da sociedade civil nos processos de tomada de decisão e a transparência na condução dos negócios e atividades públicos.

Os conceitos supracitados, apesar de idealizados por autores diversos, focando em aspectos diferentes, têm em comum o reconhecimento da importância da democracia e do desenvolvimento sustentável na construção da governança global em busca da paz.

Consistindo principalmente em uma busca pela paz democrática, a governança global requer o fortalecimento de instituições que contribuam para a consolidação de um senso de bem-estar e confiança entre as pessoas que possibilite o desenvolvimento sustentável. Como afirmou Boutros-Ghali

[...] a democratização sustenta a causa da paz. A paz, por sua vez, é pré-requisito o desenvolvimento. Portanto, a democracia é essencial para que o desenvolvimento se sustente ao longo do tempo. E sem desenvolvimento não há democracia [...]. Por isso, essas três grandes prioridades estão interligadas.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> BOUTROS-GHALI, Boutros. An agenda for peace: one year later. In: **Orbis**. Volume 37, Issue 3, 1993, p. 323-332. Disponível em: <[https://doi.org/10.1016/0030-4387\(93\)90148-6](https://doi.org/10.1016/0030-4387(93)90148-6)> e <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0030438793901486>>. Acesso em: 17 jun. 2017. No original: the democratization supports the cause of peace. Peace, in turn, is a prerequisite for development. Democracy is therefore essential if development is sustained over time. And without development there is no democracy [...]. Therefore, these three major priorities are interlinked.

Tendo em vista essa inter-relação da governança global com o desenvolvimento, diversas instituições vêm buscando fortalecer sua governança interna com vistas à sustentabilidade e ao incremento igualitário dos ganhos econômicos e socioambientais.

Nesse sentido, no âmbito global, o Banco Mundial criou um programa que encerra o “The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project”<sup>94</sup>, o qual utiliza 6 (seis) indicadores para medir os níveis de governança em mais de 200 (duzentos) países e territórios, considerados no período de 1996 a 2016.

Esses indicadores foram criados a partir de pesquisas com empresas, cidadãos, organizações não governamentais e organizações internacionais, os quais resultaram nos seguintes parâmetros: voz e responsabilização; estabilidade política e ausência de violência; efetividade governamental; qualidade regulatória; primado do direito e controle de corrupção.

A governança, assim, passa a revelar uma inerente capacidade de resposta do Estado compreendida como

Governança responsiva e responsável engaja as pessoas nos processos de tomada de decisão – e formulação de políticas, implementação, monitoramento e avaliação. Ele foca os planos e a ação da liderança pública e do governo sobre as necessidades das pessoas e envolve-os na identificação dessas necessidades. Ele fornece acesso à informação pública, constantemente escuta as pessoas e garante que o governo e suas agências estão abertas a insumos e escrutínio das pessoas. Mais importante ainda, desenvolve instituições, estruturas, sistemas e práticas que promovem e apoiam o envolvimento e a participação das pessoas e asseguram acesso igual a todos os serviços.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> World Bank. **The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project**. Washington: World Bank, 2011. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/#home>>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>95</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Department of Economic and Social Affairs. **Responsive and Accountable Public Governance: 2015 World Public Sector Report**. DPADM/DESA, 2015, p. 10. Disponível em: <<https://publicadministration.un.org/>>

A capacidade de resposta dos Estados às demandas que surgem à raiz do sistema de proteção dos direitos fundamentais, especificamente no que tange às diretrizes consubstanciadas no modelo de Estado adotado (e que, a depender da ordem jurídica, podem ou não conformar-se em dispositivos constitucionais), deve vincular-se obviamente ao planejamento, regulação e execução dos serviços que irão concretizar tais direitos, permeados ainda pela participação da sociedade civil no processo de tomada de decisão. Logo, há intrínseca correlação entre o princípio da eficiência e a efetividade das decisões tomadas pelo Poder Público<sup>96</sup>.

A tal efeito, após a publicação do Livro Branco, a União Europeia emitiu um “Relatório da Comissão sobre a Governança Europeia”, em 2002, e publicou uma “Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comitê Econômico e Social Europeu”, com o título “Governança e desenvolvimento”, em 2003. Estes novos documentos mostram a contínua preocupação europeia com a questão da governança, assim como a evolução de seu conceito, o qual foi redefinido como “... a capacidade do Estado de servir os cidadãos”<sup>97</sup> (Comissão Europeia, 2003a). De fato

---

publications/content/PDFs/World%20Public%20Sector%20Report2015.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017. No original: Responsive and accountable governance engages the people in the processes of decision – and policymaking, implementation, monitoring and evaluation. It focuses plans and action of public leadership and government on the needs of the people and involves them in identifying those needs. It provides access to public information, constantly listens to the people and ensures that government and its agencies are open to people’s inputs and scrutiny. Most importantly, it develops institutions, structures, systems and practices that promote and support the involvement and participation of the people and ensure equal access to services by all.

<sup>96</sup> CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Um estudo sobre a governança global e a governança europeia: convergências em prol de um sistema regulatório participativo. In: **Integração, Estado e governança**. MATA DIZ, Jamile Bergamaschine. SILVA, Alice Rocha da; TEIXEIRA Anderson Vichinkeski (Org.). Pará de Minas: Virtual Books, 2016, p. 102-124. Disponível em: <<http://www.uit.br/mestrado/publicacoes.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

<sup>97</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Comunicação ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comitê Econômico e Social Europeu – Governança e desenvolvimento**, de 20 de outubro de 2003, COM (2003a) 0615 final. Disponível em: <[http://europa.eu/index\\_pt.htm](http://europa.eu/index_pt.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

[...] A governança diz respeito às regras, processos e comportamentos segundo os quais são articulados os interesses, geridos os recursos e exercido o poder na sociedade. O modo como são desempenhadas as funções públicas, geridos os recursos públicos e exercidos os poderes públicos regulamentares constituem os principais aspectos a ter em conta neste contexto. O verdadeiro valor do conceito de governança reside no fato de ser terminologicamente mais pragmática do que outros termos tais como ‘democracia’, ‘direitos humanos’, etc.<sup>98</sup>

Entretanto, foi apenas em 2007, com a assinatura do Tratado de Lisboa, que a garantia da governança ganhou evidência no âmbito da União Europeia, com o referido tratado pluralizando o escopo e a composição do Comitê Econômico e Social significativamente.

## 2 Governança regulatória e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)<sup>99</sup>

Em 1987, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento elaborou o relatório intitulado *Our Common Future*, no qual se vincula meio ambiente a desenvolvimento econômico e social, com sua proteção preocupada com as gerações futuras mediante a busca da perenidade dos recursos naturais. Em seu texto, tem-se que “Desenvolvimento sustentável significa suprir as necessidades do presente sem afetar a habilidade das gerações futuras de suprirem as próprias necessidades”<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> Parte das ideias aqui desenvolvidas, revisadas e ampliadas foram antes tratadas, isoladamente, em CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. *Processualização dos contratos administrativos e sustentabilidade sistêmica*. In: **Anais do II Seminário Internacional “Direitos fundamentais, jurisdição e processo coletivo”**: (O novo CPC e o Direito Processual Civil Internacional). LAGES, Cíntia Garabini; LÔBO, Edilene; LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira (Org.). Pará de Minas: VirtualBooks Editora, Vol. 1, 2016, p. 41-85.

<sup>100</sup> ONU – Organização das Nações Unidas. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – CMMAD. **Relatório Brundtland: *Our Common Future***. 1987.

Essa concepção, reconhecida como princípio da equidade intergeracional, determina que a proteção do meio ambiente tenha uma perspectiva de futuro como dever geral a ser observado por todos, ancorada na adoção de mecanismos que possibilitem e concretizem um desenvolvimento que privilegie meio ambiente equilibrado, livre iniciativa e justiça social.

Esse conceito, consoante essa concepção conectada a desenvolvimento, teve seus primórdios também com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – *United Nations Conference on the Human Environment* (UNCHE) –, em junho de 1972, em Estocolmo.

A partir desse evento, que foi a primeira reunião mundial promovida com o objetivo de discutir temas relacionados ao meio ambiente e soluções para a preservação da humanidade, o conceito de sustentabilidade passou a ganhar uma maior importância.

No Brasil, à sua vez, a expressão “sustentabilidade” ganhou dimensões maiores após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), em 1992, no Rio de Janeiro.

De fato, passados 20 (vinte) anos da Conferência sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, o desenvolvimento sustentável foi reafirmado na CNUMAD (também designada por ECO-92, Rio-92, Cúpula ou Cimeira da Terra), a começar por sua Declaração, ao enunciar em seu Princípio 3 que “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”<sup>101</sup>. Assim como em 1972, o conceito de desenvolvimento permeia todo o documento, atuando como eixo estruturante dos seus demais princípios.

---

Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>>. Acesso em: 16 set. 2010.

<sup>101</sup> **Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio 1992**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

Também a Agenda 21, um extenso documento formulado no âmbito da Rio-92 visto como um instrumento de planejamento participativo para a construção de sociedades sustentáveis, e que é guiado pelos pilares da proteção ambiental, equidade social e livre iniciativa economicamente eficiente, ampara-se integralmente na ideia de desenvolvimento sustentável<sup>102</sup>.

Cabe ressaltar, ainda, que no cenário internacional, no período de 1972 a 1992, surgiram vários tratados específicos que incluíam direta ou indiretamente menção ao desenvolvimento sustentável, podendo-se citar a Convenção de Genebra sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância, de 1979, a Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, e a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1985, sem contar o Relatório Brundtland, de 1987, anteriormente mencionado, que adotou nova concepção para a degradação ambiental no planeta ao insculpir a responsabilidade de preservar o ecossistema para as gerações futuras<sup>103</sup>.

E, sensível a esse cenário internacional, em âmbito local, o Brasil também passou a revelar um “movimento” em direção à proteção ambiental, unida à ideia de desenvolvimento sustentável, o qual é fruto de um processo consubstanciado por várias ações, inclusive de cunho participativo, mediante a adoção de uma governança regulatória para a sua adequada implementação.

Em verdade, ante o estabelecido no tópico anterior, a regulação administrativa concertada, em seu sentido lato, tem sido referida pela hodierna expressão “governança”, segundo uma transposição conceitu-

---

<sup>102</sup> **Agenda 21**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

<sup>103</sup> MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; ALMEIDA, Felipe Toledo Soares. A incorporação dos princípios ambientais internacionais pelo sistema jurídico brasileiro e a promoção da sustentabilidade ambiental. In: **Direito e sustentabilidade I**. CUNHA, Belinda Pereira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes; DOMINGOS, Terezinha de Oliveira (Coord.). Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 111-138. Disponível em: <[www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cff131894d0d56ca](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cff131894d0d56ca)>. Acesso em: 09 abr. 2016.

al da dita “governança corporativa”, em nível local, regional, nacional e internacional (“global governance”), externando a ideia de um método ou mecanismo de regulação de conflitos ou problemas, mediante a obtenção de soluções mutuamente satisfatórias e vinculantes aos polos de atuação, segundo negociação ou cooperação, pois que nenhum deles se revela independente o suficiente para impô-las e também, de outro lado, para delas prescindir<sup>104</sup>. Por isso, para Gonzalez a governança pode ser entendida como

La capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva.<sup>105</sup>

Assim, as ações estatais nacionais protetivas do meio ambiente vinculadas ao desenvolvimento sustentável, dão-se, em âmbito interno, *v. g.*, com a criação da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como a tipificação de crimes ambientais, o surgimento de promotorias especializadas na proteção ambiental, entre outras atitudes, ou mesmo mediante o incentivo de parcerias com setores da sociedade civil, tanto pela conscientização da população em geral, quanto pela criação de organizações não governamentais (ONG’s), inclusive para a adoção de práticas mais sustentáveis por parte das empresas privadas.

Nesse contexto, entende-se que sustentabilidade é a capacidade de um indivíduo, ou grupo (de indivíduos ou empresas e aglomerados produtivos, em geral), manter-se inserido num determinado ambiente sem, contudo, impactá-lo negativamente de forma a degradá-lo em sua integralidade. Assim, pode-se concebê-la como a capacidade de usar os recursos naturais e, de alguma forma, devolvê-los processados ao planeta por intermédio de práticas ou técnicas desenvolvidas para seu restabelecimento e regeneração.

---

<sup>104</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2009.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ, Jorge Agudo. La concertación con la administración: especial referencia a la concertación informal. *Opinión Jurídica*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín, edición especial, julio/diciembre de 2011, p. 17.

Essa concepção de sustentabilidade, a seu turno, tem sido, tradicionalmente, alicerçada em três pilares: social, econômico e ambiental. Desse modo, para se desenvolver de forma sustentável, v. g., uma empresa deve, portanto, atuar de maneira que esses três alicerces coexistam e interajam de forma plenamente harmoniosa.

Criado em 1994 por Elkington, o termo *triple bottom line* significa que todas as entidades, governamentais ou não, no desempenho de suas atividades, necessitam observar um viés não meramente social ou econômico, mas também ambiental para um desenvolvimento havido por sustentável. A definição de Elkington, claramente direcionada para o universo corporativo, baseava-se nos três *P's*, quais sejam, *profits* (lucro), *people* (pessoas) e *planet* (planeta)<sup>106</sup>.

O conceito recebeu críticas relativas à falta de clareza no momento de ponderar e aplicar as respectivas variáveis, mas a importância do *triple bottom line* é inegável para a manutenção da defesa do desenvolvimento sustentável em vários âmbitos, principalmente ante a patente a necessidade de um ordenamento jurídico consistente e coerente com um maior nível de proteção ambiental<sup>107</sup>, o que mais recentemente restou corroborado, inclusive, pelas Nações Unidas, tanto por seus ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, como pelos ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os quais foram algo além trazendo os cinco P's, tais sejam, pessoas, planeta, prosperidade, paz e parceria.

No âmbito de governança corporativa, há que reconhecer que o método do *triple bottom line* formulado por Elkington influenciou, e ain-

---

<sup>106</sup> ELKINGTON, John. Enter the Triple Bottom Line. In: HENRIQUES, Adrian; RICHARDSON, Julie. **The Triple Bottom Line, Does It All Add Up?:** Assessing the Sustainability of Business and CSR. London; Earthscan Publications Ltd., 2004, cap. 1, p. 1-16. Disponível em: <<http://kmhassociates.ca/resources/1/Triple%20Bottom%20Line%20a%20history%201961-2001.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

<sup>107</sup> MATA DIZ, Jamile Bergamaschini; GOULART, Rayelle Caldas Campos. A aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; BIMFELD, Carlos André; ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). **Direito e sustentabilidade**. Florianópolis: CONPEDI, 2013, p. 37-66. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=13>>. Acesso em: 09 abr 2016.

da influencia, a atuação das empresas privadas voltadas para o cumprimento da dimensão ambiental e social, já que

[...], denominado TBL (1998), avalia o desempenho organizacional não somente pelo lucro proporcionado pelo negócio, porém, ainda pela integração da performance nas dimensões econômica, social e ambiental. Para uma organização ser bem-sucedida, lucrativa e entregar valor aos seus acionistas, precisa ser administrada, considerando-se estas três dimensões. O Triple Bottom Line é formado pela Eficiência Econômica, Equidade Social e Preservação Ambiental.<sup>108</sup>

Ainda, conforme destaca De Carli e Costa ao analisar o conceito *sub examine*,

[...] além dos três elementos propostos por John Elkington, há de se levar em conta também, ao perfilar o conteúdo da sustentabilidade, os aspectos políticos e culturais. Nessa senda, a sustentabilidade estaria firmada em cinco e não em apenas três pilares, os quais seriam: lucro empresarial, pessoas, meio ambiente natural, meio ambiente do trabalho e cultural e aspectos políticos. As relações entre empresa-empregado e empresa-comunidade devem ser construídas a partir da ética do respeito e do cuidado.<sup>109</sup>

Vale ressaltar que, como já acima adiantado, os ODS agregam aos três elementos propostos por Elkington, outros dois, a paz e a parceria, de sorte a enfatizar um desenvolvimento sustentável imiscuído com a democracia participativa e, outrossim, a dita paz governança, ou seja, um exercício concertado de tomada de decisões estatais, tornando-as mais legitimadas ao final do processo, em um ganho e incremento de-

---

<sup>108</sup> LOURENÇO, Mariane Lemos; CARVALHO, Denise. Sustentabilidade social e desenvolvimento sustentável. **RACE: Revista de Administração, Contabilidade e Economia**, v. 12, n. 1, jan./jun. 2013, p. 12.

<sup>109</sup> DE CARLI, Ana Alice; COSTA, Leonardo de Andrade. Sustentabilidade ambiental: parâmetro necessário à atividade econômica e requisito essencial à concessão de benefícios fiscais. **Quaestio Iuris**, vol.09, nº. 02, Rio de Janeiro, 2016, p. 847.

mocráticos em função da paz social defluente de uma solução de conflitos consensual, dialógica.

Nesse contexto é que a Administração Pública federal promove uma necessária governança para o aperfeiçoamento da gestão pública, mediante a criação de uma Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, responsável pela internalização, difusão e transparência da Agenda 2030 durante seu processo de implementação. Nos dizeres de Temer

A publicação do Decreto Presidencial 8.892, firmado em outubro de 2016, estabeleceu uma governança nacional ao processo de implantação da Agenda 2030 no país, criando a Comissão Nacional para os ODS. É uma instância de natureza consultiva e paritária, cuja finalidade é internalizar, difundir e dar transparência às ações relativas aos ODS. A Comissão tem a participação de representantes dos três níveis de governo e da sociedade civil, constituindo um amplo espaço para a articulação, a mobilização e o diálogo com os entes federativos e a sociedade.<sup>110</sup>

À sua vez, a mencionada Comissão criou um Grupo de Trabalho, o qual teve a incumbência de elaborar uma minuta de plano de ação que estabeleça os parâmetros para a efetiva implementação da Agenda 2030, mediante o auxílio tanto de Câmaras Temáticas (compostas por representantes de órgãos públicos e da sociedade civil) para realização de estudos técnicos e propostas de aperfeiçoamento das políticas públicas, de modo que restem mais alinhadas com os ODS, como de assessoramento técnico permanente por intermédio da Fundação Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Desse modo, a Comissão Nacional para os ODS afigura-se enquanto o âmbito institucionalizado de intercâmbio e de cooperação entre as distintas esferas da Administração Pública e os diferentes segmentos da

---

<sup>110</sup> TEMER, MICHEL. Apresentação. In: Comissão Nacional para os ODS. **Plano de ação**. 2017, p. 6. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

sociedade civil, caracterizando-se como o *locus* de representação e convergência de atividades colaborativas que auxiliem para a implementação dos objetivos e metas de desenvolvimento sustentável no Estado brasileiro, segundo uma governança regulatória consubstanciada por boas práticas e iniciativas que colaborem para o seu pleno alcance, consoante estrategicamente estipuladas em seu plano de ação.

Portanto, faz-se necessário analisar, na subsequência do estudo, como que se dá o planejamento estratégico do plano de ação para a implementação dos ODS nas políticas públicas locais (nas esferas estadual, distrital e municipal).

### **3 Um plano de ação para as políticas públicas locais**

Conforme esclarecido por Temer, “Levando em conta os diferentes contextos regionais, econômicos, sociais e ambientais, faz-se necessário que os benefícios dos ODS alcancem todos os brasileiros. Trata-se de uma oportunidade de ação conjunta, onde as políticas locais devem dialogar com a estratégia de ação nacional”<sup>111</sup>, construindo-se, assim, um sistema mais preciso, colaborativo e dialógico que permita a adoção de boas práticas e iniciativas de gestão pública sabidamente adequadas para a implantação, em território nacional, dos ODS, inclusive mediante sua inserção nas políticas públicas verificadas nos PPA’s – Planos Plurianuais.

Tal plano de ação, de conseguinte, deve adotar estratégias, instrumentos, ações e programas para a implementação dos ODS, que consigam promover os objetivos de paz, crescimento, emprego e justiça social não só dentro das esferas de competências das Administrações Públicas respectivas, mas também de forma global. Para atingir tal finalidade, todavia, tal referido plano de ação deve mostrar-se flexível e acessível a intervenções de governos e entes não governamentais, levando em consideração a dimensão que suas políticas podem tomar.

---

<sup>111</sup> TEMER, MICHEL. Apresentação. In: Comissão Nacional para os ODS. **Plano de ação**. 2017, p. 6. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

Ademais, é de se ressaltar o papel que a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável deve exercer e desempenhar nas negociações multilaterais, buscando sempre ampliar a observância da boa governança e a melhora da efetividade, eficácia, eficiência e legitimidade no processo global de implantação dos ODS, acompanhando e monitorando o seu desenvolvimento, com relatórios periódicos.

Cumpra salientar que uma das melhores formas de se acompanhar e monitorar o desenrolar da implantação dos ODS, na atualidade, é por meio da criação de Plataformas e/ou Observatórios, enquanto mecanismos que permitem o fomento de uma maior sinergia de esforços e recursos, evitando vitandas sobreposições e/ou desperdícios<sup>112</sup>.

A Comissão, além de identificar, sistematizar e divulgar boas práticas e iniciativas que colaborem para o alcance dos ODS, deve prever que muitas das ideias estrategicamente postas em seu plano de ação podem ser aplicadas de forma global às distintas esferas administrativas locais, como, *e. g.*, o desenvolvimento de soluções corregulamentares e o controle colegiado dos progressos alcançados na persecução das metas de implantação, de sorte a gerar, paulatinamente, uma sinérgica e crescente interface entre as políticas públicas locais e os ODS. De fato:

A estratégia da territorialização compreenderá a articulação e mobilização dos diferentes atores da sociedade civil, o engajamento dos governos subnacionais, o reconhecimento e valorização de boas práticas, e o acompanhamento e monitoramento das metas. Dentre as principais ações para a territorialização da Agenda 2030 nos estados e municípios podem ser destacadas as seguintes iniciativas: } Estimular a criação de Comissões Estaduais para os ODS para coordenação das atividades relativas à implementação da

---

<sup>112</sup> A respeito do tema, vide relatório de similar Observatório (de Políticas Públicas), fruto de Projeto de Extensão registrado perante a UFMG: CALDAS, Roberto Correia da S.; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; COSTA, Noemi de Sousa e; VIEIRA, Rayane N. Morais. Planejamento público municipal e o monitoramento da execução de políticas públicas: o caso do Município de Contagem/MG. In: **Políticas Públicas, Planejamento e Sustentabilidade**. FORTINI, Cristiana; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; OLIVEIRA, Márcio Luiz (Coord.). Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2018, pp. 165-213

Agenda 2030 nos respectivos estados; } Estimular a criação de Comissões Municipais para os ODS nos municípios brasileiros para coordenar a implementação da Agenda 2030 nos respectivos municípios; } Estimular os Estados e Municípios a mapear as políticas públicas (PPA) e sua relação com as metas dos ODS; } Valorizar e dar visibilidade em todo o território nacional às boas práticas que contribuam para o alcance das metas dos ODS, por meio de prêmio, selos, certificados e sistematização de boas práticas, dentre outros, para facilitar aos gestores públicos, ao setor privado, à academia e às organizações da sociedade civil a implantação de projetos que contribuam para o alcance dos ODS; } Estimular as organizações da sociedade civil a realizarem o mapeamento e a divulgação da relação dos seus projetos com as metas dos ODS; } Estimular o setor privado a realizar o mapeamento e a divulgação da relação dos seus projetos com as metas dos ODS; } Fortalecer as plataformas e observatórios públicos e da sociedade civil que disponibilizam dados e diagnósticos sobre a situação dos municípios, estados e do país, relativos ao alcance das metas dos ODS; } Estimular e fortalecer parcerias que contribuam com projetos, ações e iniciativas para o alcance dos ODS; e } Estimular a capacitação de atores e gestores locais.<sup>113</sup>

Grande parte dessa intersecção entre as políticas públicas locais e os ODS, com suas metas e indicadores, em si, decorre da busca conjunta pela almejada concretização de uma democracia verdadeiramente participativa, valor fundamental presente no seio das sociedades contemporâneas.

O conceito da governança regulatória a ser empregue na implantação dos ODS, de consequente, está intimamente relacionado à legitimidade das decisões tomadas pelas instituições competentes, como fruto de consenso com a sociedade civil, o qual só pode se verificar mediante a democratização do processo deliberativo para a solução de conflitos.

---

<sup>113</sup> Comissão Nacional para os ODS. **Plano de ação**. 2017, p. 19. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf)>. Acesso em: 17/06/2018.

A democracia – que é pressuposto fundamental para o desenvolvimento sustentável, sob uma óptica pacífica, parceira, ambiental, social e econômica – possui papel proeminente no processo de implantação dos ODS e na aceção de sua governança regulatória.

Dessa maneira, a Comissão, para além de promover a articulação com órgãos e entidades públicas das unidades federativas para a disseminação e a implementação dos ODS nos níveis estadual, distrital e municipal, deve também estar em constante busca de aproximação entre cidadãos, empresas e entes não governamentais com o processo decisório, para que se possa atender com a maior precisão possível ao interesse público a ser perseguido enquanto metas estatais alinhadas com os ODS.

O esforço, na verdade, se traduz na adequação das metas dos ODS, e seus respectivos indicadores globais, à necessidade pátria, assim como sua difusão por todos os Estados e Municípios, o que requer um *enforcement* de mobilização, articulação e integração entre as esferas administrativas estatais e a sociedade civil para a elaboração e promoção de novas políticas públicas, com o aprimoramento daquelas já existentes que auxiliem para o êxito dos ODS.

É de se registrar que, dentre as estratégias já em curso para implementar a Agenda 2030, evidenciam-se

(i) o lançamento do Plano de Ação da Comissão Nacional para os ODS; (ii) o mapeamento da relação entre as políticas públicas vigentes nos Ministérios e o PPA 2016-2019 com as metas dos ODS para verificação de suficiência e possíveis lacunas; (iii) a adequação das metas globais à realidade nacional; (iv) a definição dos indicadores nacionais dos ODS; (v) o desenvolvimento de ferramentas/plataforma para disseminação dos ODS; e (vi) processos e iniciativas de interiorização/localização da Agenda 2030 em todo território nacional. Levando em conta os diferentes contextos regionais, econômicos, sociais e ambientais, faz-se necessário que os ODS alcancem todos os brasileiros. Nesse sentido, os governos locais exercem um papel fundamental na adequação das metas e indicadores nacionais à realidade

local, com ações que considerem as metas ODS em seus planejamentos e orçamentos respectivos, incluindo mecanismos de participação e engajamento da sociedade civil.<sup>114</sup>

Tais ações ou iniciativas, em si, mostram-se enquanto mecanismos que, apesar de não serem implementados de modo uniforme em todos os Estados membros e Municípios da federação em função de suas diferenças estruturais, compartilham a premissa de que “Todas presentan una orientación práctica, esto es, se trata de experiencias que están dirigidas a la mejora de la gobernanza local y se orientan a objetivos muy concretos. Todas utilizan un enfoque de participación *bottom-up*. Y todas fomentan la adopción de soluciones deliberativas”<sup>115</sup>. Fica evidente, portanto, que a Comissão caminha no sentido de maior inclusão de seus cidadãos no processo decisório, por meio de uma democracia participativa.

## Conclusão

A discussão sobre a governança regulatória concertada para implantação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), *maxime* no âmbito das distintas esferas administrativas estatais locais pátrias, demanda uma análise de possível correlação sinérgica destes com as políticas públicas dos respectivos entes federativos, mediante mecanismos de ações estrategicamente planejadas para o fortalecimento da democracia, vez que os cidadãos não podem estar alijados do processo decisório que perpassa toda e qualquer tentativa de inclusão das metas sustentáveis como estatais.

---

<sup>114</sup> Comissão Nacional para os ODS. **Plano de ação**. 2017, p. 18. Disponível em: <[http://www.itamaraty.gov.br/images/ed\\_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf](http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Plano-Acao-ComissaoNacional-ODS.pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2018.

<sup>115</sup> CONEJERO PAZ, Enrique; PIZARRO SARA, Elisa. En busca de la gobernanza democrática local. In: **VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: “Democracia y buen gobierno (Área II. Administración Pública)**. Madrid, 21–23 de septiembre de 2005, p. 18. Disponível em: <[http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso\\_07/area02/GT05/CONEJERO-PAZ-Enrique\(UMH\)-y-PIZARRO-SARA-Elisa\(UMH\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area02/GT05/CONEJERO-PAZ-Enrique(UMH)-y-PIZARRO-SARA-Elisa(UMH).pdf)>. Acesso em: 17 jun. 2016.

A seu turno, tal governança regulatória concertada, para que seja aplicável ao plano de ação para implantação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) constantes da Agenda 2030, deve implicar a criação de um sistema institucional e jurídico próprio e singular, com instrumentos apropriados (como é o caso de Plataformas e Observatórios) para o acompanhamento e monitoramento do respectivo processo de implementação, inclusive a ensejar imperioso controle social.

Não cabe dúvida de que a participação da sociedade civil no processo de tomada de decisões públicas na solução de eventuais conflitos quando da implementação da Agenda 2030, em si, é o instrumento mais importante de democracia participativa, e só pode ser alcançado por meio do diálogo entre si (sociedade) e as instituições competentes para tanto.

Conforme visto no presente trabalho, a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, desde sua criação e confecção do correspondente Plano de Ação, vem tentando forjar um espaço de participação cidadã, objetivando fortalecer os instrumentos e meios de expressão da vontade popular quanto às metas de sustentabilidade do progresso estatal, de modo a contornar o *deficit* democrático do qual sempre é acusada a Administração Pública, buscando ainda aproximar, cada vez mais, os cidadãos das decisões tomadas pelas instituições pátrias, não obstante de forma tímida.

Dessa maneira, a institucionalidade e as disposições regulatórias voltadas para o âmbito das Administrações Públicas locais, embora aplicadas de modo díspar em função de suas diferenças estruturais, representam o resultado direto de uma preocupação voltada para a legitimidade do processo de implantação.



## CAPÍTULO 4

### Títulos de crédito eletrônicos

*Newton De Lucca*

**Resumo:** O capítulo analisa os títulos de crédito eletrônicos, a partir de sua evolução e importância na economia moderna. Para tanto, a teoria geral dos títulos de crédito é abordada, destacando-se os elementos essenciais que a enformam, com o objetivo de verificar a necessidade de releitura que leve em conta a desmaterialização desses títulos, sendo a duplicata virtual analisada como precursora desse fenômeno. Por fim, apresentam-se reflexões sobre o futuro dos títulos de crédito, ao lado dos chamados instrumentos financeiros e dos novos mecanismos de registro de transações.

**Palavras-chave:** Títulos de crédito. Desmaterialização. Títulos de crédito eletrônicos.

#### **A importância dos títulos de crédito para a formação da economia moderna**

Na linha evolutiva da civilização, a criatividade dos empresários sempre foi o traço distintivo a permitir a marcha que os levou da *mercancia* ao hoje totalmente interligado *mercado mundial*, como conhecido por todos e reconhecido pelo Direito, ainda que algumas dúvidas sobre o que seja, realmente, *o mercado*, ainda parem sobre os estudos jurídicos, sobretudo daqueles que não se renderam às explicações exclusivamente econômicas.

Para este estudo, preferiu-se ficar com as palavras de Eros Roberto Grau, para quem “os mercados são instituições jurídicas”<sup>116</sup>,

---

<sup>116</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2017.

aliás, na mesma linha do que afirmara Natalino Irti, em sua obra *L'ordine giuridico del mercato*, na qual reconhece que o mercado não é um *locus naturalis*, mas uma instituição que surge graças a determinadas reformas institucionais, fundadas em normas jurídicas que o regulam, o limitam e o conformam, ou seja, trata-se de um *locus artificialis*<sup>117</sup>.

Por outro lado, não há nenhuma dúvida de que a citada capacidade criativa dos empresários teve terreno fértil no campo da facilitação de pagamentos e da transferência de numerário entre praças comerciais distintas, assim como nenhuma coincidência se pode extrair desta afirmação.

Como destaca Fabio Konder Comparato, a partir do século XII houve a reabertura do comércio mediterrâneo e o desenvolvimento das feiras periódicas em várias cidades europeias, de modo que a regulação do contrato de câmbio de moedas e a transferência de fundos de uma praça comercial para outra mostrou-se essencial. Nesse contexto, surge a letra de câmbio, primeiro título de crédito representativo de uma ou várias relações de crédito, de facilitada transferência, por meio da simples assinatura no verso (endosso)<sup>118</sup>.

Não por acaso, Tullio Ascarelli, em sua obra magistral, *Teoria geral dos títulos de crédito*, destacou com precisão:

Graças aos títulos de crédito pôde o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com a maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras.<sup>119</sup>

Como já tive a oportunidade de destacar, certamente os títulos de crédito, ao lado do desenvolvimento do sistema bancário, permitiram a mudança da constituição econômica da sociedade, sobretudo porque, pelos títulos de crédito, deslocava-se a propriedade dos bens materiais

---

<sup>117</sup> IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. 3ª Edizione. Bari: Laterza & Figli, 1998.

<sup>118</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 80.

<sup>119</sup> ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1943.

para pedaços de papel, que nada mais eram do que a própria corporificação desses bens”<sup>120</sup>.

Nessa linha, não se perca de vista, ainda, que a mudança substancial na forma de mobilização da riqueza acabou por alterar a própria importância e o valor da distinção entre bens móveis e imóveis, tornando mesmo “anacrônico o adágio *res mobilis, res vilis*”, como destacara Fabio Konder Comparato<sup>121</sup>.

A relevância dos títulos de crédito para a formação da economia moderna, portanto, é incontestável. A certeza, a segurança jurídica e a facilidade de circulação constituíram corolários a garantir posição de destaque aos títulos de crédito como eficientes instrumentos financeiros de utilização corrente, assim como ao Direito coube garantir-lhes a devida segurança jurídica, ao lado da executividade, a partir de seu reconhecimento como títulos executivos extrajudiciais.

Evidentemente, com o passar o tempo, a criatividade dos empresários, somada à velocidade das transações econômicas, arvorada pelo desejo de auferir mais e mais capital para o aumento da produção (e, por consequência, do consumo), impuseram que ao cenário dos títulos de crédito fossem inseridos suportes contemporâneos a garantir esses objetivos.

A substituição do papel pela fita magnética é um exemplo disso, mostrando-se a última menos onerosa e mais eficiente à circulação ágil do crédito, como bem ilustraram a *Lettre de Change-Relevé*, na França, e a *Lastschriftverkehr*, na Alemanha, ainda que não tenham permanecido imunes às críticas, principalmente em razão do formalismo arraigado à tradição dos títulos de crédito.

Indagações sobre como provar a quitação desses tipos de títulos em suporte fita magnética, quando o artigo 39 da Lei Uniforme de Genebra

---

<sup>120</sup> DE LUCCA, Newton. Títulos e Contratos Eletrônicos: o advento da Informática e suas consequências para a pesquisa jurídica. In: **Direito & Internet: aspectos jurídicos relevantes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 4.

<sup>121</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen, 2008, p. 127.

dispunha que o sacado que paga uma letra pode exigir que ela lhe seja entregue com a respectiva quitação, eram recorrentes à época.

O excesso de formalismo, pouco a pouco, cedeu espaço à evolução tecnológica em matéria de títulos de crédito.

A chamada desmaterialização dos títulos de crédito constitui fenômeno hoje reconhecido, sobretudo diante da constatação de que a transmissão de informações financeiras acompanhou a evolução dos meios de comunicação, como não poderia deixar de ser, contexto que impõe sejam revisitados os fundamentos da chamada teoria geral dos títulos de crédito.

### **Teoria geral dos títulos de crédito: necessidade de nova leitura a partir da desmaterialização?**

Pensar os títulos de crédito no século XXI significa reconhecer sua desmaterialização como algo inevitável, situação que poderia, à primeira vista, justificar a ideia de descompasso dos alicerces da teoria geral dos títulos de crédito à economia moderna.

O artigo 887 do Código Civil, como é cediço, dispõe que “o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

Referido artigo, ainda que parcialmente, acolhe a célebre definição de Vivante, para quem título de crédito é o “documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado”<sup>122</sup>. Diz-se parcialmente, porque o direito constante no título de crédito não poderia estar nele *contido*, como afirma referido artigo do Código Civil, porque para Vivante, apenas acha-se *mencionado* no título de crédito. Tudo indica que o diploma civil brasileiro, em verdade, acabou por traduzir a palavra *menzionato* do italiano para o português como *contido*, quando, se assim o fosse, teria o autor italiano inserido a palavra *contenuto* em sua célebre definição, o que não ocorreu.

---

<sup>122</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5. ed. V. III. Milão: Ed. Francesco Vallardi, 1935, p. 63 e 164.

Para que não parem dúvidas, veja-se a explicação formulada por Vivante, logo depois de definir título de crédito:

Diz-se que o direito mencionado no título de crédito é literal, porquanto ele existe segundo o teor do documento. Diz-se que o direito é autônomo, porque a posse de boa-fé enseja um direito próprio, que não pode ser limitado ou destruído pelas relações existentes entre os precedentes possuidores e o devedor. Diz-se que o título é o documento necessário para exercer o direito porque, enquanto o título existe, o credor deve exibi-lo para exercer qualquer direito, principal ou acessório, que ele porta consigo, não se podendo fazer nenhuma mudança na posse do título sem anotá-la sobre o mesmo [...]. Este é o conceito jurídico, preciso e limitado, que se deve substituir à frase vulgar pela qual se consigna que o direito está incorporado no título.<sup>123</sup>

Portanto, claro está que para Vivante a teoria da incorporação não se sustentava em matéria de títulos de crédito, de modo que em sua obra a refutou com veemência.

Nesse aspecto, a doutrina que sucedeu a de Vivante continuou a negar o fenômeno da incorporação do direito no título de crédito, esclarecendo que, na verdade, tratou-se apenas de uma *imagem plástica*, como se pode extrair das obras de Ferri<sup>124</sup> e Messineo<sup>125</sup>, ou de uma *metáfora*, como disseram Asquini<sup>126</sup> e Ascarelli<sup>127</sup>.

Seja como for, do referido conceito é possível extrair os elementos essenciais dos títulos de crédito, a saber, literalidade, autonomia e cartularidade.

<sup>123</sup> VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. 5. ed. V. III. Milão: Ed. Francesco Vallardi, 1935, p. 63 e 164.

<sup>124</sup> FERRI, Giuseppe. **Il titoli di credito**. Turim: Unione Tipografico – Torinese, 1965, p. 13.

<sup>125</sup> MESSINEO, Francesco. **Il titoli di credito**. Padua: Cedam, 1964, vol. I, p. 8.

<sup>126</sup> ASQUINI, Alberto. **Titoli di credito**. Padua: Cedam, 1966, p. 38.

<sup>127</sup> ASCARELLI, Tullio. **Teoria geral dos títulos de crédito**. São Paulo: Saraiva, 1943, p. 266.

Como extraído da explicação de Vivante acima citada, o direito mencionado no título é literal, porque existe segundo o teor do documento. Na mesma linha, explica Carvalho de Mendonça, o título de crédito vale pelo que nele está escrito<sup>128</sup>.

A autonomia dos títulos de crédito, por sua vez, encerra dois sentidos, quais sejam, a impossibilidade de oposição ao subsequente titular do direito cartular das exceções oponíveis ao portador anterior, decorrentes de convenções extracartulares; e a impossibilidade de oposição ao terceiro possuidor do título da falta de titularidade de quem o transferiu.

Finalmente, da cartularidade pode-se concluir a necessidade da exibição do título de crédito para o exercício do direito.

Esclarecidos os elementos essenciais dos títulos de crédito, seria o momento de indagar se a teoria geral dos títulos de crédito sobreviveu ao fenômeno da desmaterialização.

Como já afirmado, a realidade da desmaterialização é inquestionável, principalmente se reconhecido o exponencial aumento do volume de operações financeiras e o fato de que o acúmulo de papéis e títulos impuseram se encontrasse solução menos onerosa, como ocorreu na França e na Alemanha, respectivamente com a *Lettre de Change-Relevé* e a *Lastschriftverkehr*.

No Brasil, ainda que em momento posterior, não foi diferente. Já nos anos 70, Nelson Abrão alertava sobre a possibilidade de desmaterialização dos meios documentais e, portanto, a desnecessidade da existência de cártula para a circulação ou a cobrança de títulos cambiários<sup>129</sup>. No mesmo sentido, afirmei, ainda no ano de 1985, que os títulos de crédito não mais circulariam materialmente, bastando a apresentação dos registros eletrônicos para a efetivação da cobrança, na medida em que

---

<sup>128</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, t. 5, parte 2.

<sup>129</sup> Cf. ABRÃO, Nelson. Cibernética e títulos de crédito. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 19, 1975, p. 95.

o papel não era o único suporte possível a exprimir a vontade cambiariamente suficiente<sup>130</sup>.

Portanto, a leitura da teoria geral dos títulos de crédito precisa observar o contexto da desmaterialização e, nesse sentido, o excessivo apego ao formalismo estrutural da teoria posta não parece o melhor caminho.

A função dos títulos de crédito não deve ser olvidada, lição há muito ressaltada por Norberto Bobbio, ao abordar a importância da função dos institutos jurídicos<sup>131</sup>. Em terras brasileiras, apontara no mesmo sentido da dialética entre a estrutura e a função dos institutos jurídicos, Fabio Konder Comparato, ao afirmar que “essa consideração biangular dos institutos jurídicos, que já passou em julgado como o melhor método de exposição do direito, só alcança porém sua plena virtualidade quando se percebe que não se trata de uma antinomia, mas de ideias complementares”<sup>132</sup>.

Logo, não se vê qualquer inconsistência na aplicação da teoria geral aos títulos de crédito eletrônicos, sob a condição de que se faça leitura contemporânea dos já mencionados elementos essenciais dos títulos de crédito.

Enquanto a literalidade e a autonomia não sofreram maiores alterações com os títulos de crédito eletrônicos, reconhece-se que a cartularidade precisa ser revisitada e dela extraída visão atualizada.

Os títulos de crédito, quando encarados como documentos que são, podem ser enquadrados como documentos dispositivos, ou seja, aqueles, tal como ocorre com os constitutivos, que além de constituírem um direito no momento em que são elaborados, são também necessários para o exercício do direito neles mencionado.

Como já afirmei alhures, a relação de imanência entre direito e título é de tal ordem que a doutrina, de forma não científica, chegou a uti-

<sup>130</sup> DE LUCCA, Newton. **A cambial-extrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>131</sup> Nesse sentido, ver BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

<sup>132</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 1990.

lizar a já mencionada metáfora da *incorporação* para caracterizá-la, com maior facilidade, no plano didático<sup>133</sup>.

Assim, não se vê impedimento para que se reconheça a cartularidade em outro suporte que não apenas o papel, contanto que direito e título mantenham a referida relação indissociável.

A questão já vem sendo reconhecida pela doutrina, embora a jurisprudência, presa aos aspectos estruturais dos títulos de crédito, tenha resistido por largo período ao reconhecimento dos títulos de crédito eletrônicos, não obstante a realidade que a cercava há tempos e, sobretudo, a necessária análise estrutural aliada à função dos títulos de crédito.

Nesse sentido, como se verá, a duplicata pode ser considerada a precursora desse movimento na jurisprudência e, por que não reconhecer, na prática comercial e na própria legislação.

## **A duplicata virtual como precursora do fenômeno da desmaterialização**

Como já afirmado, o exponencial aumento do volume de operações financeiras, de um lado, o acúmulo insustentável de papeis e títulos, de outro, impuseram a busca por soluções menos onerosas em países como a França e a Alemanha. No Brasil, da mesma forma, houve diversos debates, desde a década de 70, a fim de encontrar um caminho que atendesse à realidade do volume de títulos em circulação.

Assim, inspirado no modelo da *Lettre de Change-Relevè* francesa, o Brasil criou a duplicata escritural, ainda que com algumas diferenças, destacando-se o problema brasileiro da caracterização legal da apresentação dos títulos a pagamento, o que veio a ser debatido pela jurisprudência, para fins de reconhecimento da executividade, pelo menos até o ano de 2011, como se verá.

---

<sup>133</sup> Cf. DE LUCCA, Newton. Do título papel ao título eletrônico. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 16, 60, abril-junho, 2013, São Paulo, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, pp. 169-187.

À época, um dos poucos juristas a manifestar-se positivamente à desmaterialização dos títulos de crédito e às possibilidades de executividade foi Fabio Ulhoa Coelho:

O direito em vigor dá sustentação, contudo, à execução da duplicata *eletrônica*, porque não exige especificamente a sua exibição em papel, como requisito para liberar a prestação jurisdicional satisfativa. Institutos assentes no direito cambiório nacional, como são o aceite por presunção, o protesto por indicações e a execução da duplicata não assinada permitem que o empresário, no Brasil, possa informatizar por completo a administração do crédito concedido.<sup>134</sup>

Nessa mesma linha, desenvolvi minha posição, na obra *A cambial-extrato*<sup>135</sup>, ainda na década de 80, convencido da possibilidade de execução de uma duplicata virtual, sobretudo porque sempre me pareceu cristalino que a força executiva de uma duplicata comum deriva da situação jurídica comprobatória da remessa e do recebimento da mercadoria e não da duplicata em si, até porque, na prática comercial, raramente uma duplicata é efetivamente aceita, nos moldes legislativos inicialmente previstos.

O uso da duplicata para circulação do crédito, na verdade, acompanhou de perto a evolução tecnológica e, principalmente, a necessidade de agilidade na realização dessas transações.

Nesse aspecto, a devolução da duplicata com aceite e a reapresentação para pagamento, desde o início não eram adotadas, justamente na busca de um procedimento de circulação abreviado, que atendesse à celeridade exigida pelas relações comerciais.

Como alerta Leonardo Netto Parentoni:

O que precisa ficar claro é que *já nesta primeira fase histórica as duplicatas não eram formalmente aceitas nem devolvidas*. O sacador/credor principal as encaminhava ao sacado e este, ao recebê-las, direcionava-as para o setor

<sup>134</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, vol. I, p. 539.

<sup>135</sup> DE LUCCA, Newton. **A cambial-extrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

contábil, a fim de serem inseridas em *contas a pagar* e, de regra, quitadas na data prevista. Com isto, suprimiam-se ao menos duas fases do procedimento legal: devolução da cártula com aceite e reapresentação para pagamento. É de se destacar que nesta primeira fase havia, ao menos, a extração regular da cártula e seu envio ao devedor principal. Havia, portanto, circulação do próprio título de crédito, na clássica definição de Vivante, com apresentação da via original do título ao devedor principal.<sup>136</sup>

Na sequência, nem mesmo a extração da cártula em papel e a circulação do título materializado mostrou-se ágil no processo de cobrança das duplicatas, contexto ao qual se inseria pouco a pouco a intermediação das instituições financeiras, que recebiam as informações sobre o crédito e ficavam encarregadas de encaminhar ao devedor o chamado boleto bancário. O caminho para a escrituração do crédito estava consolidado, graças ao costume mercantil.

Não tardaria evolução tecnológica suficiente a permitir que a escrituração dos créditos ocorresse em suporte eletrônico e, com ele, outras formas de facilitar a circulação ágil do crédito e, sobretudo, interligar todo o processo de circulação da duplicata, como bem ilustra a possibilidade do protesto por indicação a partir de comunicações eletrônicas do credor ou de intermediários com os Tabeliães de Protesto.

Nesse sentido, dispõem inequivocamente os artigos 8º e 22 da Lei nº 9.492/97, respectivamente:

Art. 8º Os títulos e documentos de dívida serão recepcionados, distribuídos e entregues na mesma data aos Tabeliães de Protesto, obedecidos os critérios de quantidade e qualidade.

Parágrafo único. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, *por meio magnético ou de gravação eletrônica de*

---

<sup>136</sup> PARENTONI, Leonardo Netto. A duplicata virtual e os títulos de crédito eletrônicos. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, jul./dez. 2014, pp. 409-465, p. 417.

*dados*, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.

Art. 22. O registro do protesto e seu instrumento deverão conter: (...)

Parágrafo único. Quando o Tabelião de Protesto *conservar em seus arquivos gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento de dívida, dispensa-se, no registro e no instrumento, a sua transcrição literal, bem como das demais declarações nele inseridas.* (grifos meus)

Portanto, com a possibilidade de aceite presumido e do protesto por indicação, a via escritural consolidou-se na prática comercial. A duplicata, hoje, é virtual, porque o direito de crédito circula de maneira escritural e eletrônica, enquanto a cártula em si, existe em potência e pode ser extraída a qualquer tempo.

Utiliza-se a palavra *virtual* para qualificar a duplicata, aproveitando-se as lições do filósofo Pierre Lèvy, ao descrevê-la, nos seguintes termos:

A palavra virtual vem do latim medieval *virtualis*, derivado por sua vez de *virtus*, força, potência. Na filosofia escolástica, é virtual o que existe em potência e não em ato. O virtual tende a atualizar-se, sem ter passado no entanto à concretização efetiva ou formal. A árvore está virtualmente presente na semente. Em termos rigorosamente filosóficos, o virtual não se opõe ao real, mas ao atual: virtualidade e atualidade são apenas duas maneiras de ser diferentes.<sup>137</sup>

Por esse quadro, hoje praticamente não mais existem duplicatas cartularizadas, pois todo o processo de circulação do crédito é realizado de maneira escritural, assim como a própria indicação a protesto ocorre por meio eletrônico. A grande questão, como já adiantado acima, foi o reconhecimento da executividade da duplicata não cartularizada em suporte papel, tema sobre o qual debateu a jurisprudência por um longo

<sup>137</sup> LÈVY, Pierre. **O que é o virtual**. São Paulo: Editora 34, 2007, p. 15.

período, não obstante as posições doutrinárias já referidas, a sustentar a viabilidade da execução, pelo menos desde a década de 80<sup>138</sup>.

O certo era que o boleto bancário, acompanhado do comprovante de entrega e de recebimento da mercadoria, poderia ser protestado de acordo com provimentos de algumas Corregedorias de alguns estados de nossa Federação, não havendo razão plausível a impedir seguisse a execução de título extrajudicial o mesmo caminho<sup>139</sup>.

Nesse sentido, o tema de algum modo foi pacificado pela decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi, no REsp.1.024.691-PR do C. Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue abaixo transcrita:

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

1. As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei nº 9.492/97.

2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

<sup>138</sup> Cf. DE LUCCA, Newton. **A cambial-extrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

<sup>139</sup> No sentido da executividade das duplicatas virtuais, ver estudo detalhado no brilhante artigo formulado por PARENTONI, Leonardo Netto. A duplicata virtual em perspectiva. **Revista do Tribunal Regional Federal da Terceira Região**, Ano XXV, nº 120, janeiro/março de 2014 e, ainda, em CATAPANI, Márcio Ferro. A exequibilidade das duplicatas virtuais e os boletos bancários. Comentário ao acórdão proferido pelo STJ no REsp 1.024.691-PR. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, vol. 112, p. 4-13, 2012.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp.1.024.691-PR,3º Turma,Relatora Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 22/03/2011, DJe,12/04/2011)

Na sequência, em embargos de divergência interpostos no recurso especial acima mencionado, o Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou-lhes provimento, confirmando entendimento alinhado ao costume mercantil, no sentido da desnecessidade de apresentação judicial do título de crédito original, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA DEMONSTRADA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DAS NOTAS FISCAIS E RESPECTIVOS COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. EXECUTIVIDADE RECONHECIDA.

1. Os acórdãos confrontados, em face de mesma situação fática, apresentam solução jurídica diversa para a questão da exequibilidade da duplicata virtual, com base em boleto bancário, acompanhado do instrumento de protesto por indicação e das notas fiscais e respectivos comprovantes de entrega de mercadorias, o que enseja o conhecimento dos embargos de divergência.

2. Embora a norma do art. 13, § 1º, da Lei nº 5.474/68 permita o protesto por indicação nas hipóteses em que houver a retenção da duplicata enviada para aceite, o alcance desse dispositivo deve ser ampliado para harmonizar-se também com o instituto da duplicata virtual, conforme previsão constante dos arts. 8º e 22 da Lei nº 9.492/97.

3. A indicação a protesto das duplicatas mercantis por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados encontra amparo no artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.492/97. O art. 22 do mesmo Diploma Legal, a seu turno, dispensa a transcrição literal do título quando o Tabelião de Protesto

mantém em arquivo gravação eletrônica da imagem, cópia reprográfica ou micrográfica do título ou documento da dívida.

4. Quanto à possibilidade de protesto por indicação da duplicata virtual, deve-se considerar que o que o art. 13, § 1º, da Lei nº 5.474/68 admite, essencialmente, é o protesto da duplicata com dispensa de sua apresentação física, mediante simples indicação de seus elementos ao cartório de protesto. Daí, é possível chegar-se à conclusão de que é admissível não somente o protesto por indicação na hipótese de retenção do título pelo devedor, quando encaminhado para aceite, como expressamente previsto no referido artigo, mas também na de duplicata virtual amparada em documento suficiente.

5. Reforça o entendimento acima a norma do § 2º do art. 15 da Lei nº 5.474/68, que cuida de executividade da duplicata não aceita e não devolvida pelo devedor, isto é, ausente o documento físico, autorizando sua cobrança judicial pelo processo executivo quando esta haja sido protestada mediante indicação do credor, esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e o sacado não tenha recusado o aceite pelos motivos constantes dos arts. 7º e 8º da Lei.

6. No caso dos autos, foi efetuado o protesto por indicação, estando o instrumento acompanhado das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados, não havendo manifestação do devedor à vista do documento de cobrança, ficando atendidas, suficientemente, as exigências legais para se reconhecer a executividade das duplicatas protestadas por indicação.

7. O protesto de duplicata virtual por indicação apoiada em apresentação do boleto, das notas fiscais referentes às mercadorias comercializadas e dos comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias devidamente assinados não descuida das garantias devidas ao sacado e ao sacador.

8. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos.

(REsp 1.024.691-PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 29/10/2012)

Reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência a executividade da duplicata virtual, poder-se-ia indagar se seria esta sinônimo da duplicata eletrônica.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 889, § 3º, trouxe previsão no sentido de que o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos naquele artigo. Ocorre que sobre a aplicação deste dispositivo – e, ademais, de todas as regras previstas no Código Civil – aos títulos de crédito já existentes e regulados por leis especiais ao tempo de sua edição houve acaloradas discussões, sobre as quais não se pretende retomar o debate, ainda que se deva lembrar as críticas sobre a utilidade e pertinência da disciplina geral sobre títulos de crédito no diploma civil, a ponto de Ascarelli sustentar que a interpretação de que essa disciplina geral se destina à livre possibilidade de criação de títulos atípicos ou inominados conduz-nos a uma espécie de *círculo vicioso*: aplicar-se-iam as disposições gerais aos títulos de crédito, mas esses títulos sempre correspondem a uma *fatispécie* determinada, a qual não se aplicariam aquelas disposições gerais...

Seja como for, a duplicata eletrônica, ao contrário da virtual, será aquela em que o próprio título circula exclusivamente de forma eletrônica, e não há apenas a circulação escritural do crédito em meio eletrônico, como ocorre com a última. O tema nos remete, inevitavelmente, à análise, ainda que breve, sobre o futuro dos títulos de crédito.

## O futuro dos títulos de crédito

Paralelamente às inovações tecnológicas, que levam os títulos de crédito a caminhar rumo aos chamados títulos eletrônicos, não se pode perder de vista que a mobilização da riqueza no cenário econômico, sobretudo a partir de meados do século XX, assistiu ao surgimento de um

instrumento fundamental nesta seara, qual seja, o valor mobiliário, ao lado do qual, pouco a pouco, foram surgindo os chamados instrumentos derivados ou derivativos e os instrumentos monetários, todos abarcados no conceito de instrumentos financeiros.

Como destaca José Engrácia Antunes:

A senda evolutiva milenar dos instrumentos juscomerciais de criação, circulação e mobilização de riqueza conheceria, muito recentemente, mais uma nova etapa – referimo-nos à progressiva centralidade regulatória do conceito de *instrumento financeiro* (*financial instrument*, *Finanzinstrument*, *instrument financier*, *strumento finanziario*).

Os valores mobiliários – já o sabemos – constituem a pedra de toque do mercado de capitais contemporâneo, constituindo o veículo por excelência do financiamento empresarial de médio e longo prazo. Este protagonismo indiscutível, todavia, durante algum tempo solitário ou exclusivo, tem vindo a sofrer a concorrência de novos instrumentos, activos e produtos que ganharam paulatinamente uma importância crescente na criação e mobilização de recursos financeiros para as empresas. Tal é o caso, por uma banda, dos *instrumentos monetários*. (...) Uma importância muito especial revestem ainda, por outra banda, os *instrumentos derivados*. É sabido que a actividade económica é, por natureza, uma actividade de risco: ora, os derivados – hoje numa enorme profusão quantitativa e qualitativa (v.g. *futuros*, *opções*, *swaps*, *forwards*, *caps*, *floors*, *collars*, *derivados de crédito*, *derivados sobre mercadorias*, etc.) – constituem um instrumento fundamental de cobertura dos riscos inerentes à actividade económica das empresas (*hedging*), além de servirem finalidades especulativas (*trading*) e arbitragistas (*arbitrage*), proporcionando às empresas um indispensável meio de salvaguarda face às variações das taxas de câmbio, das taxas de juro, da inflação, das cotações bolsistas, do preço das matérias-primas, ou outras contingências análogas.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> ANTUNES, José a. Engrácia. **Os instrumentos financeiros**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 14-15.

Esse contexto permite refletir sobre o futuro dos títulos de crédito. Seria o fim deste primogênito instrumento de criação, circulação e mobilização da riqueza?

O tempo dirá.

No entanto, acredita-se que a finalidade de cada um desses instrumentos continuará intacta, desde que se observem as mudanças relacionadas aos meios de transmissão de informação e mesmo aos suportes que os tornam reais no mundo contemporâneo. É dizer, há espaço para convivência de todos esses instrumentos de mobilização da riqueza, ao lado de outros tantos que surgirão, ao sabor das necessidades da civilização capitalista.

O grande desafio, por outro lado, será compreender as mudanças no fluxo de informações e de armazenamento de dados, assim como os interesses envolvidos nesses processos, o que inclui a possibilidade de reduzir o custo dessas operações de crédito.

Veja-se, por exemplo, a premente possibilidade de utilização, para finalidade de circulação de riqueza, de mecanismo de registro de transações em grande cadeia de códigos, como o chamado *blockchain*, definido por Vincenzo Morabito como “um livro caixa distribuído ou banco de dados de registros de todas as transações realizadas e compartilhadas entre os integrantes de um grupo específico que compõe uma rede ou cadeia de relações jurídicas”<sup>141</sup>.

A propósito, é o que já vem ocorrendo com as chamadas *criptomoedas* ou moedas virtuais, concebidas como meio de pagamento, como medida de valor ou, ainda, como instrumento de reserva de valor, a partir da utilização do mecanismo *blockchain*.

Não parece um exercício futurístico reconhecer que o uso do *blockchain* para o registro de transações financeiras e de circulação de crédito alteraria o paradigma até então conhecido em matéria de títulos de crédito ou de instrumentos financeiros.

---

<sup>141</sup> MORABITO, Vincenzo. **Business Innovation through Blockchain – The B3 Perspective**. Milan: Springer, 2017, p. 40.

Da mesma forma, atos como o protesto cambial, arraigado à teoria dos títulos de crédito e essencial ao atual sistema que garante segurança jurídica, agilidade e executividade à utilização desses títulos, poderiam perder sua razão de existir, na medida em que outro mecanismo eficiente e que garantisse a mesma segurança, agilidade e executividade viesse a substituí-lo, como poderia ocorrer com um registro em certificadora autorizada por uma autoridade central.

Nesse sentido, veja-se o recente Projeto de Lei nº 9.327/17, da Câmara dos Deputados, que prevê a obrigatoriedade de que as duplicatas sejam registradas eletronicamente em certificadoras autorizadas pelo Banco Central, modernizando o processo de desconto de duplicatas e, em princípio, eliminando a necessidade do protesto do título.

Segundo o projeto, haverá a guarda desses títulos eletrônicos por depositários centrais, que farão a guarda centralizada desses ativos, o controle de sua titularidade efetiva e o tratamento de seus eventos. Além disso, caberá ao operador do sistema eletrônico de escrituração ou ao depositário central expedir, a pedido de interessado, certidão de inteiro teor do título, no qual deverá constar, entre outras informações, a data da emissão, os elementos necessários à identificação da duplicata e a finalidade para a qual foi expedida<sup>142</sup>.

Da mesma forma, a criação de outros tipos de cadastros poderia, em tese, alterar o cenário atual envolvendo o direito cambial, como é o caso do cadastro positivo de crédito, com reflexos diretos no sistema de protesto de títulos, como se pode observar do Projeto de Lei nº 441/2017, também da Câmara dos Deputados<sup>143</sup>.

Em síntese, para muito além do suporte eletrônico, o futuro dos títulos de crédito está diretamente relacionado às novas possibilidades para o fluxo de informações, em especial as de natureza financeira, as-

---

<sup>142</sup> O inteiro teor do PL 9327/2017 pode ser obtido em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166092>, acesso em 17 jun. 2018.

<sup>143</sup> O inteiro teor do PL 441/2017 pode ser obtido em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2160860>, acesso em 17 jun. 2018.

sim como aos mecanismos de armazenamento de dados, em constante evolução.

Seja como for, o Direito Comercial sempre esteve atento, ao longo de sua história multimilenária, ao desenvolvimento e aprimoramento de instrumentos jurídicos aptos à criação, circulação e mobilização da riqueza. Não será diferente no alvorecer deste século, bastando para tanto, para utilizar a célebre lição do Professor Fabio Konder Comparato<sup>144</sup>, que de uma vez por todas nossos juristas abandonem a velha tradição misoneísta, que continua a condenar às trevas exteriores toda e qualquer manifestação jurídica que não se enquadre em nosso sistema.

## Conclusão

O breve estudo apresentou o panorama atual dos títulos de crédito eletrônico, a começar pela proposta de nova leitura da teoria geral dos títulos de crédito, diante do reconhecimento do fenômeno da desmaterialização.

Como se pode concluir, entre os elementos essenciais que enformam a teoria geral dos títulos de crédito, destaca-se a necessidade de atualização da noção de cartularidade, sobretudo a partir da mudança do suporte papel para o suporte eletrônico.

A duplicata virtual, nesse aspecto, bem ilustra a necessária releitura desses elementos essenciais. De qualquer sorte, como visto, o reconhecimento da executividade da duplicata virtual, ao menos desde o julgamento do REsp.1.024.691-PR, 3º Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, em 22.3.2011, foi pacificado pela jurisprudência, em consonância com o que já era sustentado pela doutrina.

Ainda que se trate de julgado que reconhece a duplicata virtual, e que não se confunde com a duplicata eletrônica, o certo é que em relação à última, o artigo 889, § 3º, do Código Civil trouxe previsão no sentido de que o título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados

---

<sup>144</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O indispensável direito econômico. Originalmente publicado em RT 353/14, março/1965, publicado posteriormente em **Ensaio e Pareceres de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 453-480, p. 454.

em computador ou meio técnico equivalente, a confortar a possibilidade de título de crédito que circule exclusivamente de forma eletrônica.

Por esse quadro, o futuro dos títulos de crédito pode ser analisado não apenas sob o prisma do reconhecimento de títulos de crédito eletrônicos, mas sobretudo da reflexão sobre as consequências das inovações tecnológicas na criação, circulação e mobilização da riqueza.

Assim, para além da criação de outros instrumentos com tal finalidade, como os valores mobiliários e os instrumentos financeiros, aí incluídos os derivados ou derivativos e monetários, parece evidente a relação entre as novas possibilidades de fluxo de informações, em especial as de natureza financeira, e os novos mecanismos de armazenamento de dados, em constante evolução, com o futuro dos títulos de crédito.

## CAPÍTULO 5

### O direito concorrencial nas escolas de Chicago e de Freiburg

*Renata Mota Maciel Madeira Dezem*

**Resumo:** O capítulo analisa o direito concorrencial nas Escolas de Chicago e de Freiburg e o desenvolvimento dos sistemas antitruste nos Estados Unidos da América e na Alemanha. O enfoque do estudo é o objeto de tutela do direito concorrencial, considerada a hipótese de que constitua alicerce fundamental para sua evolução em cada país. Depois de uma breve história do direito concorrencial, é abordado o desenvolvimento do antitruste nesses países a partir da segunda metade do século XIX. Ao final do estudo da concorrência a partir dos interesses tutelados, são expostas possíveis lições para o Brasil.

**Palavras-chave:** Direito concorrencial. Escola de Chicago. Escola de Freiburg.

#### **Introdução**

O estudo do direito concorrencial pode ser realizado a partir de diversos recortes, como qualquer análise científica envolvendo instituto jurídico específico. A escolha para esta pesquisa foi a delimitação do objeto de tratamento do direito concorrencial, partindo-se da hipótese de que a opção pela proteção de determinados direitos, valores ou princípios em cada ordenação jurídica constitui o alicerce fundamental para a evolução do instituto concorrência em cada país ou grupo de países, se consideradas as peculiaridades de determinadas regiões do globo, como bem ilustra o caso da União Europeia.

Nessa linha de ideias, compreender o objeto do direito concorrencial para as Escolas de Chicago e de Freiburg apresenta rica oportunidade de estudo de duas visões nascidas em contextos diferentes, aparentemente antagônicas, embora voltadas à proteção de um mesmo valor jurídico, no caso, a concorrência.

O direito concorrencial nos Estados Unidos da América e na Alemanha, por influência direta dessas Escolas, mostraram-se importantes cenários para o desenvolvimento do tratamento jurídico da concorrência e, por certo, seus estudos apresentam valor científico inquestionável, não com o objetivo de realizar *transplantes seletivos*<sup>145</sup> de legislações ou teorias jurídicas, mas como experiência para reflexão sobre os rumos da regulação da concorrência no Brasil.

## **Breve história do direito concorrencial e a delimitação de seu objeto**

A história da disciplina da concorrência remete à existência de um mercado de trocas minimamente livre, a permitir a instauração de um processo concorrencial entre os agentes que dele participam.

No entanto, Paulo A. Forgioni aponta três fases principais da evolução do fenômeno da concorrência, sendo a primeira voltada à determinação de regras para o comportamento dos agentes econômicos no mercado por razões absolutamente práticas, com o escopo de obter resultados eficazes e imediatos, eliminando distorções tóxicas, o que importa reconhecer a existência de disciplina da concorrência desde a antiguidade grega, passando pela antiguidade romana, até chegar à Idade Média<sup>146</sup>.

Evidentemente, ainda que se reconheça a concorrência em fase anterior à existência de liberdade de mercado, o certo é que estava re-

<sup>145</sup> Para utilizar a feliz expressão de Mariana Pargendler, ao explicar o que chamou de *transplantes jurídicos filtrados pela política local*, em matéria de Direito Societário no Brasil (PARGENDLER, Mariana. Politics in the Origin: The Making of Corporate Law in Nineteenth-Century Brazil. **60 Am. J. Comp. L.** 805 (2012). Disponível em HeinOnline. Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>146</sup> Conforme acurada análise apresentada pela autora em FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 36-55.

lacionada a maior ou menor regulamentação dos monopólios, sobretudo os estatais, circunstância a indicar a precariedade de seu tratamento nesse período, sem esquecer que as corporações de ofício, por sua vez, também tinham por característica impedir toda e qualquer concorrência.

O traço peculiar da mercancia na Idade Média foi justamente o acesso ao mercado pormenorizadamente regulado pelos estatutos das corporações de ofício, a garantir o monopólio sobre a fabricação e a comercialização<sup>147</sup>.

Além disso, na história dos monopólios, capítulo importante deve ser destinado aos chamados monopólios coloniais, cujo escopo era garantir que a política mercantilista das grandes metrópoles impusesse exclusividade no relacionamento mercantil com suas colônias, nesta incluídas o monopólio de compra e venda e dos transportes. Além de importante, tratou-se de capítulo decisivo na história dos futuros países colonizados, na medida em que esses monopólios acabaram por se estender do Mercantilismo à Revolução Industrial, prosseguindo na dependência econômica arraigada em seus processos de desenvolvimento até os dias atuais<sup>148</sup>.

No século XVI, é possível constatar que o poder do soberano de conceder monopólios ou exclusividade de exploração de determinados setores da economia constituía instrumento essencial nas mãos da monarquia europeia, isso até o final daquele século, quando se iniciam movimentos de contestação da legalidade desses monopólios concedidos pelo rei.

É famoso o caso do monopólio da importação e fabricação de cartas de jogo concedido pela Rainha Elizabeth da Inglaterra a Edward Darcy, em 1598, contestado e reconhecido como ilegal na common law. Este e outros casos semelhantes de reação aos monopólios culminaram

---

<sup>147</sup> FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 206.

<sup>148</sup> Sobre o tema, ver SALOMÃO FILHO, Calixto. **Histoire critique des monopoles: une perspective juridique et économique**. Paris: LGDJ, 2010.

na edição, em 1624, do Statute of Monopolies, que disciplinou e reduziu as hipóteses de concessão de privilégios pelo monarca<sup>149</sup>.

A ascensão da burguesia, na sequência histórica, é marcada pela edição de uma série de leis na França, todas voltadas à garantia de iniciativa e libertação das corporações medievais e seus privilégios, tradicionalmente concedidos pelo Estado. Assim é o Édito de Turgot, de 1776, reafirmado no Décret d'Allarde, de 1791 e, ainda, a Lei Le Chapelier, de 1791, reiterando a proibição das corporações de ofício<sup>150</sup>.

É nesse cenário voltado à livre iniciativa que a concorrência passa a ser analisada em moldes mais próximos do que se discutirá nos séculos subsequentes.

O berço das teorias econômicas sobre concorrência está na filosofia moral escocesa do século XVIII, relacionada às obras de David Hume, Adam Ferguson e, sobretudo, Adam Smith e a criação da economia de mercado, com a publicação de *A Riqueza das Nações*, em 1776<sup>151</sup>.

A propósito da obra de Adam Smith em relação à abordagem da competição, Kenneth Dennis afirma que a concorrência era o princípio de conexão que mantinha todas as partes do sistema em conjunto. Ainda que Adam Smith não tenha sido completamente original na análise da concorrência, acrescentando algumas pequenas inovações, mas mantendo praticamente o que encontrara na literatura francesa da década de 1760, “o importante não foi o que fez com a ideia em si, mas como ele a integrou em seu cálculo econômico”<sup>152</sup>.

Assim, sintetiza Kenneth Dennis: “*A Riqueza das Nações* é um clássico não porque foi o primeiro a enunciar os princípios fundamentais

---

<sup>149</sup> FORGIONI, 2015, Op cit., p. 51-53.

<sup>150</sup> Idem, 2009, p. 206-207.

<sup>151</sup> BUDZINSKI, Oliver. **An Evolutionary Theory of Competition** (February 2004). Disponível em <https://ssrn.com/abstract=534862> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.534862>. Acesso em: 23 abr. 2018.

<sup>152</sup> DENNIS, Kenneth. ‘Competition’ in the History of Economic Thought. **Thesis to Fulfil the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy**, submitted to the Faculty of Social Studies University of Oxford. Oxford: St. John’s College, 1975, p. 89.

da competição e do liberalismo [...] É um clássico porque deu ao liberalismo econômico seu primeiro cálculo econômico realmente sólido”<sup>153</sup>.

Feitas essas observações, o mais interessante nesta origem é perceber que a concorrência nasce como método de coordenação do comportamento individual e que levaria a benefícios sociais gerais, ou seja, implementada a concorrência, cada participante do processo de mercado poderia agir de acordo com seus próprios objetivos e desejos sem prejudicar o bem-estar da sociedade.

No entanto, ao mesmo tempo Smith enfatizara que uma estrutura institucional e moral seria necessária para excluir modos anticompetitivos e injustos (imorais) de comportamento, que poderiam, ao final, destruir os benefícios da concorrência<sup>154</sup>.

Antes de prosseguir com o histórico do desenvolvimento das ideias liberais em matéria concorrencial, é importante realçar os momentos decisivos na construção da noção de concorrência<sup>155</sup>, nos moldes que posteriormente enformariam sua leitura a partir do século XIX.

Da primeira metade do século XVII é possível observar grande ênfase às rivalidades nacionais, ao passo que na segunda metade daquele século verifica-se uma sutil mudança, de modo que pouco a pouco a compreensão sobre a relevância da interdependência competitiva é levada em conta e reconhecida como estímulo ao progresso e à eficiência econômica.

Na segunda metade do século XVIII, como já visto, a lógica mercantilista cede espaço ao pensamento econômico, inicialmente com a chamada Escola Fisiocrática<sup>156</sup>, a partir da qual a concorrência passa a ser reconhecida como uma troca de equivalentes entre indivíduos e, por-

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>154</sup> BUDZINSKI, Op cit.,

<sup>155</sup> Utiliza-se aqui as lições de DENNIS, Op cit., autor que apresentou em sua tese de doutoramento na Universidade de Oxford estudo pormenorizado da história da competição em seu aspecto econômico ao longo dos séculos.

<sup>156</sup> Para um breve histórico sobre a Escola Fisiocrática, ver HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 11. ed. São Paulo: Altas, 1970, p. 86-102

tanto, uma força limitadora, mas benéfica nas questões econômicas. Na sequência, Adam Smith absorve a ideia de competição ao seu cálculo econômico, dando à concorrência uma forma mais positiva, que regula e facilita as trocas no mercado, permitindo emprego mais produtivo de recursos.

Como destaca Oliver Budzinski, “nas décadas e séculos seguintes, esse conceito original de concorrência econômica foi desenvolvido, alterado, especificado, melhorado, distorcido, abusado, mal interpretado, ideologicamente mal utilizado e muitos mais”<sup>157</sup>.

O breve histórico apresentado até aqui, ou seja, até o século XVIII, demonstra, não obstante alterações legislativas relevantíssimas à construção da liberdade de comércio, como o Décret d’Allarde e a Lei Le Chapellier, que as preocupações iniciais com a concorrência tinham natureza econômica, o que é natural, na medida em que se assentavam as ideias de livre-iniciativa, livre-mercado e livre-concorrência, alicerces do liberalismo econômico nascente.

Como afirma Paula A. Forgioni, “se, em um primeiro momento do Estado liberal, não houve maiores preocupações de controlar a concorrência ou o comportamento dos agentes econômicos, impondo-lhe limites, a necessidade de fazê-lo, mediante a atuação do Estado, tornou-se evidente”<sup>158</sup>.

A grande verdade, como bem aponta Eros Roberto Grau, é que “o modelo clássico de mercado ignorava ou recusava a ideia de poder econômico”, de modo que “à idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico”<sup>159</sup>.

E é esse o contexto no qual o capitalismo mercantil é seguido pelo capitalismo industrial, com os desafios da introdução do maquinismo e, sobretudo, da grande empresa, cenário sob o qual a concorrência não tardou apresentar problemas com a liberdade irrestrita e não regulada.

---

<sup>157</sup> BUDZINSKI, Op cit.,

<sup>158</sup> FORGIONI, 2015, Op cit., p. 63.

<sup>159</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2017, p. 20.

A essa altura, é possível afirmar que, inicialmente, o objeto de proteção jurídica da concorrência era o livre comércio e, somente a partir da segunda metade do século XIX, é que se verifica um movimento de tutela jurídica da concorrência de forma mais ampla.

A propósito, a Revolução Industrial, no século XVIII, descortina nova fase do capitalismo, dito industrial a partir daí, devendo-se lembrar que o interlúdio liberal europeu, para utilizar as palavras de Fabio Konder Comparato, vigorou até 1879, interrompido, a partir de 1873, pela primeira grande depressão da história do capitalismo<sup>160</sup>.

Esse capítulo da história da civilização é essencial ao retrospecto do direito concorrencial, na medida em que a resposta à crise generalizada deste período foi justamente a redução de mecanismos de concorrência empresarial, nos planos interno e internacional<sup>161</sup>.

Na Alemanha, por exemplo, ao protecionismo nacional em nível externo é acrescentada a criação de sistemas de oligopólio ou oligopsônio, com apoio oficial, declarado ou oculto, enquanto nos Estados Unidos da América há a formação dos primeiros grandes trustes, nos ramos do aço e do petróleo<sup>162</sup>.

Nesse aspecto, não se pode deixar de apontar a incoerência dos fatos, quando analisados à luz dos dogmas do liberalismo, como bem aponta Fabio Konder Comparato:

O grande paradoxo, porém, é que, como a evolução econômica do século XIX demonstrou, contrariando o dogma sustentado sem descontinuar pelos seguidores de Adam Smith, o liberalismo no comércio exterior não evita a recessão econômica, e o protecionismo não a provoca. A grande depressão europeia iniciou-se no auge da fase do livre comércio, e encerrou-se em 1892-94, exatamente quando a política protecionista atingiu o auge. Aliás, as potências que haviam mais fortemente aplicado o protecionismo foram

---

<sup>160</sup> COMPARATO, Fabio Konder. **A civilização capitalista**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 218.

as que experimentaram maior crescimento do comércio exterior. De 1875 a 1913, o volume das exportações alemãs quadruplicou e o das exportações norte-americanas foi multiplicado por 5.<sup>163</sup>

Portanto, é a partir na segunda metade do século XIX que se deitam as raízes do movimento antitruste, cujas soluções, especialmente as adotadas pelos Estados Unidos da América e pela Alemanha, interessam ao presente estudo.

## O direito concorrencial nos EUA e a Escola de Chicago

Os Estados Unidos da América foram pioneiros no reconhecimento legislativo de regras antitruste, muito por conta de fatores econômicos desencadeados na segunda metade do século XIX naquele país.

A guerra civil travada naquele período acarretou o fortalecimento e a concentração industrial, sobretudo no nordeste dos EUA, com destaque para os setores de telégrafos e de estradas de ferro. A par desse contexto, havia um movimento de descontentamento do setor agrário diante da grande influência política exercida pelos monopólios<sup>164</sup>.

Além disso, a partir de 1865 verificou-se uma rápida transformação americana, com a concentração de capital e o surgimento de práticas desleais, a impor medidas para proteção dos consumidores e da própria concorrência<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> Ibidem, p. 218.

<sup>164</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 68-69. No mesmo sentido, FORGIONI, 2015, Op cit., p. 67-74. STIGLER, George J. The Origin of the Sherman Act. **Journal of Legal Studies**, Vol. XIV, n. 1, January, 1985, apresenta crítica quanto à influência do setor agrário nesse movimento, e conclui: “If a nation wished to protect its small busines (including family farms), it could employ traditional instruments such as protective tariffs and governmental subsidies (including credit subsidies). With such competent substitute policies, this emergence of an antitrust statute may be only a minor puzzle” (p. 8). SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., no entanto, destaca que a posição de Stigler é minoritária na doutrina norte-americana.

<sup>165</sup> SALOMÃO FILHO, Op cit., p. 70.

Em relação à proteção dos consumidores, destaca-se que ao tempo da edição do *Sherman Act* a exata noção da extensão dessa proteção ainda não era conhecida, ao menos não na proporção alardeada na década de 80 pelos integrantes da Escola de Chicago<sup>166</sup>. Tratava-se, de maneira muito mais singela, da tentativa de coibir os efeitos econômicos negativos dos monopólios sobre os consumidores<sup>167</sup>.

É esse o contexto no qual editado o *Sherman Act*, em 1890, cuja aprovação contou com esses fatores político-econômicos e, embora houvesse diversidade de opinião entre o público e no Congresso, os objetivos comuns eram, portanto, a preservação da competição para proteger os compradores de preços excessivos, assegurando que os mercados permanecessem abertos, e proteger os concorrentes de táticas abusivas<sup>168</sup>.

Como conclui James May, em seu detalhado estudo sobre a formação do sistema antitruste norte-americano entre os anos de 1880 e 1918, ao tempo da edição do *Sherman Act* era dominante a tradição constitu-

---

<sup>166</sup> Nesse sentido, bastante elucidativo é o estudo de DAMERON, Charles S. *Present at Antitrust's Creation:*

*Consumer Welfare in the Sherman Act's State Statutory Forerunners. The Yale Law Journal*, n. 125:1072, 2016, p. 1072-1114, no qual reconhece que os tribunais federais, nas últimas quatro décadas, têm interpretado o *Sherman Act* como um estatuto do *bem-estar do consumidor*, embora persistam as divergências em relação aos verdadeiros propósitos legislativos do antitruste norte-americano. Conclui que a linguagem aberta do *Sherman Act* contribuiu para sua longa trajetória, governada por princípios que variaram à moda das mudanças políticas do momento. O princípio do bem-estar do consumidor, por sua vez, foi adotado pelos tribunais como política de orientação antitruste, abordagem que trouxe coerência à lei, ainda que persistam dúvidas sobre o seu “pedigree” (sic), na medida em muitos continuam a suspeitar que o princípio do bem-estar do consumidor é apenas um expediente da Escola de Chicago, ou seja, “uma conveniente maneira, por outro lado, de racionalizar um texto opaco”. De qualquer modo, finaliza: “Tribunais e estudiosos não precisam se desculpar por enxertar uma política de bem-estar do consumidor no *Sherman Act*. O bem-estar do consumidor estava lá desde o começo”.

<sup>167</sup> SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 71.

<sup>168</sup> SULLIVAN, Lawrence A.; FIKENTSCHER, Wolfgang. *On the Growth of the Antitrust Idea. Berkeley Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 2, 1998, p. 197-233, p. 200.

cional liberal naquele país – *Laissez-Faire Constitutionalism*<sup>169</sup>, o que fica confirmado pelos debates à época, os quais indicam um compromisso do Congresso, no sentido de que a lei antitruste pudesse ser um veículo eficaz na busca dos ideais de oportunidade econômica, segurança de propriedade, liberdade de troca e liberdade política<sup>170</sup>. Essa posição, por certo, ia ao encontro da convicção econômica clássica de que, para assegurar o bem-estar comum, os mercados deveriam permanecer abertos e competitivos.

A partir da vigência do *Sherman Act*, o direito concorrencial norte-americano foi se desenvolvendo com a influência teórico-econômica prevalecente em cada período, assim como pelos posicionamentos judiciais, os quais tiveram grande repercussão na construção de suas bases. Em geral, como afirmam Lawrence A. Sullivan e Wolfgang Fikentscher, no início do século XX, tanto a Constituição quanto as decisões antitruste foram enformadas pelo pensamento *laissez-faire* clássico, ou seja, tanto a Constituição como o *Sherman Act* foram colocados a serviço de um direito natural baseado em uma ordem política e econômica que, simultaneamente, garantisse oportunidades, eficiência, prosperidade, justiça, harmonia e liberdade<sup>171</sup>.

Ocorre que o *Sherman Act* possuía termos genéricos e isso logo gerou dificuldades em sua aplicação. O que significava, por exemplo, *monopolização*, prevista na Seção II, logo tornou-se tema de debate doutrinário e judicial.

Como menciona Calixto Salomão Filho, o grande ápice dessa incerteza ocorre no caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States* (*Supreme Court of the United States, 1911; 221 U.S. 1*). No caso as sucessivas aquisições de ações de companhias de petróleo realizadas pela

---

<sup>169</sup> Sobre o contexto em que prevalecia o chamado *Laissez-Faire Constitutionalism*, ver LINDSAY, Mathew. In search of “Laissez-faire constitutionalism”. **Harvard Law Review Forum**. Vol. 123:55, mar. 2010, p. 55-78.

<sup>170</sup> MAY, James. Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis, 1880-1918. **Ohio State Law Journal**, Vol. 50, n. 2, 1989, p. 257-395, p. 288.

<sup>171</sup> SULLIVAN; FIKENTSCHER, Op cit., p. 201.

família *Rockefeller*, que já figurava como controladora da *Standard Oil Co. of Ohio*, culminou na formação de um poderoso *trust* – *Standard Oil Trust*, na prática detentor de 90% do mercado. Na sequência, houve a transferência das ações desse *trust* para a *Standard Oil Co. of New Jersey* e a *Standard Oil Co. of New York*, as quais passaram a funcionar como *holdings* de todo o grupo<sup>172</sup>.

O debate levado à Suprema Corte envolvia, justamente, a existência de monopolização violadora da *Section II* do *Sherman Act*, ocasião em que houve dúvida na fixação de critérios para qualificar o que seria, de fato, *monopolização*. Aquele Tribunal acabou por aplicar critério *per se* e considerou a *holding* ilegal, com fundamento na existência de controle sobre 90% do mercado. Essas incertezas culminaram na edição, em 1914, do *Clayton Act*, que passa a definir práticas desleais, e do *Federal Trade Commission Act*, que cria o *FTC* e lhe dá poderes para interpretar novas práticas desleais<sup>173</sup>.

Em síntese, o *Clayton Act* e o *FTC Act*, voltados a garantir a lealdade da concorrência, complementam o *Sherman Act*, como visto, inicialmente voltado à preservação da competição para proteger os compradores de preços excessivos e à própria liberdade do mercado.

De qualquer forma, a sequência de desenvolvimento do antitruste foi abortada durante a Primeira Guerra Mundial e nos anos subsequentes, ao menos até o período inicial do governo de Franklin D. Roosevelt, eleito após a Grande Depressão, cuja Lei Nacional de Recuperação Industrial – *National Industrial Recovery Act* incentivou a cartelização, mas foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte norte-americana<sup>174</sup>.

No entanto, foi no próprio governo Roosevelt que o direito concorrencial norte-americano passou por um dos períodos mais significativos de sua história. O contexto mundial, com a evolução nazista, era marcado por uma percepção norte-americana de que suas origens esta-

---

<sup>172</sup> SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 72-73.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 73-74.

<sup>174</sup> SULLIVAN; FIKENTSCHER, Op cit., p. 201.

vam justamente na concentração e na cartelização alemãs, a ampliar a visão de que essas práticas constituíam risco à nação.

Nesse sentido, o Presidente Roosevelt respondeu com ousadia, nomeando um Comitê Econômico Nacional Temporário, encarregado de reunir e analisar todas as informações disponíveis sobre concentração industrial e seus perigos, medida que fomentou boa parte das discussões antitruste durante e após a Segunda Guerra Mundial, inaugurando um modelo agressivo de combate antitruste, que começa no final da década de 30 e dura até a década de 70, em um período de reconhecido consenso estrutural<sup>175</sup>.

Por cerca de quarenta anos, os Estados Unidos da América apresentam um sistema antitruste voltado à economia de organização industrial<sup>176</sup>, em um consenso em torno da ideia de que quanto maior o nível de concentração, maior era a probabilidade de haver conduta anticoncorrencial e desempenho socialmente insatisfatório, como alocação preços ineficientes bem acima do custo, gastos desnecessários<sup>177</sup>.

Nesse contexto é que professores de Harvard dedicados ao estudo da concorrência, no início da década de 60, começam a aplicar a abordagem estrutural dos economistas de Harvard à teoria antitruste. Esses estudiosos argumentaram que quando os mercados estão concentrados, as empresas estão mais propensas a se envolver em condutas anticoncorrenciais e havia clara oposição à concentração de mercados, mesmo que isso pudesse gerar a redução de custos e preços, em benefício dos consumidores. Os defensores da Escola de Harvard convenceram muitos juízes, por exemplo, a presumir a ilegalidade de qualquer conduta

---

<sup>175</sup> Ibidem, p. 202.

<sup>176</sup> Maiores explicações sobre essa teoria, desenvolvida a partir do famoso paradigma *structure-conduct-performance*, pode ser obtida em TIROLE, Jean. **The Theory of Industrial Organization**. Cambridge: MIT Press, 1988.

<sup>177</sup> SULLIVAN; FIKENTSCHER, Op cit., p. 203.

de empresas com poder de mercado, independente de seus efeitos sobre os consumidores<sup>178</sup>.

Durante a década de 70, o estado de consenso pouco a pouco se rompe, em grande parte pela proeminência dos teóricos neoclássicos da *Escola de Chicago*, críticos desde há muito da aplicação tradicional em matéria antitruste<sup>179</sup>. A agenda de debates e discussões passou a ser permeada por essas ideias, e culminou com a eleição do Presidente Reagan, em 1981, que nomeou proeminentes teóricos da Escola de Chicago para chefiar a Divisão Antitruste e a Comissão Federal de Comércio (FTC) e, ainda, nomeou três deles como juízes da Corte de Apelação Federal. Por esse contexto, sem grande esforço as teorias de Chicago tornaram-se a política antitruste federal nas agências de fiscalização<sup>180</sup>.

Como destacam William E. Kovacic e Carl Shapiro, essa *nova* Escola de Chicago tem origem no trabalho de Aaron Director, no final dos anos 40 e início dos anos 50 e dá continuidade à antiga tradição de Chicago de rejeitar a regulamentação abrangente de entrada e preços. A novidade desses novos estudiosos é, ao contrário de seus antecessores, enfatizar explicações de eficiência para muitos fenômenos, incluindo concentrações industriais, fusões e restrições contratuais, as quais a lei antitruste claramente não prestigiou nos anos de 1950 a 1960<sup>181</sup>.

A boa receptividade das ideias da Escola de Chicago, ao lado das nomeações de seus proeminentes teóricos para o exercício de cargos executivos e judiciais, deve-se à sensação corrente à época, de que

---

<sup>178</sup> PIRAINO JR., Thomas A., Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**, Vol. 82, 2007, p. 345-409.

<sup>179</sup> Como destacam KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **Journal of Economic Perspectives**, Volume 14, Number 1, Winter 2000, p. 43-60, p. 52-53, claro que essa não foi a primeira vez que a Universidade de Chicago influenciou a política de concorrência, pois, na década de 30, os teóricos de Chicago, como Henry Simons, desempenharam um papel fundamental no ataque ao planejamento central e na promoção de políticas de desconcentração.

<sup>180</sup> SULLIVAN; FIKENTSCHER, Op cit., p. 206.

<sup>181</sup> KOVACIC; SHAPIRO, Op cit., p. 53.

as empresas norte-americanas estavam perdendo terreno nos mercados internacionais e renunciando parte do mercado nacional, contexto que levava a uma maior sensibilidade para adesão aos argumentos de eficiência<sup>182</sup>. Nesta mesma época são editadas as obras de Richard Posner (*Antitrust Law: An Economic Perspective*, em 1976) e de Robert H. Bork (*The Antitrust Paradox. A Policy At War With Itself*, em 1978), referências na leitura do antitruste a partir das ideias da Escola de Chicago.

Para a Escola de Chicago, com destaque para a visão de Robert H. Bork, as leis antitruste foram projetadas para aumentar a eficiência da economia americana. Definiam eficiência econômica, por sua vez, como meio para propiciar condições de maximização da riqueza, o que seria sinônimo de *bem-estar do consumidor* – único interesse legítimo da lei antitruste, ou seja, custos mais baixos, preços reduzidos e maior produção de produtos e serviços desejados pelos consumidores<sup>183</sup>.

Assim, eficiência e, sobretudo, eficiência alocativa, tornam-se conceitos de ordem no cenário antitruste, como se as condutas dos agentes pudessem ser previamente consideradas, porque racionais e voltadas exclusivamente à maximização do lucro.

O protagonismo da Escola de Chicago, no entanto, suscitou controvérsias tanto na área política como na academia, como se pode ilustrar com as divergências teóricas, sobretudo com a Escola de Harvard, mas, também com Escola de Columbia, valendo o alerta de Herbert Hovenkamp, no sentido de que qualquer discussão sobre a relação entre leis econômicas e antitruste acabam afetadas por ideologias, isso porque Economia é uma ciência ideológica, assim como o antitruste é uma área da lei ideológica e altamente política<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Ibidem.

<sup>183</sup> Essa ideia é bem ilustrada em BORK, Robert H. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. **The Journal of Law and Economics**, vol. 9, 1966, p. 7-48.

<sup>184</sup> HOVENKAMP, Herbert. **Economics and Federal Antitrust Law**. St. Paul, Minn.: West Publishing CO., 1985, p. XV.

Segundo o autor, os estudos sobre o antitruste nos Estados Unidos da América, na verdade, alinharam-se, basicamente, entre uma dessas três posições.

Por um lado, os estudiosos da chamada *Columbia School* não acreditavam no funcionamento competitivo dos mercados desregulamentados, assim como depositam muito pouca confiança na habilidade das teorias econômicas para dizer qualquer coisa útil sobre como funcionam os mercados no mundo real, mostrando-se céticos em relação a alegações de que o antitruste ou qualquer outra área do direito pudessem identificar ou buscar eficiência alocativa. Como resultado, eles acreditam que o antitruste está legitimamente preocupado com metas distributivas, como a proteção de pequenos negócios ou o controle de grandes conglomerados de poder econômico e político.

No outro extremo estaria a *Chicago School*, cujo nome “é praticamente um epíteto para os liberais”. A análise econômica ortodoxa de Chicago vê o antitruste pelas lentes da teoria dos preços. Os estudiosos desta Escola acreditam que os mercados desregulados geralmente funcionam muito bem, que a maioria das suas imperfeições são causadas por interferências do próprio Estado e, nessa perspectiva, as leis antitruste norte-americanas foram aplicadas em excesso, de forma mais prejudicial do que benéfica aos processos competitivos.

No meio dessas posições extremas estaria a *Harvard School*, menos comprometida com a teoria econômica em matéria antitruste do que a Escola de Chicago e que tradicionalmente tem expressado disposição, ao menos abstrata, para reconhecer valores não econômicos como legítimos, embora subordinados, na política antitruste<sup>185</sup>.

As divergências, sobretudo entre as Escolas de Harvard e de Chicago, têm como palco a abordagem dos tribunais e das agências antitruste norte-americanas, podendo-se destacar como mais significativas,

---

<sup>185</sup> Sinopse das três Escolas apresentada por HOVENKAMP, *Ibidem*.

nos últimos quarenta anos, em relação às restrições ao comércio, fusões e *joint ventures* e em casos de monopólios<sup>186</sup>.

Thomas A. Piraino Jr. ressalta que como a Escola de Chicago triunfou sobre a abordagem da Escola de Harvard nessas áreas, a análise dos tribunais e das agências antitruste sobre o comportamento concorrencial tem se tornado mais complexa e as decisões mais confusas, a gerar aos agentes do mercado dificuldades de entendimento e de adaptação de suas condutas para cumprir as leis antitruste<sup>187</sup>.

De qualquer forma, como aponta Herbert Hovenkamp, essas diferenças entre as Escolas de pensamento antitruste, sobretudo as duas últimas, já não são tão importantes quando se observa que houve grandes críticas em relação aos seus modelos e, o que é mais relevante, uma crescente síntese entre ambas. As posições tradicionais de Harvard e de Chicago têm sido modelos amplamente criticados, por mostrarem pouca consideração pelos mercados reais em um mundo em movimento. Essa nova síntese sugere, por exemplo, que as barreiras à entrada podem ser derrubadas de maneira um pouco mais fácil do que os estudiosos de Harvard supunham, mas que elas podem ser construídas mais facilmente do que os analistas de Chicago acreditavam<sup>188</sup>.

O certo é que tanto a Escola de Harvard como a de Chicago fizeram valiosas contribuições à análise do antitruste norte-americano. Infelizmente, os excessos da última e sua prevalente adoção pelos tribunais e agências antitruste, tem exigido uma análise empírica compli-

---

<sup>186</sup> Essa conclusão é apresentada por PIRAINO JR., Op cit., p. 352. O autor aborda, por exemplo, que em matéria de restrição ao comércio, os tribunais federais assumiram que deveriam escolher entre a *regra per se* ou a *regra da razão*, com prevalência da segunda, embora reconheça que a Escola de Chicago não logrou construir uma formulação para sua aplicação que permitisse uma tomada de decisão efetiva. Em matéria de fusões e *joint ventures*, da mesma forma, tem prevalecido a interpretação da Escola de Chicago, pelo menos desde a década de 80, o mesmo ocorrendo em relação à análise dos casos de monopólio.

<sup>187</sup> PIRAINO JR., Op cit., p. 352.

<sup>188</sup> HOVENKAMP, Op cit., p. XVI.

cada, fazendo com que a fiscalização antitruste perdesse muito de seu efeito dissuasivo<sup>189</sup>.

Nesse contexto e na mesma linha do que afirmado por Herbert Hovenkamp, tem se falado em uma *Post-Chicago Scholarship*, cujos membros tem reconhecido que a perfeição dos mercados apregoada pela Escola de Chicago é excessivamente simplista e que os mercados nem sempre se comportarão da maneira perfeita imaginada, porque nem todos os participantes do mercado tem as mesmas informações disponíveis; não há, em alguns casos, possibilidade de entrada para novas firmas; ou empresas dominantes podem ter obtido uma posição da qual é impossível removê-las<sup>190</sup>.

Essas consequências anticoncorrenciais não eram admitidas como factíveis pela Escola de Chicago em sua posição anterior, embora a intervenção antitruste, nesses casos, seja necessária para corrigir desequilíbrios competitivos. Um exemplo claro nesta direção são os casos envolvendo empresas de tecnologia, sujeitos a significativas externalidades de rede, sobretudo relacionadas à extensão de seu poder de mercado a outros mercados ou para impedir que novas empresas entrem naqueles por ela já monopolizados<sup>191</sup>.

Como se viu, o histórico legislativo em matéria de direito concorrencial norte-americano é o início de um processo marcado por um contexto de prevalência de posições teóricas divergentes que embasaram os julgamentos dos tribunais e a atuação das agências antitruste. Essa constatação confirma que o direito concorrencial, ao longo da história, da mesma forma como explicitado na primeira parte deste capítulo, esteve sempre intrinsecamente relacionado às teorias econômicas vigentes.

Nesse sentido, o próprio futuro do antitruste norte-americano é marcado por esse traço, como emblematicamente demonstra recente trabalho de Herbert Hovenkamp, cujo instigante título *Progressive Antitrust*, dei-

---

<sup>189</sup> PIRAINO JR., Op cit., p. 409.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 364.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 364.

xa clara a vinculação do estudo do antitruste em consonância com as várias administrações políticas americanas autorrotuladas *progressistas*<sup>192</sup>.

Ainda que em tom crítico, o autor reconhece que nos Estados Unidos da América há recente defesa de políticas antitruste fundadas na ideia de que os mercados são frágeis e precisam de reparos, assim como certos grupos de interesse exigiriam maior proteção, ou, em alguns casos, que a política antitruste seria um desdobramento da regulamentação. Herbert Hovenkamp chama de “expectativas exageradas sobre o que o antitruste pode realizar” alguns desses movimentos, o que é até previsível, na medida em que defende que “o país seria melhor servido por uma política antitruste mais ou menos neoclássica, com o bem-estar do consumidor ou a maximização de produção, como seus princípios orientadores”<sup>193</sup>.

Quando analisado desde sua origem, não deixa de ser curioso esse movimento do direito concorrencial norte-americano dos últimos anos, em direção a objetos de proteção impensáveis ao tempo do auge dos neoclássicos da Escola de Chicago. Se haverá prevalência dessas ideias, dirão o tempo e as circunstâncias políticas e econômicas daquele país.

## **O direito concorrencial na Alemanha e a Escola de Freiburg**

A história do direito concorrencial na Alemanha, assim como nos Estados Unidos da América, é rica no desenvolvimento de seu objeto de proteção, ainda que calcado em contexto histórico muito diferente.

Tal como ocorreu em outras partes da Europa, o liberalismo econômico não tardou chegar em terras alemãs, tanto que durante o primeiro terço do século XIX passa a substituir o antigo sistema de guildas na Alemanha. Era o ponto inicial da industrialização e do progresso da grande empresa.

---

<sup>192</sup> HOVENKAMP, Herbert. Progressive Antitrust, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2018, Issue 1, 2018, p. 71-114.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 113.

Esse movimento, como já mencionado no início deste capítulo, é surpreendido pela crise econômica de 1873 e a solução encontrada foi justamente estabelecer regras de proteção contra importações estrangeiras, por meio da fixação de altas tarifas, permitindo que a indústria alemã se transformasse, em pouco tempo, na mais poderosa da Europa.

Enquanto nos Estados Unidos da América era editado o *Sherman Act*, ainda em 1890, a Alemanha só editou sua *Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb*, em 9 de junho de 1909. Vigorou até sua edição, apenas a regra geral de liberdade de comércio constante da primeira seção do *Bundesgesetzblatt fuer den Norddeutschen Bund*, de 1869, que previa: “todo o comércio está aberto a todos a menos que este estatuto forneça exceções ou limitações à aplicação desta regra”<sup>194</sup>.

A ausência de lei específica antitruste, obviamente, não impediu discussões sobre restrições aos cartéis, cada vez mais numerosos e poderosos durante os últimos vinte anos do século XIX<sup>195</sup>.

Da mesma forma, ainda que a Lei de 1909, *UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* tenha sido editada com regras que protegem a lealdade da competição, não era suficiente para abarcar o desenvolvimento dos cartéis, sobretudo porque os monopólios eram aceitos por aquela sociedade, como bem ilustram a relutância dos tribunais da época em reconhecer os cartéis como violadores da *UWG*, por atos contrários

---

<sup>194</sup> SCHWARTZ, Ivo E. Schwartz. Antitrust Legislation and Policy in Germany – A Comparative Study, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, march, 1957, n. 5, p. 617-690, p. 625-626.

<sup>195</sup> O julgamento mais emblemático à época foi do caso *B. v. den Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband, Reichsgericht (VI. Zivilsenat), Feb. 4, 1897, 38 R.G.Z. 155* pelo *Reichsgericht*, em 1897, que envolvia um número substancial de fábricas de celulose da Saxônia, que formaram uma associação com o propósito de acabar com a concorrência ruínoza e garantir um preço razoável para seus produtos. Esses fabricantes acordaram vender seus produtos exclusivamente através de uma agência central de vendas, sendo que o litígio envolveu um desses fabricantes, que teria violado o acordo e vendido diretamente para fábricas de papel. O *Reichsgericht* decidiu que a situação seria normal e foi interpretada, na sequência, como uma admissão da existência de cartéis, quando razoável, de modo que se tornou a pedra angular do desenvolvimento dos cartéis alemães, introduzindo a doutrina dos *bons cartéis*. (Cf. *Ibidem*, p. 629-630).

à moral e às boas práticas, assim como a defesa dos *bons cartéis* pelos economistas da época<sup>196</sup>.

Em 1923 é editada a chamada *Kartellverordnung*, primeira lei antitruste alemã, mas que se limitava a exigir forma escrita para os acordos de cartel e a permitir a intervenção do governo nos cartéis considerados contrários ao interesse público, o que, de fato, nunca ocorreu<sup>197</sup>.

A já conhecida sequência histórica dos fatos, durante e após a Primeira Guerra Mundial, demonstraram o poder dos cartéis no processo que culminou na instauração do sistema totalitário a partir de 1933, tanto que, no início da Segunda Guerra Mundial, a indústria alemã era altamente cartelizada e concentrada, e, claro, completamente dominada pela administração nazista<sup>198</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as forças aliadas iniciam o processo de descartelização da Alemanha e, na sequência, em 1957, houve a promulgação da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*, lei contemporânea ao Tratado de Roma, ambos contendo rígidas regras disciplinadoras do poder nos mercados<sup>199</sup>. O objetivo fundamental da *GWB* é a proteção do livre processo competitivo e está enformada por ideias ordoliberais da Escola de Freiburg, ainda que se encontrem princípios econômicos anglo-americanos na lei antitruste alemã<sup>200</sup>.

Nos anos imediatamente seguintes ao fim da Segunda Guerra Mundial não havia grandes expectativas de liberdade econômica e política na Europa, até que em meados da década de 60 as ideias de liberdade de mercado são retomadas, em especial, devido ao impulso intelectual de professores da Universidade de Freiburg, ou seja, as ideias da chamada Escola de Freiburg, matriz de um novo modelo de pensamento liberal,

---

<sup>196</sup> Ibidem, p. 633-634.

<sup>197</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 77.

<sup>198</sup> SCHWARTZ, Op cit., p. 642.

<sup>199</sup> SALOMÃO FILHO, 2013, Op cit., p. 79.

<sup>200</sup> SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 25.

com enorme influência sobre a evolução da política social e econômica na Europa desde a guerra<sup>201</sup>.

Pensadores da Escola de Freiburg concordaram com concepções anteriores de liberalismo em relação a um sistema econômico competitivo, mas afirmavam que uma sociedade livre, próspera e igualitária só poderia se desenvolver a partir de uma estrutura constitucional.

A origem da Escola de Freiburg está nos anos 30, quando um grupo de professores de direito e economia que lecionavam na Universidade de Freiburg reúnem-se em torno de pensamentos comuns. O economista Walter Eucken<sup>202</sup> e dois advogados, Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth, passam a trabalhar juntos, participando de projetos acadêmicos e de debates, nos quais desenvolvem suas ideias, a partir da interação entre direito e economia, não obstante o desfavorável momento político pelo qual atravessava a Alemanha<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the New Europe, **The American Journal of Comparative Law**, vol. 42, 1994, p. 25-84, p. 25. Em contraponto à afirmação de que houve influência ordoliberal no processo de integração europeia no pós-guerra, ver o texto bastante crítico de WIGGER, Angela. Debuking the Myth of the Ordoliberal Influence on Post-war European Integration. In: HIEN, Josef; JOERGES, Christian (Editors). **Ordoliberalism, law and the rule of economics**. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 161-177.

<sup>202</sup> As principais bases da ideia ordoliberal pode ser encontrada em EUCKEN, Walter. **Grundsätze der Wirtschaftspolitik**. 7. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. Destaca-se, especialmente, o capítulo 4, no qual Eucken aborda regras de concorrência e sua realização.

<sup>203</sup> GERBER, Op cit., p. 30. Como destaca SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 25: “Em 1936, Böhm, Eucken e Grossmann-Doerth se juntaram para escrever o chamado Ordo-Manifesto, no qual estabeleceram as bases principiológicas para seus trabalhos subsequentes. Após a guerra, a supremacia acadêmica da Escola de Freiburg diminui em face da introdução na Alemanha de princípios econômicos anglo-americanos que se fazem sentir na lei antitruste alemã de 1958 (GWB). Nos anos 60 e 70 a tradição se renova através de expressivos nomes, sobretudo Friedrich von Hayek e Hans Joachim Mestmäcker, o primeiro criando uma nova vertente, menos intervencionista, da escola ordo-liberal (por esse motivo incluído por muitos na chamada Escola Austríaca) e o segundo concentrando-se no estudo jurídico do sistema antitruste, sobretudo o comunitário europeu, do ponto de vista ordo-liberal.”

Destaca-se, ainda, Friedrich von Hayek, que não se considerava parte da Escola de Freiburg, mas manteve-se próximo dela e concordava com Eucken sobre a importância da competição, embora sustentasse que não havia necessidade de o Estado desempenhar um papel importante na manutenção das condições de concorrência, no sentido das ideias liberais puras<sup>204</sup>.

O foco do pensamento ordoliberal estava no papel da economia na sociedade, partindo de dois pontos do liberalismo clássico, ou seja, que a concorrência seria necessária para o bem-estar econômico e que a liberdade econômica seria essencial. A partir daí, acreditavam que a tomada de decisão privada melhor direcionaria os fluxos dos recursos econômicos, evitando a repetição de sistemas totalitários. Os ordoliberais, da mesma forma que coíbiam o poder político, também se voltavam contra o poder econômico privado<sup>205</sup>.

E é a partir deste entendimento que, para os ordoliberais, o sistema concorrencial traz como principal vantagem a possibilidade de, por meio da transmissão de informação e da existência de liberdade de escolha, ser possível que o sistema de mercado descubra as melhores opções existentes e o comportamento mais racional a ser adotado<sup>206</sup>.

A propósito, é dessa concepção de concorrência que é fornecido o conteúdo das normas concorrenciais, exigindo-se que a lei seja utilizada para prevenir a criação de poder monopolista, abolir as posições de monopólio existentes e, onde isso não for possível, controlar a conduta desses monopólios. Em outras palavras, a lei concorrencial, na visão ordoliberal, deve focar sua atenção em um problema central, qual seja, o poder econômico privado, considerado a grande ameaça à competitividade. Como destaca David J. Gerber, “essa concepção ampla do poder econômico é uma das características das leis concorrenciais ale-

---

<sup>204</sup> GERBER, Op cit., p. 32.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>206</sup> SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 27.

mã e europeia, aspecto que mais claramente as distingue da lei antitruste norte-americana”<sup>207</sup>.

Conclui-se, portanto, que o pensamento ordoliberal<sup>208</sup> acrescentou à visão liberal aspectos sociais essenciais e destacou a importância da legislação como ferramenta para proteção do mercado contra o poder econômico, exemplo fundamental quando se pensa em soluções estruturais para tratar o poder econômico e seus desdobramentos na sociedade contemporânea.

## **Modelos de regulação da concorrência a partir dos interesses tutelados: lições para o Brasil?**

Nicola Giocoli afirma que sem uma definição clara dos princípios constitutivos por trás do direito concorrencial, qualquer legislação acabaria por se defrontar com a dicotomia entre concorrência e propriedade<sup>209</sup>. Pode-se acrescentar, ainda, que não há como pensar em um sistema concorrencial sem ter presente os interesses tutelados.

As duas concepções do direito concorrencial abordadas neste capítulo: a norte-americana da Escola de Chicago e a alemã com os ordoliberais da Escola de Freiburg demonstraram como os caminhos trilhados pelas legislações antitruste desses dois países estão relacionados aos interesses tutelados por seus sistemas jurídicos.

As escolhas, como se afirmou, não foram aleatórias. Ambos os países vêm passando por um processo de convergência em alguns aspectos, ainda que suas raízes não permitam aproximações extremas.

A leitura de modelos de regulação da concorrência, tal como se propôs neste estudo, com o objetivo de extrair caminhos para a ordena-

---

<sup>207</sup> GERBER, Op cit., p. 50-51.

<sup>208</sup> Para uma visão contemporânea das ideias ordoliberais, sobretudo em seus aspectos econômicos, ver ZWEYNERT, Joachim; KOLEV, Stefan; GOLDSCHMIDT, Nils. **Neue Ordnungsökonomik**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

<sup>209</sup> GIOCOLI, Nicola. Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy, **Journal of Competition Law and Economics**, May 1, 2007.

ção brasileira em matéria antitruste, deve ser vista com cautela, o que significa dizer que o passado colonial e a evolução econômica brasileira subsequente não podem ser esquecidos, ao contrário, a histórica e estrutural concentração econômica encontrada no Brasil impede qualquer tentativa de transplantes legislativos ou teóricos estrangeiros, sem que se passe por um filtro crítico, enformado pelo modelo de poder econômico encontrado por aqui<sup>210</sup>.

Retoma-se, nesse aspecto, o afirmado na introdução, acerca do risco dos transplantes legislativos ou teóricos sem maior rigor crítico, lição há muito conhecida dos estudiosos do direito comparado, como bem ilustra a obra seminal de Alan Watson, intitulada *Legal Transplants: an approach to comparative law*<sup>211</sup>. Este autor destaca desde o início, ao indagar o que seria *Direito Comparado*, a necessidade de compreender amplamente a identidade de problemas entre os países comparados, sobretudo porque variações nos valores políticos, morais, sociais e econômicos existentes entre duas sociedades tornam pouco provável que seus problemas jurídicos, encarados individualmente, sejam os mesmos para ambos, exceto em um nível técnico<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> A propósito, este é o alerta e a proposta formulada por SALOMÃO FILHO, 2013, Op cit., p. 19, ao formular análise crítica da realidade e da teoria antitruste. Nesse aspecto, afirma: “o desenvolvimento de uma teoria jurídica própria, que se ocupe dessas estruturas, não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também – e mais importante que tudo – permitiria tratamento econômico e jurídico mais coerente da realidade específica desses Países”.

<sup>211</sup> WATSON, Alan. **Legal transplants: An Approach to Comparative Law**. Second Edition. Athens, Georgia: The University of Georgia Press, 1993.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 4. No mesmo sentido, era a advertência de Tullio Ascarelli sobre o estudo do direito comparado: “Para que a obra do estudioso de direito comparado seja útil e não resulte apenas num amontoado de noções, são necessárias algumas advertências. Advertências muito simples, aliás, sem nenhuma pretensão de novidade, nem de originalidade. São, mais ou menos, as que sempre foram feitas pelos que se dedicam ao direito comparado. Bastaria, nesse sentido, lembrar o velho livro de Amari, que, em substância, faz a advertência em que se resume quanto vai dito nestas páginas: o que cumpre estudar é o direito comparado e não simplesmente a legislação comparada, a menos que se queira correr o risco de tirar conclusões que, pelo fato de não serem completas, poderiam ser, afinal, erradas.” (ASCARELLI, Tullio. **Problemas**

De qualquer modo, algumas lições podem ser extraídas do percurso desenvolvido pelos Estados Unidos da América e pela Alemanha, como a necessidade de clara definição da função do direito concorrencial, evitando-se, por exemplo, os debates progressistas encontrados atualmente no primeiro. Além disso, reconhecer o direito concorrencial como conjunto de regras que ofereçam aos agentes o direito de livre escolha, ou, *direito de descoberta*<sup>213</sup> da melhor opção de conduta para concorrentes e consumidores, e que pode ser obtido por meio da regulamentação do poder econômico no mercado, como sustenta-se na Alemanha, se não constitui um modelo passível de adoção automática, certamente inspira o estudo e o desenvolvimento nacional do direito concorrencial.

---

**das sociedades anônimas e direito comparado.** São Paulo: Saraiva e Cia Livraria Acadêmica, 1945. p. 8).

<sup>213</sup> Utilizando-se aqui da clássica definição de Hayek do sistema concorrencial como um *Entdeckungsverfahren* (processo de descoberta), nos termos lembrados por SALOMÃO FILHO, 2007, Op cit., p. 26-27.



## CAPÍTULO 6

### **Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional**

*Celso Antonio Pacheco Fiorillo*

**Resumo:** Vinculado que está historicamente ao direito social desenvolvido pela doutrina alemã no século XIX, o denominado princípio da função social tem sua gênese histórica claramente associada à ordem econômica. Entendida, pois, a partir da ordem econômica bem como em face da necessária cooperação entre os grupos sociais ou por uma concorrência coordenada pelos poderes públicos e podendo ser tomada como atividade dirigida a um fim, a função social passou a ter com a Carta Magna de 1988 estrutura jurídica superiormente concebida a partir do princípio fundamental vinculado aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art. 1º, IV da CF) tendo como escopo a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF) e com reflexos diretos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais não só no plano dos direitos individuais como principalmente coletivos (Art. 5º, XXIII da CF) exatamente no sentido de ser desempenhada em benefício da coletividade. Daí, dentro de sua finalidade legal constitucional, estar à função social associada não só de forma direta ao instituto jurídico da propriedade (Art. 5º, XXIII, Art. 170, III, Art. 182, parágrafo 2º e Art. 186 da CF) bem como em dimensão mais ampla no plano da Política Urbana (Art. 182, *caput* da CF) e Política Agrícola e Fundiária (Art. 184, *caput* da CF), mas particularmente e de forma infinitamente mais ampla às atividades econômicas direcionadas por seus princípios gerais (Art. 170 e segs. da CF) conforme sua gênese. Destarte e exatamente por ser entendida como “organização destinada à produção e/ou comercialização de bens e ser-

viços, tendo como objetivo o lucro”, a empresa, como atividade econômica, está submetida aos princípios gerais indicados no artigo 170 da CF e particularmente ao princípio da defesa do meio ambiente (Art. 170, VI da CF) visando funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade com o objetivo de atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações (Art. 225 da CF). No sentido de concretamente dar efetividade às funções que devem ser desempenhadas pelas atividades econômicas em benefício da coletividade visando atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações (Art. 225 da CF), devem por via de consequência as empresas observar os comandos constitucionais ambientais de natureza preventiva, merecendo destaque, no plano do direito ambiental constitucional, o instrumento contido no Art. 225, parágrafo 1º, IV da Constituição Federal, a saber o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

**Palavras Chave:** Função social da empresa. Atividades econômicas. Bens Ambientais. Direito Ambiental Constitucional. Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

## 1 Direito social e função social

Historicamente o denominado novo direito social e econômico, que teria quebrado o predomínio do direito privado a partir da primeira Guerra Mundial “e que haveria de dissolver a sua unidade interna”, como ensinava Franz Wieacker<sup>214</sup>, “tinha sido preparado pelo facto de se ter mantido nos direitos particulares alemães do séc. XIX uma massa jurídica não liberal, proveniente concretamente, das estruturas políticas feudais, do estado autoritário (ou estado-providência), massa que era constituída pelo conjunto do direito público respeitante ao solo, do direito das águas, da caça e da pesca e do direito agrário relativo à terra, ao crédito e às sucessões” sendo certo que “fora apenas no domínio da economia industrial e comercial que o ideal liberal da livre empre-

---

<sup>214</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

sa se impusera na Regulamentação empresarial do Império de 1869 {*Reichsgewerbeordnung*}, a primeira das leis do Império unificado”.

Advertia o experiente professor e advogado alemão que em quase todos os domínios antes referidos “as antigas tradições da administração territorial ingressaram diretamente, muitas vezes sem corte visível, no movimento que se desenvolvia neste século no sentido do direito social”, destacando que “o lugar central coube aqui às associações económicas e profissionais de empresários e dos trabalhadores e à sua influencia sobre o mercado, associações que o Estado autoritário e o liberalismo clássico (em contradição com a proclamação da liberdade de reunião e associação) tinham impedido durante largo tempo”.

O início de referida evolução, na interpretação do autor antes citado, “**foi constituído pela economia de guerra da 1ª Grande Guerra**” (grifo nosso), que trouxe pela primeira vez consigo graves restrições à liberdade contratual e à liberdade de utilização da propriedade, ao publicar a comercialização de quase todos os bens e ao tomar medidas legislativas relativas à carência de habitação. Ao mesmo tempo, e depois de longa desconfiança, ela atribuiu pela primeira vez às grandes associações formadas durante a revolução industrial como poderes espontâneos, v.g., os cartéis de empresários e as uniões patronais, funções de integração económico-política. Depois da guerra, mantiveram-se durante muito tempo as restrições no mercado de habitação e no comércio fundiário; no mercado do carvão e da potassa um vasto domínio da produção de matérias primas foi subtraído à economia privada liberal, como concessão às tendências socializantes da economia de guerra e da primeira fase revolucionária, e submetido a uma administração autónoma orientada por uma política económica global”.

Demonstrando de forma didática que “**as tendências da evolução do direito privado tem também frequentemente que ser compreendidas à luz destas mutações da constituição económica alemã (e, em grande parte, também europeia e norte americana)**” (grifo nosso) explicita que “esta constituição força, em todo o lado onde a livre concorrência falha e a solidariedade social é ameaçada, à intervenção dos

poderes públicos e à assunção de uma função dirigente pela administração pública da economia”. A expressão jurídica de referida necessidade teria então sido constituída, na lição de Franz Wieacker, pelas novas formas jurídicas que então se formaram um pouco por toda a parte no direito público da terra, no direito da habitação e da construção civil, no direito do arrendamento, no direito do trabalho e no direito da economia e que haveria de ser sintetizada, na fórmula antecipadora de Otto von Gierke, como *direito social*. **O princípio funcional comum a este novo domínio charneira entre o direito público tradicional e o direito privado**, nos quais a confrontação entre Estado e sociedade tinham encontrado a sua expressão clássica, é o de que o decurso das **funções sociais e económicas** não é dirigido nem pela ordenação estadual directa nem pelo livre jogo da autonomia privada dos sujeitos económicos, **mas pela cooperação entre os grupos sociais ou por uma concorrência coordenada pelos poderes públicos** (grifo nosso) concluindo que “uma vez que o que aqui se exprimia era a irresistível integração da sociedade económica na ordem jurídica pública (integração que o jusracionalismo liberal e o liberalismo clássico não tinham pretendido), estes princípios foram-se impondo constantemente na realidade jurídica alemã do século XX através de todas as mudanças dos governos e sistemas políticos. Hoje, eles impregnam tão profundamente a consciência social que se transformam porventura no único fundamento comum à consciência jurídica alemã da actualidade”.

Destarte notamos que o denominado princípio da função social, vinculado que está historicamente ao direito social desenvolvido pela doutrina alemã, tem sua gênese claramente associada à ordem económica e particularmente “às associações económicas e profissionais de empresários e dos trabalhadores e à sua influência sobre o mercado” conforme ensinamentos de Franz Wieacker. Devendo ser interpretado como tendência de evolução do direito privado bem como compreendido “à luz destas mutações da constituição económica alemã (e, em grande parte, também europeia e norte-americana)”, o referido princípio teria influenciado a doutrina brasileira particularmente em face da recepção do

Direito Civil alemão que “deu-se intensamente nas codificações de 1916 e 2002”, como adverte Otavio Rodrigues Junior<sup>215</sup>.

Ao recordar que o substantivo *functio*, na língua matriz seria “derivado do verbo depoente *fungor (functus sum, fungi)*, “cujo significado primigênio é de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou uma tarefa”, observa Fabio Comparato<sup>216</sup> que na “análise institucional do direito, que corresponde de certa forma ao funcionalismo sociológico de E. Durkheim, Bronislaw Malinowski e A.R.Radcliffe-Brown, usa-se do termo função para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, ou seja, o bem ou o valor em razão do qual existe, segundo a lei, esse conjunto estruturado de normas” podendo também a função jurídica “ser tomada, num sentido mais abstrato, como atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência”. Ao aduzir referido autor que “se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder”, conclui que “há funções exercidas no interesse de uma pessoa ou de pessoas determinadas – como o pátrio poder, a tutela e a curatela – e **funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade. Na ultima hipótese, e somente nela, parece-me mais apropriado falar em função social**” (grifo nosso).

## **2 Função social no plano constitucional brasileiro: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estruturando a função social no âmbito dos princípios gerais da ordem econômica**

Observada no plano estrutural constitucional como princípio fundamental vinculado ao trabalho e à livre iniciativa (Art. 1º, IV da CF) tendo como escopo a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III da CF)

<sup>215</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **A influencia do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>216</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732, 1996.

e com reflexos diretos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais não só no plano dos direitos individuais como principalmente coletivos (Art. 5º, XXIII), exatamente no sentido de ser desempenhada em benefício da coletividade, **a função social deve ser compreendida no âmbito de nossa Carta Magna, a exemplo de sua gênese histórica, em face de toda nossa Ordem Econômica e Financeira**, a saber, não só em decorrência de sua existência diretamente constatada no Art. 170, III da Lei Maior, vinculada diretamente à propriedade, **mas no plano geral dos princípios da atividade econômica (Art. 170, I a IX)**.

Daí, dentro de sua finalidade legal constitucional, estar à função social associada não só de forma direta ao instituto jurídico da propriedade (Art. 5º, XXIII, Art. 170, III, Art. 182, parágrafo 2º, Art. 186) “como instrumento normativo fundamental destinado a organizar desde o século XIX a ordem econômica que sempre imperou em nosso País e se estabeleceu no plano jurídico através de nossas Constituições (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988)”, como destaca Celso Fiorillo<sup>217</sup>, mas também de forma infinitamente mais ampla e via de regra vinculada à ordem econômica, no plano da política urbana quando então está vinculada às cidades do Brasil (Art. 182, *caput*) e aos imóveis rurais (Arts. 183 a 191).

Fica, todavia bem caracterizado em nosso sistema constitucional, ratificando matéria anteriormente aduzida, que a função social, ligada que está preponderantemente à ordem econômica, deve ter seus reflexos necessariamente reconhecidos em todo o nosso plano normativo constitucional e infra constitucional visando exatamente estabelecer balizas jurídicas para as atividades econômicas desempenhadas em benefício da coletividade.

### **3 A empresa como atividade econômica e sua função social**

Entendida como “organização destinada à produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro”, na lição de

---

<sup>217</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2018.

Paulo Sandroni<sup>218</sup>, a empresa, no plano normativo infraconstitucional brasileiro, teria sua gênese histórica observada no Decreto 737 de 1850, sendo prevista já naquela oportunidade no plano da mercancia (“Art. 19. Considera-se mercancia: § 3º As empresas de fabricas; de commissões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos públicos”).

Definida no âmbito da Lei nº 8.212/91 (Organização da Seguridade Social) como “firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional” (Art. 15, I) e prevista em face de seu porte econômico na Lei Complementar 123/06 (Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00); e II – no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00) a empresa, também com fundamento no Art. 996 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), encontra seu balizamento normativo adstrito fundamentalmente a uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços na ordem jurídica do capitalismo absorvida por nossa Lei Maior.

Assim, **compreendida no superior plano constitucional como uma atividade econômica**, se sujeita a empresa evidentemente aos balizamentos constitucionais vinculados às atividades econômicas previstas em nossa Carta Magna interpretados em face dos princípios fundamentais constitucionais (Arts. 1º a 4º da CF), direitos e garantias fundamentais

---

<sup>218</sup> SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

(Art. 5º e segs. da CF) e particularmente, em face de sua gênese/estrutura normativa, Ordem Econômica e Financeira (Art. 170 e segs. da CF).

Exatamente no contexto constitucional anteriormente referido é que teríamos então condições de compreender e mesmo interpretar o significado da expressão função social da empresa, encontrados no plano infraconstitucional no Art. 154 e parágrafo único do Art. 116, da Lei nº 6.404/76 (Sociedades por Ações) norma jurídica que reconhece existir no exercício da atividade empresarial, conforme lembra Fábio Comparato<sup>219</sup>, “interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só o das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e os trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua”.

É, portanto, da análise das atividades econômicas interpretadas sistematicamente no âmbito da Constituição Federal em vigor que teremos condições de estruturar a função social da empresa.

### 3.1 Conceito de atividade e sua vinculação aos princípios fundamentais da Carta Magna

Substantivo feminino entendido como “qualidade; faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas; exercício dessa faculdade, ação”<sup>220</sup> em face do que se admite ser ativo (“que exerce ação, que age, que tem a faculdade de agir”)<sup>221</sup>, o termo atividade, dependendo do contexto em que é entendido, pode significar diferentes formas de agir, sendo certo que sempre e de qualquer forma caracteriza-se por ser um “fenômeno essencialmente humano”, como lembra Rosa Maria Nery<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, Empresa e Função Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.732,1996.

<sup>220</sup> HOUAISS, Antonio VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>221</sup> HOUAISS, Antonio VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>222</sup> NERY, Rosa Maria Andrade Nery. **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (Técnica e ciência de proporção)**” tese de livre- -docência São Paulo : Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

Referido termo, como explica Nicola Abbagnano<sup>223</sup>, “tem dois significados correspondentes aos dois significados da palavra ação. De um lado, é empregado para indicar um complexo mais ou menos homogêneo de ações voluntárias (com referência ao 2º significado da palavra ação), como quando se diz “x desenvolveu intensa A. política”. De outro, é usado para indicar o modo de ser daquilo que age ou tem em seu poder a ação, como quando se diz “O espírito é ativo no conhecer”, para dizer que não é simplesmente receptivo ou passivo. O contrário de A., nesse segundo sentido, é “passividade”, ao passo que o contrário de A. no primeiro sentido é “inércia” ou “inação”.

No plano dos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal, a atividade está diretamente associada ao que estabelece o Art. 1º, III, ou seja, como fenômeno humano que é a atividade, para ser adequadamente interpretada no plano maior normativo, deve obedecer ao fundamento constitucional que assegura a dignidade da pessoa humana como regra matriz destinada ao entendimento de seu conteúdo para todos os efeitos e em face de todas as circunstâncias em que referido substantivo feminino aparece em nossa Constituição Federal. A atividade, portanto, no plano jurídico constitucional, não pode ser desenvolvida em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Todavia, o fato da atividade estar associada diretamente ao que estabelece o Art. 1º, III, da Carta Magna, não exclui evidentemente a necessidade de se interpretar o conteúdo da palavra obedecendo também o que estabelecem os demais incisos do Art. 1º, igualmente princípios fundamentais relacionados às ações humanas e igualmente estabelecidos na Lei Maior como fundamentos interpretativos de nossa República Federativa e suas normas jurídicas.

Assim a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa bem como o pluralismo político, entendidos em consonância com a dignidade da pessoa humana conforme explica Celso

---

<sup>223</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Fiorillo<sup>224</sup>, estruturam juridicamente todas as atividades previstas em nossa Carta Magna em decorrência de diferentes circunstâncias que terão diferentes consequências normativas (Art. 1º, incisos I, II, IV e V).

Trata-se, pois de verificar, no plano maior constitucional, conforme lembram Celso Fiorillo e Renata Ferreira<sup>225</sup> “que a atividade é efetivamente um fenômeno essencialmente humano disciplinado em nossa Constituição Federal; a pessoa humana ao agir de forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, com finalidade econômica ou não, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional” .

Senão vejamos.

### **3.2 As atividades previstas no âmbito do direito constitucional em face de diferentes circunstâncias normativas**

São várias as circunstâncias em que encontramos a palavra atividade explicitamente indicada em nossa Constituição Federal.

Traduzindo reflexo direto do conteúdo indicado no Art. 1º, III da CF, verificamos no âmbito dos direitos sociais que, dentre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, está assegurado adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas (Art. 7º, XXIII) sendo certo que em matéria disciplinadora do regime jurídico constitucional dos servidores públicos os titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que exerçam atividades de risco bem como cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem sua saúde ou sua integridade física, têm regra específica de tutela no que se refere aos

---

<sup>224</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva 2014.

<sup>225</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Comentários ao Estatuto da Cidade** — Lei nº 10.257/01 — Lei do Meio Ambiente Artificial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria (Art. 40, parágrafo 4º, II e III). Também diretamente associado ao Art. 1º, III, – sem prejuízo dos demais incisos do mesmo artigo – determinou a Carta Magna o dever de o Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica bem como a inovação atividades necessariamente vinculadas à pessoa humana tanto no âmbito individual como metaindividual conforme explícita orientação do Art. 218, parágrafo 7º.

Já como reflexo da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, assim como do pluralismo político (Art. 1º, incisos I, II, IV e V), são muitas as hipóteses em que a palavra atividade é indicada no plano da Carta Magna. Alguns exemplos merecem registro, a saber: atividade nociva ao interesse nacional (Art. 12, II, § 4º, I), atividade militar (Art. 14, § 8º I; Art. 143, § 1º), atividade nuclear (Art. 21, XXIII, "a"; Art. 22, XXVI; Art. 49, XIV), atividade de garimpagem (Art. 21, XXV), atividade essencial ao funcionamento do Estado (Art. 37, XXII), atividades do Tribunal de Contas (Art. 71, § 4º), atividades jurídicas (Art. 93, I, 129, § 3º), atividades jurisdicionais (Arts. 93, XII; 107 § 20; 115, § 1º; 125 § 7º), atividades profissionais (Arts. 94; 107, I; 11-A, I; 115, I; 123, I; Art. 8º, § 2º; § 5º do ADCT), atividade político-partidária (Arts. 95, § único, III; 128, § 5º, II, "e"), atividades específicas da justiça (Art. 98, § 2º), atividade policial (Art. 129, VII), atividades do Conselho Nacional do Ministério Público (Art. 130-A, § 2º, V), atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (Art. 131), atividade de defesa civil (Art. 144, § 5º), atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública (Art. 144, § 7º), atividades previstas em lei (Art. 144, § 10, I), atividade econômica do contribuinte (Art. 145, § 1º), atividade econômica relacionada a patrimônio, renda e serviços (Art. 150, § 3º), atividade preponderante (Art. 156, II, § 2º), atividades da administração tributária (Art. 167, IV), princípios gerais da atividade econômica (Art. 170 e Art. 170, parágrafo único), atividade econômica (Arts. 173; 173, § 1º, 174, 177, 195, § 9º; 195, § 12), atividade de importação ou comercialização (Art. 177, § 4º), atividade em regime de economia familiar

(Arts. 195, § 8º; 201, § 7º, II), atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias (Art. 198, § 50), atividade privada para efeito de aposentadoria (Art. 201, § 9º), atividade rural para efeito de aposentadoria (Art. 201, § 9º), atividade urbana para efeito de aposentadoria (Art. 201, § 9º), gestão de atividades das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (Art. 222, § 1º), atividades de seleção e direção da programação veiculada pelas empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (Art. 222, § 2º), atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (Art. 225, § 1º, inciso IV), atividade considerada lesiva ao meio ambiente (Art. 225, § 3º), atividade produtiva dos índios (Art. 231, § 1º), atividade notarial (Art. 236, § 1º e § 3º), atividade exclusiva do Estado (Art. 247), permanência em atividade para efeitos de anistia (Art. 8º do ADCT), atividade remunerada (Art. 8º, § 20 do ADCT), atividade dos sindicatos rurais (Art. 10, § 2º do ADCT) e Ministério Público Federal, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultorias Jurídicas dos Ministérios, Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e o membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas exercendo suas atividades (Art. 29 do ADCT) dentre outros.

Destarte, no âmbito constitucional, a palavra atividade como fenômeno essencialmente humano está evidentemente relacionada à faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas em face de diferentes circunstâncias todas elas relacionadas ao que determinam os princípios fundamentais da Carta Magna; como dissemos a pessoa humana ao agir de forma direta ou indireta, de forma individual ou coletiva, acaba por gerar diferentes consequências que dependendo da circunstância ou mesmo enquadramento normativo encontrarão de qualquer forma seu devido amparo constitucional<sup>226</sup>.

---

<sup>226</sup> Com relação à palavra INATIVIDADE vide Art. 14, § 8º; Art. 142., X; Art. 8º do ADCT.

### 3.3 As atividades econômicas e seu balizamento constitucional

Como explica Celso Fiorillo<sup>227</sup>, “a ordem econômica em nosso direito positivo é fundada tanto na valorização do trabalho humano como na livre iniciativa. A finalidade da ordem econômica, conforme reza o art. 170 da Constituição, é exatamente assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social e em face de uma série de princípios regradados na Carta Magna (incisos I a IX)”

Assim, as pessoas humanas possuem não só em face dos princípios fundamentais descritos no Art. 1º da Lei Maior, mas também em decorrência do que estabelecem os princípios gerais da atividade econômica, a garantia de uma existência digna. É clara, portanto, a sintonia do art. 1º, III, com o art. 170, *caput*, da Carta Maior.

Dois fundamentos de direito positivo merecem, pois, a atenção do interprete no sentido de restar caracterizada a existência digna a todos em absoluta harmonia com as funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.

A valorização do trabalho humano deve ser analisada à luz da Carta Magna. O que é valorizado no direito constitucional positivo é o trabalho humano como direito social fundamentador da ordem econômica e financeira (base da ordem jurídica do capitalismo) e do Estado Democrático de Direito, conforme define o art. 1º, IV, da Lei Maior. O conceito de trabalho, conforme apontado por Elaine Coelho<sup>228</sup>, não é unívoco, “não se refere a uma única realidade, mas é um termo que se aplica a realidades distintas nos variados ramos que compõem a ciência. Assim o trabalho aparece de forma diversificada no estudo do processo evolutivo do universo, do homem e, finalmente, da sociedade. Na linguagem comum, trabalho é qual-

---

<sup>227</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

<sup>228</sup> COELHO, Elaine D’Avila. **Embargo, interdição e greve em face do meio ambiente do trabalho**. São Paulo: PUC/SP 1995.

quer atividade física ou intelectual, por exemplo, dar uma aula, escrever um livro, fabricar um móvel etc. Na física, o significado do vocábulo trabalho é mais específico, sendo entendido como deslocamento do ponto de aplicação de uma força, ou seja, toda vez que uma força desloca o seu ponto de aplicação, dizemos que esta força realiza um trabalho. Em linguagem científica, o trabalho é a ‘grandeza cuja variação infinitesimal é igual ao produto escalar de uma força pelo vetor deslocamento infinitesimal de seu ponto de aplicação’, isto é, pode ser traduzido como qualquer deslocamento produzido em uma dada estrutura a partir de uma força, ou ‘a ação contínua e progressiva de uma força natural e o resultado dessa ação’. Na biologia, o trabalho é conceituado como o ‘fenômeno ou o conjunto de fenômenos que ocorrem num organismo e de algum modo lhe alteram a natureza ou forma’. O trabalho no sentido humano é ‘a atividade humana realizada ou não com o auxílio de máquinas e destinada à produção de bens e serviços’ ou a aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim”.

Mas o trabalho tutelado na Constituição Federal, além de humano, tem que estar indelevelmente ligado a um aspecto econômico, na medida em que ele, trabalho, é passível de valoração social.

Seria lícito, portanto, afirmar que, em verdade, não é o trabalho de per si que é tutelado, mas sim os efeitos jurídicos decorrentes da situação de trabalhar, no sentido de que ele estaria ligado a uma necessidade de valoração social (proteção à saúde, segurança, lazer etc.).

Podemos assim concluir exatamente porque o trabalho adquire no Texto Constitucional inúmeras feições, que embora diferentes, são ligadas entre si e complementares aos objetivos fundamentais da República no sentido de assegurar a todos uma existência digna num sistema onde haja justiça social.

Assim, ora o trabalho surge enquanto instrumento de tutela pessoal, essencial à sobrevivência do homem-indivíduo (por exemplo o direito social do trabalho), ora surge enquanto política a ser implementada pelo Estado, numa dimensão difusa e essencial aos objetivos apregoados pelo Estado democrático de direito.

Daí a valorização do trabalho humano estar intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, os valores da livre iniciativa também devem ser interpretados em face da Carta Magna. Trata-se de adequar ao plano superior constitucional, em face das funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade, o princípio do liberalismo econômico “que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado” conforme explica Paulo Sandroni<sup>229</sup>. Cuida-se por via de consequência, como lembra o autor anteriormente citado, de analisar o “sistema econômico e social predominante na maioria dos países industrializados ou em fase de industrialização” em que “a economia baseia-se na separação entre trabalhadores juridicamente livres, que dispõem apenas da força de trabalho e a vendem em troca de salário, e capitalistas, os quais são proprietários dos meios de produção e contratam os trabalhadores para produzir mercadorias (bens dirigidos para o mercado) visando à obtenção de lucro” com base nos princípios fundamentais de nossa Constituição Federal (Art. 1º a 4º) bem como de nossa ordem econômica e financeira (Art. 170 e segs.).

Ao assegurar a todos existência digna, fundada não só na valorização do trabalho humano, conforme já indicado, mas na livre iniciativa, ratificou a Constituição Federal o direito à vida digna, na medida em que propicia aos seres humanos o pleno exercício da atividade econômica, valorizando não só o trabalho (trabalho humano), mas também o capital (livre iniciativa), sempre em conformidade com os ditames da justiça social.

Assim, embora o capitalismo, enquanto opção do sistema constitucional brasileiro, possa ter definição ampla com conotações e conteúdos frequentemente muito diferentes, mas historicamente “reconduzíveis a duas grandes acepções”, a saber, uma primeira acepção restrita de Capitalismo designando “uma forma particular, historicamente especi-

---

<sup>229</sup> SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

fica, de agir econômico, ou um modo de produção em sentido estrito, ou subsistema econômico” subsistema considerado “uma parte de um mais amplo e complexo sistema social e político, para designar o que não se considera significativo ou oportuno recorrer ao termo Capitalismo” preferindo-se “usar definições deduzidas do processo histórico da industrialização e da modernização político-social” e, portanto falando-se “exatamente, da sociedade industrial, liberal-democrática ou de sociedade complexa da qual o Capitalismo é só um elemento enquanto designa o subsistema econômico” e uma segunda acepção de Capitalismo que, “ao invés, atinge a sociedade no seu todo como formação social, historicamente qualificada, de forma determinante, pelo seu modo de produção” designando portanto nesta acepção, “uma ‘relação social’ geral”, conforme lição de Gian Enrico Rusconi<sup>230</sup>, é certo que nosso sistema constitucional adotou visão normativa que consiste tão somente em conceber o capitalismo como um dos elementos da complexa sociedade brasileira e do Estado Democrático de Direito, em que a ordem econômica visa proteger, de forma clara e inequívoca, o direito à vida digna.

As atividades econômicas, por via de consequência, como uma das atividades previstas no âmbito do direito constitucional, fundadas que se encontram tanto no trabalho humano como na livre iniciativa e destinadas a assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social devem observar não só os conteúdos que fundamentam nosso Estado Democrático de Direito (arts. 1º a 4º de nossa Lei Maior) e os direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas, prevista em nossa Carta Magna (Art. 5º e segs. da CF), mas particularmente todos os princípios descritos nos incisos I a IX do art. 170 como balizas direcionadoras de sua atuação vinculadas ao Estado Democrático de Direito.

---

<sup>230</sup> RUSCONI, Gian Enrico Rusconi. **Dicionário de Política** por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

#### **4 As atividades econômicas em face do princípio da defesa do meio ambiente: as empresas em face do direito ambiental constitucional e o desenvolvimento destinado a atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações**

Sendo uma atividade econômica destinada à produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro, submete-se a empresa, conforme aduzido anteriormente, não só aos fundamentos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º a 4º de nossa Lei Maior) bem como direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivas (Art. 5º e segs. da CF), mas particularmente a todos os princípios descritos nos incisos I a IX do art. 170 de nossa Lei Maior.

Dentre referidos princípios e visando funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade visando atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações, destaca-se o princípio da defesa do meio ambiente (Art. 170, VI).

Com efeito.

Fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme já desenvolvido anteriormente, a ordem econômica regradada no plano normativo constitucional, tem por fim assegurar a todos a existência digna (Art. 170, *caput*) evidentemente em face de desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações (Art. 225 da CF).

Destarte o livre exercício de qualquer atividade econômica, e evidentemente as atividades desenvolvidas pelas empresas, estão necessariamente condicionadas à defesa do meio ambiente dentro de interpretação sistemática que vincula evidentemente o respeito de qualquer atividade econômica aos objetivos e fundamentos constitucionais descritos nos Arts. 1º e 3º da Constituição Federal e dentro de uma perspectiva destinada a assegurar Direitos e Garantias Fundamentais no âmbito individual e coletivo (Art. 5º e segs. da CF). Ratificando matéria já aduzida anteriormente, não se trata, pois, de pura e simplesmente compreender a

atividade em face tão somente da economia, a saber, como o “quadro físico e institucional dentro do qual se realizam as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade, bem como sua evolução no tempo”, mas de compreender de que forma “as atividades de produção de bens e serviços requeridos pela sociedade” na lição de Antonio Dias Leite<sup>231</sup>, mas em face de seu imprescindível balizamento fixado pela Constituição Federal.

Trata-se, pois, de verificar o significado de atividade no contexto econômico normativo constitucional lembrando ser a atividade “conceito básico de direito comercial, fenômeno essencialmente humano (Bonfante, *Lezioni di storia del commercio*). E hoje se pode afirmar que é conceito básico de direito empresarial. A empresa se realiza pela atividade, como o sujeito se realiza por seus atos. Tanto o ato quanto a atividade se exteriorizam por meio de negócios jurídicos, de tal sorte que se afirma que o contrato é o núcleo básico da atividade empresarial (Bulgarelli, *Contratos mercantis*, p. 25)”<sup>232</sup>.

Assim, ao estarem vinculadas à defesa do meio ambiente, as atividades econômicas estão condicionadas à tutela jurídica dos bens ambientais estabelecida no plano constitucional (Art. 225 da CF), a saber, as atividades empresariais estão condicionadas ao direito ambiental constitucional e seus princípios, e por via de consequência submetidas à orientação doutrinária recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal na conhecida ADI 3540 que delimita o exercício das atividades econômicas em face das noções de meio ambiente existentes em nossa Carta Magna, a saber:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem

---

<sup>231</sup> LEITE, Antonio Dias Leite. **A Economia Brasileira-de onde viemos e onde estamos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

<sup>232</sup> NERY, Rosa Maria **Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (Técnica e ciência de proporção)** -Tese de livre- -docência São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2004.

ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.<sup>233</sup>

Destarte, ao assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, nossa Constituição Federal condiciona o exercício de referida atividade no plano normativo à defesa do meio ambiente natural, do meio ambiente cultural, do meio ambiente artificial (espaço urbano) e do meio ambiente laboral, tudo em face dos princípios do direito ambiental constitucional.

Estabelece por via de consequência funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade visando atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações conforme estabelece o conteúdo do Art. 225 da Constituição Federal.

---

<sup>233</sup> ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.

## **5 Funções que devem ser desempenhadas pelas atividades econômicas em benefício da coletividade visando atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações: a atividade vinculada ao regime jurídico dos bens ambientais e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (Art. 225, § 1º, IV da Constituição Federal)**

Conforme verificamos anteriormente, além de atribuir à expressão “atividade” posição juridicamente superior com inúmeros reflexos no plano da Carta Magna, a Constituição Federal passou a entender, a partir de 1988, ser a atividade fator fundamental relacionado particularmente à própria ordem econômica e financeira constitucional em vigor, vinculando a referida expressão também aos princípios gerais da atividade econômica com destaque para o princípio a defesa do meio ambiente (Art. 170, VI).

Observamos também, com fundamento em desenvolvimento doutrinário acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, que “a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral”.

Destarte, exatamente no sentido de dar efetividade às funções que devem ser desempenhadas pelas atividades econômicas em benefício da coletividade visando atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações (Art. 225 da CF), estabeleceu nossa Constituição Federal princípios específicos de direito ambiental constitucional visando harmonizar a atividade econômica com a proteção do meio ambiente em face da necessidade coletiva de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (Art. 5º).

Assim, ao regradar no plano normativo superior a expressão “atividade” vinculada ao regime jurídico da tutela dos bens ambientais por parte de incumbência imposta ao Poder Público (Art. 225, § 1º, IV e § 3º), possibilitando afirmar ser a atividade um conceito fundamental relacionado também ao direito ambiental constitucional brasileiro e seus princípios, conforme adverte Celso Fiorillo<sup>234</sup>, nossa Constituição Federal criou princípios bem como instrumentos destinados a assegurar a harmonização entre a ordem econômica e o meio ambiente em face do direito ambiental constitucional.

Dentre referidos instrumentos normativos, observada sua evidente função a ser desempenhada em benefício da coletividade e visando atender, conforme já dissemos anteriormente, a tutela jurídica do bem ambiental na condição de “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, para as presentes e futuras gerações” (Art. 225 da CF), merece destaque o instrumento contido no Art. 225, parágrafo 1º, IV da Constituição Federal, a saber, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

Senão vejamos.

### **5.1 As atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e o estudo prévio de impacto ambiental (Art. 225, parágrafo 1º, IV) como instrumento constitucional destinado a assegurar funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade**

Instrumento normativo “originário do ordenamento jurídico americano, tomado de empréstimo por outros países, como a Alemanha, a França e, por evidência, o Brasil”, conforme indica Celso Fiorillo, de gênese e natureza jurídica constitucional e visando assegurar efetividade na tutela jurídica constitucional preventiva dos bens ambientais em benefício da coletividade, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, como

---

<sup>234</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2018.

instrumento preventivo estrutural, passou a ser exigido pela Lei Maior de 1988 na forma do que determina o Art. 225, § 1º, IV, a saber:

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Assim, para assegurar a efetividade da tutela jurídica dos bens ambientais em face das varias relações jurídicas ambientais disciplinadas em nossa Carta Magna (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) e visando exercer função claramente em benefício da coletividade entendeu por bem nossa Constituição Federal determinar obrigatória incumbência ao Poder Público no sentido de exigir do mesmo, na forma da lei, para atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o referido estudo de impacto que deve ser sempre e necessariamente prévio e público.

Destarte, em nosso País, as diferentes atividades previstas em nosso ordenamento jurídico que potencialmente (suscetível de existir ou acontecer<sup>235</sup>) possam causar significativa degradação do meio ambiente (inclusive evidentemente as atividades desenvolvidas pelas empresas), a saber, atividades que possam causar “alteração adversa das características do meio ambiente” (Art. 3º, II da Lei nº 6.938/81) necessitam apre-

---

<sup>235</sup> HOUAISS, Antonio VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

sentar referido estudo no sentido de obedecer aos princípios e normas constitucionais anteriormente indicadas.

Claro está que a referida alteração adversa, para restar cabalmente caracterizada, dependerá de cada caso concreto, a saber, dependerá da real situação a ser examinada (Patrimônio Genético, Meio Ambiental Cultural, Meio Ambiente Digital, Meio Ambiente Artificial/Cidades, Saúde Ambiental/Meio Ambiente do Trabalho e Meio Ambiente Natural) assim como deverá ser devidamente avaliada em decorrência de conhecimento técnico especializado, verdadeiro trabalho elaborado por perito conforme clássica lição de Chiovenda, a saber, “pessoas chamadas a expor ao juiz não só as observações de seus sentidos e suas impressões pessoais sobre os fatos observados, senão também as induções que se devam tirar objetivamente dos fatos observados ou que lhes deem por existentes. Isto faz supor que eles são dotados de certos conhecimentos técnicos ou aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta”<sup>236</sup>.

Assim, atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, inclusive evidentemente as empresariais, geram a exigência constitucional de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará a necessária publicidade, caracterizando-se, sem dúvida alguma, como instrumento do direito ambiental constitucional com inequívoca aptidão de assegurar funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade.

## Conclusão

Entendida no plano constitucional como uma atividade econômica destinada à produção e/ou comercialização de bens e serviços, tendo como objetivo o lucro, e submetida aos fundamentos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º a 4º de nossa Lei Maior) e à tutela jurídica dos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos (Art. 5º e segs. da CF), a empresa, como atividade econômica, também está submetida aos

---

<sup>236</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III Campinas: Bookseller, 2000.

princípios gerais indicados no artigo 170 e particularmente ao princípio da defesa do meio ambiente (Art. 170, VI) visando, pois, alcançar funções que devem ser desempenhadas em benefício da coletividade, com o objetivo de atender às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações (Art. 225 da CF). Destarte e no sentido de concretamente dar efetividade às funções que devem ser desempenhadas pelas atividades econômicas em benefício da coletividade visando atender às necessidades antes referidas (Art. 225 da CF), devem, por via de consequência, as empresas observar particularmente os comandos constitucionais ambientais de natureza preventiva, merecendo destaque, no plano do direito ambiental constitucional, o instrumento contido no Art. 225, parágrafo 1º, IV da Constituição Federal, a saber, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental.

## CAPÍTULO 7

# Pressupostos constitucionais da intervenção do estado no direito econômico

*André Guilherme Lemos Jorge*

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*

**Resumo:** A Constituição brasileira de 1988 elencou, em seu art. 170, os princípios que regem a ordem econômica. O Texto Constitucional estabelece as diretrizes a serem seguidas pelo Estado na economia, de maneira a preservar a livre iniciativa e a livre concorrência. A intervenção do Estado na economia se dá de duas formas: direta e indireta. Na direta, o ente estatal atua como agente econômico, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, ou quando intervém excepcionalmente em empresas privadas. Atua de forma indireta o Estado na qualidade de agente regulador e normatizador da atividade econômica, com vistas a garantir a aplicação dos princípios constitucionais, por meio da fiscalização, do incentivo e do planejamento e da punição do abuso do poder econômico e das distorções do mercado. Analisar-se-á nesse capítulo as hipóteses de intervenção do Estado na economia. Para tanto se emprega o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito econômico. Intervenção estatal. Regulação.

### Introdução

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, denominada de “Constituição Cidadã”, instituiu o Estado

Democrático de Direito no Brasil. Dentre as várias inovações trazidas pela nova Constituição, destaca-se o amplo tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais, que são cláusulas pétreas no sistema pátrio, ou seja, “cláusulas imodificáveis pelo poder de reforma”<sup>237</sup>.

A atual Constituição dispõe, logo em seu Título II, sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, de modo que tais direitos acabam por se irradiar pelo sistema normativo, estabelecendo que as demais normas sejam interpretadas em conformidade com o seu conteúdo.

Ao mesmo tempo em que a Constituição Federal de 1988 assegura um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, com especial atenção aos direitos sociais, ela também dedica um capítulo próprio para tratar da Ordem Econômica em seu Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”.

O Texto Constitucional optou por fixar os princípios que regem a ordem econômica, com vistas a garantir uma economia de mercado, fundamentada na livre iniciativa e na livre concorrência. Contudo, busca conciliar essa economia de mercado com a valorização do trabalho, a garantia de uma existência digna e a justiça social.

Conferiu, também, a Constituição a possibilidade de o Estado intervir diretamente na seara econômica com a finalidade de corrigir eventuais distorções do mercado que afetem a ordem econômica, bem como agente econômico. Buscar-se-á, no presente estudo, examinar com acuidade a intervenção do Estado na ordem econômica.

## 1 Da ordem econômica

A Ordem Econômica se consubstancia no conjunto de normas previstas na Constituição que traçam as finalidades e um modelo para a economia, bem como as hipóteses de intervenção estatal na área.

---

<sup>237</sup> TOLEDO, Gastão Alves de. A Constituição e seus desafios. In. **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012, p. 177.

No art. 170 do Texto Constitucional fica expressamente estabelecido os princípios que norteiam a ordem econômica, *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;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.

Da simples leitura do dispositivo constitucional supracitado verifica-se que a ordem econômica possui dois fundamentos, quais sejam: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Referidos fundamentos constitucionais têm como finalidade precípua garantir a todos uma existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social.

Constata-se uma nítida opção pelo modelo capitalista de livre mercado e iniciativa, mas sem se descuidar da justiça social. Nesse particular, assevera Celso Ribeiro Bastos que:

Uma observação genérica sobre a disciplinação jurídica da ordem econômica no Texto Constitucional aponta para os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há uma definição muito clara dos princípios fundamentais que a regem, quais sejam liberdade de iniciativa, propriedade privada, regime de mercado etc. Existe, portanto, uma intenção bastante nítida, de limitar a presença econômica do Estado. Há uma clara

definição pelo sistema capitalista, do ponto de vista principiológico. [...] Afigura-se, portanto, alentador o quadro oferecido pela Constituição de 1988, no que diz respeito aos princípios adotados na seara econômica.<sup>238</sup>

Nesse sentido já fixou entendimento o Supremo Tribunal Federal ao deixar consignado que:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.<sup>239</sup>

No Texto Constitucional há a nítida preocupação com o desenvolvimento econômico do País, já que se encontra presente logo em seus primeiros artigos, na medida em que elenca como um dos fundamentos

---

<sup>238</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p.112 e 113.

<sup>239</sup> Supremo Tribunal Federal, Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.950, Relator Ministro Eros Grau, j. 3-11-2005, P, *DJ* de 2-6-2006.

da República a livre iniciativa (Art. 1º, inc. IV) e como objetivos fundamentais garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Referidas finalidades, para serem alcançadas, necessitam de investimentos e recursos. Nesse contexto parece haver um descompasso entre os objetivos fundamentais da República e o amplo rol de direitos sociais assegurados.

Isso se torna mais evidente quando se leva em consideração as regras, por exemplo, que cuidam da previdência e assistência social, na medida em que oneram demasiadamente o ente estatal que é responsável pelo seu oferecimento<sup>240</sup>.

A dificuldade imposta ao Estado e à sociedade pelo Texto Constitucional reside em conciliar o oferecimento de direitos sociais a todos os indivíduos e ao mesmo tempo assegurar um desenvolvimento econômico satisfatório, tendo em vista a escassez de recursos orçamentários.

Por outro lado, há que se considerar que numa sociedade de risco como a brasileira não se apresenta possível mais suportar o ônus da incerteza no que se refere às questões relacionadas à implementação de políticas públicas, urge a busca de soluções eficazes para garantir a efetividade dos direitos sociais<sup>241</sup>.

Tem-se, pois, que o Estado deve pautar toda sua atuação na área econômica na mais estrita observância dos princípios constitucionais previstos. Nesse contexto, cabe ao ente estatal intervir na seara econômica com o fito de corrigir eventuais distorções que possam afetar a ordem econômica, tais como monopólios, cartéis e trustes.

---

<sup>240</sup> Cf. TOLEDO, Gastão Alves de. “A Constituição e seus desafios” In. **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012, p. 179.

<sup>241</sup> WALD, Arnaldo. O controle de constitucionalidade das políticas públicas. In. **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer**. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012, p.717.

## **2 A intervenção do estado na economia**

O Texto Constitucional contempla duas modalidades de intervenção do Estado na atividade econômica, quais sejam, a direta e a indireta<sup>242</sup>. A intervenção direta se dá quando o Estado age por meio das empresas públicas, sociedade de economia mista, ou suas subsidiárias.

Nessa atuação o Estado pratica atos de mercado, atuando como uma empresa privada e submetido às leis privadas. Outra hipótese de intervenção se dá quando o Estado se vê impelido a assumir a gestão de uma empresa privada, com fulcro na lei. Essas hipóteses de atuação encontram-se prevista no art. 173.

A intervenção indireta ocorre quando o Estado assume o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, de molde a exigir do mercado o cumprimento dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica.

Nesse papel, o Estado atua como fiscalizador, regulador, fomentador de políticas econômicas, bem como combatendo os abusos e distorções existentes no mercado. Tal modalidade encontra-se prevista no art. 174 da Constituição Federal de 1988.

## **3 Da intervenção direta do Estado na atividade econômica**

Como dito anteriormente, o Texto Constitucional expressamente delinea os parâmetros e os limites da intervenção do Estado na ordem econômica. A intervenção direta do Estado na economia se dá nos moldes delineados no art. 173 da Carta Magna:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

---

<sup>242</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p.189.

**§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:**

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

**§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.**

Consoante o disposto no art. 173, só pode o Estado diretamente explorar atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei.

Trata-se de uma hipótese específica em que o Estado está na condição de agente empresarial, explorando diretamente uma atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada<sup>243</sup>. Ela também pode se dar por meio dos monopólios estatais constitucionalmente previstos.

---

<sup>243</sup> Cf. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 407.099**. Relator Ministro Carlos Velloso, j. 22-6-2004, 2ª T, *DJ* de 6-8-2004.

Cumpra analisar o que vem a ser “segurança nacional” e “relevante interesse público”. Quer parecer que o conceito de segurança nacional se relaciona com as atividades militares que necessitam de um apoio econômico e tecnológico, que dizem a produção de bens e serviços relativos às forças armadas.

Já interesse coletivo se dá naquelas circunstâncias em que se comprova que o exercício daquela atividade econômica pela iniciativa privada não está atingindo o interesse coletivo, daí a necessidade de assunção desse serviço pelo Estado. É preciso a comprovação de que o Estado possui melhores condições para no exercício daquela atividade atingir o interesse coletivo em detrimento da iniciativa particular.

Depreende-se do citado dispositivo que é permitido ao ente estatal explorar diretamente atividade econômica, mas apenas quando necessário aos imperativos da segurança nacional e do relevante interesse coletivo. São esses os fundamentos que legitimam a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Todavia, essa intervenção deve ocorrer na mais estrita observância aos princípios constitucionais. Nesse particular, já estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que:

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o poder público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 205.193**. Relator Ministro Celso de Mello, j. 25-2-1997, 1ª T, DJ de 6-6-1997.

No tocante à atuação do Estado por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista com vistas a garantir o equilíbrio no mercado, estabeleceu o Texto Constitucional a obrigatoriedade delas se submeterem ao regime jurídico de direito privado.

Nesse diapasão, buscou-se de um lado impedir que o Estado no exercício de uma atividade econômica faça uso de um regime privilegiado, que viole a livre concorrência. Assegura-se, desse modo, a igualdade de condições no mercado. Daí a vedação da concessão de privilégios fiscais às empresas estatais não extensíveis às empresas do setor privado<sup>245</sup>.

De outro lado, a submissão das empresas do Estado que exploram atividade econômica ao regime privado visou também desvencilhar o ente estatal da burocracia do sistema administrativo<sup>246</sup>. Importante registrar que as empresas públicas que prestam serviço público não são regidas pelo direito privado, uma vez que se entende que serviço público não é atividade econômica.

Embora a Constituição Federal não autorize a criação de monopólios, ela contempla algumas hipóteses expressamente em seu texto, deixando claro que só se pode admitir a existência de monopólios desde que constitucionalmente previstos. Proíbe-se a criação de monopólios por meio de lei ordinária. Apenas se admitem os monopólios estatais, restando vedados os monopólios privados por colidirem com o princípio da livre iniciativa e concorrência<sup>247</sup>.

Os monopólios da União são previstos no art. 177 do Texto Constitucional e dizem respeito: a) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; b) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; c) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos

---

<sup>245</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p.216.

<sup>246</sup> Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003, p. 220.

<sup>247</sup> Cf. NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: Introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., 2013, p. 277.

anteriores; d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

Importante salientar que no § 4º do art. 173 proíbe-se explicitamente o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Veda-se o poder econômico exercido com vistas a deturpar as leis do mercado. Nesse contexto, são desenvolvidas leis repressivas do abuso do poder econômico<sup>248</sup>. Elas não aparecem, propriamente, como leis de proteção

---

<sup>248</sup> Sobre o poder econômico assevera Celso Ribeiro Bastos: “ O poder econômico surge naturalmente da organização da atividade de prestação de serviços e geração de bens. Esta atividade dá lugar ao lucro, ao dinheiro; portanto, este poder, sem dúvida, tem grande influência em qualquer tempo histórico. A empresa moderna é fonte de poder na medida em que emprega muitos homens e quando se torna responsável por compras e aquisições gigantescas. Tudo isto conduz a um exercício do poder, que não é na verdade reprimido pela Constituição. Tem-se como normal o exercício destes poderes econômicos, sobretudo porque se supõe que todas as empresas estão em igualdade de condições na livre concorrência. Este poder é o que chamaríamos de “normal” ou “não-abusivo”, porque é controlado pela concorrência.

O que o Texto Constitucional manda à lei reprimir é o poder exercido visando à deturpação destas leis de mercado. Destarte, exsurgem duas sortes de poderes: aquele submetido a igual poder de concorrência e aquele outro que visa subjugá-la, esmagá-la, aniquilá-la ou de qualquer forma nulificá-la, ao menos para abrir-lhe o caminho dos lucros fora do comum. Quanto ao lucro, crê-se que não é um mal, como afirmava o pensamento socialista, pois, se auferido em condições normais de competitividade, é nada mais do que uma justa recompensa à criatividade e à eficácia empresariais, assim como é sinalizador da economia, indicando quais os setores que devem merecer maiores investimentos.

As condições de mercado podem, no entanto, dar lugar a outras situações desvirtuadas. Este desregramento pode surgir espontaneamente das próprias deficiências de um mercado ainda incipiente em determinados setores. Muitas vezes, entretanto, surge de manipulações levadas a efeito pelos próprios empresários.” (Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Ed. Saraiva, 7º vol., 1990, pág. 94).

à concorrência, mas sim como leis de repressão ao abuso do poder econômico. Os abusos ao poder econômico podem ocorrer por meio de monopólios, cartéis, trustes, dentre outros.

Os monopólios nada mais são do que a manifestação antinômica da livre concorrência, e de certa forma, uma exigência dela própria. Constitui-se em uma estrutura de mercado onde apenas existe um vendedor de um determinado ou determinados produtos ou serviços.

Os monopólios se manifestam de diversas formas, dentre elas, a de trustes, sindicatos, holdings e cartéis. Os trustes, nada mais são do que uma concentração vertiginosa de várias empresas sob um mesmo comando, dotado de grande poder econômico e que impõe a adoção de determinadas posturas às empresas de menor expressão econômica.

Já o sindicato é a associação de capitalistas que têm interesse numa mesma empresa, e por conseguinte, põem em comum os seus títulos, tendo em vista o fato de que numa venda destes, o preço não sofra qualquer alteração. Entende-se por Holding a empresa cujo capital é essencialmente constituído da ação de outras empresas, que são por ela controladas.

Vale dizer que o controle é a sua única atividade e que as demais empresas passam a ser suas subsidiárias. Os cartéis são uma espécie de aglomerados de empresas, sem um comando centralizado, que disputam o mesmo mercado e fixam um preço único para seus produtos, objetivando a obtenção de um lucro maior. Assevera Neide Terezinha Malard sobre o conceito de cartéis:

O Cartel é constituído por um grupo de empresas que disputam o mesmo mercado, na condição de concorrentes, sujeitas às leis da livre concorrência, buscando a preferência dos consumidores no preço e na qualidade de seus produtos. A partir de um dado momento, verificam que podem obter lucros mais elevados se fixarem um preço único para seus produtos ou dividirem entre si os mercados consumidores, ou ainda, se estabelecerem uma estratégia conjunta para explorar suas atividades. Os membros do cartel mantêm a sua autonomia jurídica e financeira, estabelecendo, no en-

tanto, estratégias operacionais comuns, que vão disciplinar a interdependência das relações.

Constituem-se os cartéis por prazo determinado ou indeterminado, de acordo com as circunstâncias e as características dos mercados onde atuam, bem como do objetivo específico que perseguem. O principal objetivo da cartelização é a obtenção de vantagem idêntica à do monopólio, qual seja, a maximização de lucros. Buscam, assim, os cartéis a eliminação de concorrentes indesejáveis, que se colocam no caminho de suas pretensões.<sup>249</sup>

A Constituição de 1988, na realidade, quis demonstrar que existe um mercado sadio, onde impera a livre concorrência e um mercado deturpado por dois males essenciais, quais sejam, a eliminação da concorrência e a dominação do mercado. Assegura-se de um lado a liberdade de iniciativa e de concorrência, todavia elas não podem ocorrer de maneira ilimitada ao arrepio dos preceitos constitucionais albergados. Nesse particular, incumbe ao Estado condicioná-los à garantia dos demais princípios como o da dignidade da pessoa humana, nos ditames da justiça social.

No Brasil é muito mais uma lei, ou melhor, são leis que se manifestam ou aparecem com o início da consolidação do moderno estado nacional. Por isso elas ocorrem no final dos anos trinta para os dias atuais.

Cumprir dizer que elas não estão vocacionadas para impedirem a expansão do capitalismo nacional em crescimento, mas sim para poderem inviabilizar a presença dos monopólios internacionais no País, e resguardar a expansão da proposta, naquela ocasião, da organização.

Essa modificação na legislação antitruste brasileira, trazida à lume pela Lei nº 8.884/94, viabilizou a implantação de novas políticas de desenvolvimento, onde a participação do poder público estatal ficou mais restrita, ao passo que se ampliou a possibilidade de absorção do capital internacional e da participação das grandes concentrações internacionais empresariais no processo de desenvolvimento do País. Essa situação co-

---

<sup>249</sup> MALARD, Neide Terezinha. Cartel. In: **Estudos Introdutórios de Direito Econômico**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, 1996, p.65.

locou o Brasil diante dos novos padrões de associação empresarial das multinacionais.

Essa é a proposta que se apresentou ao País, e que se contrapôs se não ao fracasso, pelo menos as dificuldades de viabilização da implementação de uma política de crescimento com base na empresa estatal.

Recentemente foi aprovada a Lei nº 12. 529, de 30 de novembro de 2011, que revogou expressamente a Lei nº 8.884/94, e estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a Ordem Econômica. Referida lei trouxe grandes avanços no combate ao abuso do poder econômico.

No entanto, ainda permanece o grande desafio para o Brasil, que é exatamente esse: como a legislação antitruste de natureza nacional vai trabalhar a questão da viabilização da atividade dos processos de concentração (fusões e incorporações). Vale dizer que essas concentrações **não** possuem mais o caráter nacional, apresentando-se dentro de um novo panorama econômico de natureza internacional, fruto do próprio processo de globalização. Nesse sentido suscita-se uma crise na concepção jurídica clássica do Estado Nacional.

Destarte, as leis antitrustes são leis de natureza nacional. Passa-se por um processo de desenvolvimento interno não tanto de políticas de proposição interna, mas de políticas que refletem o quadro de comercialização e desenvolvimento internacional, o que acaba, indubitavelmente, por restringir e limitar o alcance da legislação antitruste brasileira.

O Estado nacional concorre na representação no cenário internacional com empresas multinacionais, ou melhor, transnacionais. Os agentes de representação internacional já não são mais apenas os Estados, mas também as próprias corporações econômicas industriais.

Elas têm representação internacional, independentemente do seu Estado de origem, chegando às vezes a conflitarem com estes. Cumpre salientar que a maioria das empresas que atuam no comércio internacional, não são multinacionais, uma vez que possuem sua sede em um único País, sendo, portanto, nacionais.

Todavia, é imprescindível dizer que são elas empresas transnacionais. É dizer, possuem filiais e fábricas em vários Países e dependem dos mercados externos para a colocação de seus produtos.

#### **4 Da intervenção indireta do Estado na ordem econômica**

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao dispor em seu art. 174 que:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.  
**§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.**

Fica, portanto, estabelecido que o Estado deve atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma prevista em lei infraconstitucional. Essa atuação estatal como agente normativo e regulador da economia deve ocorrer por meio da função de fiscalização, incentivo e planejamento.

Todavia, o planejamento será obrigatório para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Esse papel exercido pelo Estado como agente e regulador da economia é explicitado por Affonso Insuela nos seguintes termos:

[...] toma a si o encargo de atividades econômicas, passando a exercer, além das funções de manutenção da ordem jurídica, da soberania e segurança nacionais, outras que visem ao bem-estar social e ao desenvolvimento econômico. O intervencionismo visto sob o prisma do Direito Econômico, varia de intensidade, que pode ir da ação supletiva (intervenção branda) ao monopólio estatal (intervenção total). Segundo os doutrinadores, no chamado *neo-capitalismo*, essa intervenção se faz sentir pela legislação que protege a

sociedade dos abusos do poder econômico, através do que denominam *Direito Regulamentar Econômico* (espécie do Direito Econômico) comparecendo o Estado na atividade econômica para assumir as atividades demasiadamente onerosas ou desinteressantes para a iniciativa privada.<sup>250</sup>

Há um nítido caráter de excepcionalidade e de complementariedade que deve reger a atuação do Estado no direito econômico. Nesse particular, assevera Diógenes Gasparini:

todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.<sup>251</sup>

Pode-se afirmar que a hipótese contida no dispositivo constitucional sob comento não se consubstancia em uma intervenção estatal pura na economia, pois não tem o estado protagonizando uma atividade econômica.

Trata-se, sim, de uma intervenção indireta em que ele atua apenas como regulador da atividade econômica. Atua no sentido de garantir o livre mercado, de calibrar o seu funcionamento com vistas a repelir manipulações e distorções. Nesse exercício, pode o estado em situações excepcionalíssimas vir a implantar o tabelamento de preços, desde que dentro dos limites impostos pela lei<sup>252</sup>.

Outro exemplo de intervenção indireta do Estado na economia com a finalidade de garantir o respeito aos princípios constitucionais se dá por meio das agências reguladoras. Elas foram criadas como órgãos da administração indireta, cuja função é a de regular e controlar um ser-

---

<sup>250</sup> PEREIRA, AFFONSO INSUELA. *O Direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 249.

<sup>251</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 614

<sup>252</sup> Cf. VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 197.

viço público, um bem público ou uma atividade econômica. Sua função essencial reside na regulação<sup>253</sup>.

Elas foram concebidas sob uma forte influência do sistema americano, na década de 1990, e possuem como características principais a autonomia e a especialidade. Todavia, as agências brasileiras são distintas das agências americanas. Possuem natureza jurídica de autarquia dotada de regime especial.

Deve o Estado fiscalizar a economia, por meio do exercício do poder de polícia, com o fito de analisar se os agentes econômicos estão atuando dentro dos limites legais no exercício de suas atividades. Acentua Celso Bastos que “por seu intermédio objetiva-se manter a atividade privada dentro do estabelecido pela Constituição e pelas leis”<sup>254</sup>.

Incumbe, ainda, ao Estado, o mister de incentivador da economia, ou seja, deve ele estimular e ajudar a economia por meio da concessão de benefícios à iniciativa privada. Esses benefícios podem ser isenções tributárias e fiscais. Elucida Luís Carlos Barnabé que:

Na indução, o Estado cria estímulos ou sanções para induzir o comportamento dos agentes econômicos, incentivos fiscais ou, por exemplo, punições de ordem tributária ou administrativa. Para desestimular atividades, pode, por exemplo, elevar o imposto de importação, como reserva de mercados para produtores legais, ou vice-versa, oferecendo reduções de impostos para investimentos em determinados setores, política vertical, ou crédito e juros subsidiados, ou ainda, assistência técnica gratuita, como é o caso da agricultura.<sup>255</sup>

O ente estatal também tem a função de planejamento na economia que será determinante para o setor público e indicativo para o setor pri-

<sup>253</sup> Cf. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. “As agências reguladoras no Brasil e seu poder normativo em homenagem ao Prof. Ney Prado”. In. **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limitações: homenagem ao Prof. Ney Prado**. São Paulo: LTr, 2010, p. 168.

<sup>254</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.p. 262.

<sup>255</sup> ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé. **Introdução ao direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2012, p. 286.

vado. Não há que se negar que a ideia de planejamento na economia é própria dos sistemas socialistas, mas não foi esse o intuito da norma constitucional em apreço. O planejamento econômico deve ser entendido aqui como racionalização. A ideia é de um planejamento global e orientativo, funcionando com uma espécie de marco para os agentes econômicos.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido que:

A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da República (art. 1º da CF/1988). Nesse sentido, confira-se abalizada doutrina: As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social. A intervenção está, substancialmente, consagrada na CF nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (*RPGE*, 32:71) que “O instituto da intervenção, em todas suas modalidades encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos

permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado”. Pela intervenção o Estado, com o fito de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF), pode restringir, condicionar ou mesmo suprimir a iniciativa privada em certa área da atividade econômica. Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que “As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (GASPARINI, Diógenes. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. p. 629/630, cit., p. 64). O STF firmou a orientação no sentido de que “a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor RE 422.941, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 24-3-2006).<sup>256</sup>

Constata-se que a Constituição de 1988 consagrou uma ordem econômica fundamentada na livre iniciativa, livre concorrência e na propriedade privada, contudo conferiu ao Estado a competência de intervir no

---

<sup>256</sup> Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 632. 644**, Relator Ministro Luiz Fux, j. 10-4-2012, 1ª T, *DJE* de 10-5-2012.

domínio econômico em determinadas situações expressamente contempladas em seu texto com a finalidade de garantir a aplicação dos princípios por ela albergados.

## Conclusão

A Constituição de 1988 conferiu um título próprio para tratar da ordem econômica, elencando pormenorizadamente os princípios que regem a atividade econômica do País. Privilegiou a economia de mercado fundada nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, mas não de forma ilimitada, pois condiciona a sua aplicação à proteção da dignidade da pessoa humana e aos ditames da justiça constitucional<sup>257</sup>.

Possibilita, ainda, ao Estado, a intervir na economia com a finalidade de garantir os imperativos de segurança nacional e interesse público, bem como evitar e reprimir condutas que provoquem distorções no livre mercado e configurem abuso do poder econômico. Ademais, impõe ao ente estatal o mister de agente regulador, fiscalizador e planejador da atividade econômica.

Isso, todavia, não está a significar a imposição de uma intervenção forte do Estado na economia, como ocorre nos regimes socialistas. Pelo contrário, busca a Constituição apenas assegurar condições igualitárias no mercado, incumbindo ao Estado o papel de regular a atividade econômica.

Ademais, após a promulgação da Constituição de 1988, buscou-se redefinir o papel exercido pelo Estado na economia, alterando-se inclusive a atuação da Administração Pública, por meio de implantação de políticas de desburocratização, descentralização e transparência. Também houve um aumento significativo da participação da sociedade e do incentivo à consolidação de parcerias com a iniciativa privada.

Houve uma flexibilização da atuação da Administração Pública com a finalidade de obter maior eficiência no seu desempenho, bem como

---

<sup>257</sup> Cf. SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed., Port alegre: Livraria do advogado, 2007.

maior participação da sociedade conferindo maior legitimidade e transparência. De igual modo deu-se a implantação de uma política de desestatização que ocorreu dentro do âmbito do papel exercido pelo Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, com a finalidade de oferecer maiores condições para o desenvolvimento do País.

Tem-se, pois, que a intervenção do Estado na economia é necessária em determinadas situações, mas somente pode ocorrer dentro dos limites impostos pela Constituição Federal de 1988.

Cabe ao Estado a difícil tarefa de regulamentar e normatizar a implementação de políticas econômicas voltadas para a competitividade, e ao mesmo tempo coibir suas possíveis consequências negativas. Vale dizer que um dos grandes papéis do Direito consiste em submeter a economia aos princípios éticos e à moralidade pública e administrativa.

## CAPÍTULO 8

### **Atividade Regulatória e Controle: impactos e desenvolvimento de um ambiente de governança regulatória<sup>258</sup>**

*Bruno Dantas*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objeto de análise a atividade regulatória e a atividade de controle. Tais aspectos são abordados considerando a complexidade do ambiente no qual se insere a Administração Pública, assim como a partir da reflexão acerca da flexibilidade na realização da atividade pública, atuando de acordo com a lógica regulatória, com o objeto de enfrentar os diversos desafios contemporâneos. Assim, examina-se como o controle deve acompanhar as transformações da Administração Pública, apresentando segurança jurídica no desenvolvimento de um ambiente de governança.

**Palavras-Chave:** Atividade regulatória. Atividade de controle. Governança regulatória.

### **1 Introdução**

Atualmente, é razoavelmente aceita a máxima de que “instituições importam” quando se discutem os elementos que propiciam o desenvolvimento de um país.

---

<sup>258</sup> Agradeço ao auditor federal Frederico Dias que, em uma versão anterior deste capítulo publicada em coautoria conosco forneceu importantes observações e comentários.

Em seu livro “Por que as nações fracassam”<sup>259</sup>, Daron Acemoglu e James Robinson demonstram que são as instituições políticas e econômicas que levam os países ao êxito ou ao fracasso econômico. E mais, o processo político e as instituições políticas ditam que tipo de instituições econômicas o país terá, transmitindo confiança e estabilidade aos empreendedores. Os autores indicam ainda que a probabilidade de os países desenvolverem instituições adequadas é maior quando eles contam com um sistema político pluralista e aberto, com disputa de cargos políticos, controle dos políticos pelos cidadãos e responsabilidade do governo.

Ao apresentar os resultados de pesquisa envolvendo dados de vinte países a respeito dos últimos duzentos anos, Thomas Piketty sustenta que nações pobres se aproximam das mais ricas na medida em que alcançam o mesmo nível de desenvolvimento tecnológico, de qualificação de mão de obra, de educação. E esse processo é acelerado, sobretudo, pela capacidade desses países de mobilizar os financiamentos e as instituições que permitam investir vastos montantes na formação de seu povo, tudo isso sob as garantias de um contexto jurídico para os diferentes atores. Ele está, portanto, intimamente relacionado ao processo de construção de uma potência pública (um governo) legítima e eficaz<sup>260</sup>.

Em outra vertente, e apresentando pesquisa acerca das razões do baixo crescimento no Brasil, Marcos Mendes defende que não é possível que o país cresça a taxas elevadas apoiado, entre outros elementos, em precária infraestrutura (de transportes, energia e comunicações), com trabalhadores de baixa qualificação, com gastos públicos em ritmo insustentável de crescimento, com sistema judicial emperrado e taxas de juros muito acima da média internacional<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**. As origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

<sup>260</sup> PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2014.

<sup>261</sup> MENDES, Marcos. **Por que o Brasil cresce pouco?: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro**. Elsevier Brasil, 2017.

O enfrentamento de todas essas questões envolve desenho institucional, decisões governamentais e políticas públicas – temas com os quais a atividade de controle da Administração Pública tem muito a contribuir, direta ou indiretamente. É fundamental o papel do controle de induzir o aperfeiçoamento da governança pública, a melhoria da qualidade na prestação dos serviços públicos, a manutenção da segurança jurídica, a estabilidade das instituições e a integridade nas relações travadas entre Estado e sociedade.

Dentro da temática de desenvolvimento, o aperfeiçoamento da atividade de regulação estatal é um dos aspectos-chave para a criação de um ambiente de negócios favorável. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhece que a regulação é uma das alavancas fundamentais pelas quais os governos agem para promover a prosperidade econômica, melhorar o bem-estar e buscar o interesse público e que, se bem elaborada, pode gerar benefícios sociais e econômicos que superam seus custos, contribuindo para o bem-estar social<sup>262</sup>.

A atividade regulatória se realiza como intervenção estatal na economia, ocorrendo diretamente ou indiretamente. Dentre os diversos sentidos que esse vocábulo detém, entende-se que a atividade regulatória é exercida por meio de edição de normas, implementação dessas normas e fiscalização do cumprimento dessas mesmas normas, por meio de intervenção estatal indireta.

Assim sendo, superando os debates acerca da intervenção estatal na economia, assim como identificando a importância de se analisar não apenas a quantidade de intervenção, mas destacadamente a qualidade dessa intervenção, a análise acerca da atividade regulatória exige a reflexão sobre diversos aspectos, dentre esses o ambiente social, político e econômico existente, o sistema jurídico vigente, assim como a ideia de governança.

---

<sup>262</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Paris, 2012.

Considerando a atualidade e a complexidade dos aspectos relacionados à atividade regulatória, as instituições de controle se apresentam como protagonistas na avaliação da qualidade da regulação, destacadamente quando se examinam seus impactos seja na atividade pública, seja na atividade privada, assim como no desenvolvimento de um ambiente de boa governança regulatória.

Neste trabalho, dá-se enfoque sobre o papel do controle no aprimoramento das instituições públicas, em particular da governança regulatória. Inicialmente, analisa-se o posicionamento da Corte de Contas como ator relevante para o aprimoramento das instituições e a evolução da atividade de controle nas últimas décadas, trajetória que se assemelha às transformações por que passou a própria Administração Pública Federal.

Em seguida, aborda-se o controle externo da regulação, destacando, em especial, o papel do Tribunal de Contas da União no aperfeiçoamento da governança regulatória.

## 2 O Papel do Controle para o Aprimoramento das Instituições

Em virtude das prerrogativas e das garantias que lhes foram atribuídas pela Constituição Federal de 1998, os órgãos de controle<sup>263</sup> posicionam-se como peças-chave para o desenvolvimento das instituições.

Conforme já assentamos em outra oportunidade<sup>264</sup>, a história política da humanidade é a história da luta dos membros da coletividade contra os detentores do poder. Por razões práticas, o exercício do po-

---

<sup>263</sup> Para fins desse capítulo, as expressões “controle público”, “controle da Administração Pública” e “órgãos de controle” devem ser compreendidas como relacionadas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, e às instituições responsáveis por essa atividade, sob uma perspectiva técnica, mais precisamente os órgãos de controle interno mencionados no art. 74 da CF/88 e, especialmente, os Tribunais de Contas.

<sup>264</sup> DANTAS, Bruno; DIAS, Frederico. O TCU está para a Lei de Responsabilidade Fiscal assim como o STF está para a Constituição Federal. In: COÊLHO, Marcus V. F.; ALLEMAND, Luiz C.; ABRAHAM, Marcus. **Responsabilidade Fiscal: análise da Lei Complementar nº 101/2000** – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016. p. 102.

der está condicionado ao desenvolvimento da organização estatal a fim de que possam ser cumpridas suas funções. Assim, o governo pode ser conceituado como o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político: legislativa, jurisdicional e executiva<sup>265</sup>.

Traçados os fins que devem ser buscados pela atividade estatal, caberá à atividade financeira do Estado obter os recursos necessários, geri-los e gastá-los para satisfazer os interesses da população<sup>266</sup>. O orçamento público surge, então, como um dos principais mecanismos para o exercício das funções estatais, constituindo-se como principal documento de políticas públicas do governo<sup>267</sup>. Ao mesmo tempo, é forma de contenção de gastos perdulários com despesas dissociadas dos interesses coletivos e possibilita a fiscalização financeira dos governantes. Não é por outra razão que, desde sua origem, o orçamento está intimamente relacionado ao controle exercido pelo parlamento sobre os planos propostos pelo Poder Executivo<sup>268</sup>.

Como a atuação estatal se dá por meio de agentes e órgãos, concluímos que, na maioria das vezes, incumbe a terceiros – e não ao povo, titular do poder político – exercer o poder e gerir os recursos necessários para a realização da atividade estatal. O modelo republicano atenua esse problema, porquanto os agentes estatais ficam obrigados a prestar contas sobre como exercem o poder e gerem os recursos (*a res publica*).

---

<sup>265</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 107.

<sup>266</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.

<sup>267</sup> ABRUCIO, Fernando L.; LOUREIRO, Maria R. Finanças públicas, democracia e accountability: debate teórico e o caso brasileiro. In: ARVATE, Paulo R.; BIDERMAN, Ciro. **Economia do setor público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2004. p. 75-102.

<sup>268</sup> NÓBREGA, Marcos. Orçamento, Eficiência e Performance Budget. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

O controle público origina-se, portanto, a partir do risco de que a atuação dos governantes possa estar em desacordo com a vontade primordial dos governados. Tal dissenso de vontades se assemelha ao que se entende por “conflito de agência”, que surge quando há divergência de interesses entre administradores (agentes) e proprietários (principal) nas organizações em geral. No âmbito do setor privado, a governança corporativa se destina a proteger os acionistas (principal), em especial os minoritários, dos eventuais desmandos da alta cúpula gerencial (agentes). Na esfera pública, a sociedade (principal) faz o papel dos acionistas e os gestores públicos (agentes) se equiparam ao corpo gerencial das empresas, na medida em que recebem da sociedade o poder para gerenciar os recursos arrecadados e devolvê-los na forma de serviços<sup>269</sup>.

Além de disporem de certa autonomia na gestão dos recursos públicos, os gestores (agentes) detêm mais informações sobre o que de fato ocorre na gestão do que a sociedade (principal), conformando o que se entende por assimetria informacional ou abismo informacional<sup>270</sup> – uma das principais molas propulsoras do conflito de agência.

Em virtude desse conflito, vislumbram-se dois tipos de problemas, ambos indesejáveis sob a óptica de um Estado Republicano e Democrático. Em primeiro lugar, o risco de desalinhamento entre a condução da coisa pública e os anseios da sociedade. Para controlar esse tipo de risco, os cidadãos precisam de informações fornecidas pelos agentes estatais (direito à informação). Nesse contexto, surge um segundo tipo de risco, o de que haja alguma disparidade entre o que está sendo informado e o que foi ou está sendo efetivamente realizado.

---

<sup>269</sup> NARDES, João Augusto Ribeiro. O controle externo como indutor da governança em prol do desenvolvimento. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, ano 45, n. 127, p. 16-19, maio/ago. 2013.

<sup>270</sup> ALBUQUERQUE, João Henrique Medeiros. et al. Um estudo sob a óptica da teoria do agenciamento sobre a accountability e a relação Estado-sociedade. In: **Congresso USP de Controladoria e Contabilidade**, 7., 2007. São Paulo: USP, 2007. p. 26-39.

Como mediadora do conflito de informação entre Estado e sociedade, surge a figura da *accountability*<sup>271</sup> com os atributos de transparência, clareza e tempestividade da informação, no intuito de aproximar os dois polos dessa relação de agência<sup>272</sup>. Os sistemas democráticos encontram fundamento na *accountability*, já que a informação é um pressuposto básico da transparência dos negócios públicos em uma verdadeira e legítima democracia. Sem informações adequadas a respeito da gestão pública, os cidadãos ficam privados de realizar julgamentos adequados a respeito dos atos praticados por seus governantes<sup>273</sup>.

Tanto o controle interno quanto os Tribunais de Contas podem ser considerados agências de *accountability* na área das finanças públicas, mais especificamente *accountability* horizontal<sup>274</sup>. De qualquer forma, essa fiscalização propicia melhores condições para o exercício do controle social (*accountability* vertical), uma vez que a qualidade da informação é fator preponderante para que qualquer participação ativa da sociedade possa ser efetiva. Esses órgãos contribuem, portanto, para atenuar o conflito de agência, promovendo valores republicanos e aprimorando o regime democrático<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> A *accountability* pode ser entendida como a obrigação que têm as pessoas às quais se tenham confiado recursos de assumir responsabilidades, de ordem fiscal, gerencial e programática, por seus atos e omissões e de, voluntariamente, informar a quem lhes delegou a responsabilidade por meio da prestação de contas. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública/Tribunal de Contas da União. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. 80 p.)

<sup>272</sup> ALBUQUERQUE, João Henrique Medeiros. et al. Op cit.,

<sup>273</sup> NAKAGAWA, Masayuki; RELVAS, Tânia Regina Sordi; DIAS FILHO, José Maria. *Accountability: a Razão de ser da Contabilidade*. **Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade** – REPEC, Brasília, v. 1, n. 3, art. 5, pp. 83-100, setembro/dezembro, 2007.

<sup>274</sup> Conforme definição apresentada à nota 4.

<sup>275</sup> Na França, encara-se *La Cour des Comptes* como “instituição auxiliar da democracia”, exatamente em virtude desse papel de prestar informações à cidadania a respeito da condução dos assuntos de interesse público, permitindo aos cidadãos e seus eleitos efetuar, com conhecimento de causa, as escolhas que atendem ao povo soberano. (WILLEMANN, Marianna M. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil*.- Belo Horizonte: Fórum, 2017.)

Ao examinar a Constituição de 1988, Ricardo Lobo Torres apresenta como grande novidade a previsão de controles da “legalidade, legitimidade<sup>276</sup> e economicidade<sup>277</sup>”, uma vez que, anteriormente, só se mencionava o controle formal de legalidade. O autor reforça a relevância dessa inovação associando-a com a relação entre direitos fundamentais e finanças públicas:

Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com os diversos aspectos das finanças públicas.

[...]

Cabendo ao Tribunal de Contas, de acordo com o art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, segue-se que passa

---

<sup>276</sup> A verificação quanto à legitimidade diz respeito a avaliar se o ato controlado realiza o direito fundamental que lhe é subjacente na medida e na profundidade exigida pela Constituição. (Cf CASTRO, José Ricardo Parreira de. **Ativismo de Contas – Controle das Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Jam Jurídica, 2015. p. 161.). Significa proceder à investigação dos elementos ideológicos e teleológicos do ato praticado pelo administrador, possibilitando a identificação de eventuais desvios de finalidade ou de poder, de fraude à lei ou de ações contrárias aos princípios do direito, especialmente, ao interesse público. (Cf MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 294.)

<sup>277</sup> O vocábulo economicidade se vincula, finalisticamente, no plano da ciência econômica e da teoria geral da administração, à idéia fundamental de desempenho qualitativo. Como parâmetro de controle permite avaliar, portanto, a obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. (Cf BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 210). A ideia de controle de economicidade é fazer com que a Administração utilize os dinheiros públicos de forma racional, buscando uma otimização que produza o melhor benefício ao menor custo, com atendimento dos princípios da legalidade e da legitimidade, tendo em conta o fator de eficiência. (Cf MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 296.)

ele a exercer papel de suma importância no controle das garantias normativas ou principiológicas da liberdade, ou seja, no controle da segurança dos direitos fundamentais.<sup>278</sup>

Embora não seja unívoco e isento de disputas o sentido de economicidade e legitimidade como parâmetros de controle, é certo que a inclusão desses termos no texto constitucional alarga, em alguma medida, o controle exercido sobre os atos da Administração Pública. Ou seja, ainda que determinada escolha pública esteja dentro das balizas legais, poderá a Corte de Contas ou mesmo o controle interno avaliarem a sua razoabilidade em face dos princípios da legitimidade e da economicidade. De qualquer forma, continua preservado o espaço de decisão do gestor, não podendo o controlador substituir as opções administrativas pelas suas próprias preferências.

Além dos novos parâmetros de controle, a Constituição trouxe a possibilidade de realização de auditorias de natureza operacional, as quais agregam dimensões de desempenho ao controle exercido pelo Tribunal de Contas<sup>279</sup>. Com isso, o controle não mais se restringe a zelar pelas finanças e pelo patrimônio público, voltando seus olhos também para o aperfeiçoamento das instituições administrativas<sup>280</sup>.

Com efeito, o desenho institucional que emerge da Constituição Federal favorece uma atividade de controle mais abrangente, a qual, sem descuidar da análise da regularidade dos atos do poder público, agrega novas dimensões do controle, de cariz finalístico, com foco em resulta-

---

<sup>278</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op cit.,.

<sup>279</sup> Constituição Federal, art. 70, caput, e art. 71, inciso IV. A auditoria operacional é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. Enquanto a eficácia relaciona-se ao grau de alcance das metas programadas (bens e serviços), a efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo. Cf BRASIL. TRIBUNAL, DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de auditoria operacional**. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2010.

<sup>280</sup> MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 287.

dos. Espera-se tanto coibir fraudes quanto aprimorar a governança e as políticas públicas<sup>281</sup>.

### 3. Evolução da Atividade de Controle para uma Abordagem Finalística

Podemos considerar que a trajetória do controle externo<sup>282</sup> acompanhou os movimentos experimentados pela Administração Pública e pelo próprio Estado brasileiro.

Numa primeira fase, o controle assumia ares formalísticos, quase “cartoriais”, de mera legalidade. De maneira geral, realizavam-se análises documentais e se verificava essencialmente o atendimento a formalidades e o cumprimento estrito da lei. O TCU era um órgão preponderantemente burocrático, de registro contábil e apostilamento de informações oficiais.

Hoje, é praticamente inconcebível uma fiscalização ater-se apenas ao crivo de estrita legalidade. Mesmo em análises de conformidade, procura-se apreciar contratações e execuções contratuais de modo mais abrangente, superando a mera análise formal<sup>283</sup>.

---

<sup>281</sup> No Mapa Estratégico do TCU (2015-2021), acolhe-se a Missão de “Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo” e os seguintes resultados: (i) aprimorar a governança e a gestão em organizações e políticas públicas; (ii) coibir a má gestão dos recursos públicos; e (iii) fomentar a Administração Pública transparente. No nível tático, são adotadas as seguintes diretrizes para os anos de 2017 e 2018: combate a fraude e corrupção; avaliação da eficiência e da qualidade dos serviços públicos; avaliação de resultados de políticas e programas públicos; e promoção da transparência. (Brasil. Tribunal de Contas da União. Planos de controle externo e de diretrizes do Tribunal de Contas da União: vigência abril de 2017 a março de 2019 / Secretaria-Geral da Presidência, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, Secretaria-Geral de Controle Externo. – Brasília : TCU, Segepres, 2017). No mesmo sentido, o Mapa Estratégico da Controladoria-Geral da União (2016-2019) estabelece como missão: “Promover o aperfeiçoamento e a transparência da Gestão Pública, a prevenção e o combate à corrupção, com participação social, por meio da avaliação e controle das políticas públicas e da qualidade do gasto.”

<sup>282</sup> Tomando por base o âmbito federal, ante a evolução experimentada pelo Tribunal de Contas da União.

<sup>283</sup> CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da administração pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995.

Paulatinamente, o que se observou foi uma evolução do controle em dois sentidos distintos. No primeiro deles, as fiscalizações dirigem sua lupa para o controle de economicidade, mas ainda numa ótica de conformidade. Essa vertente evoluiu rumo a um controle de caráter mais finalístico, em que se avaliam, por exemplo, empreendimentos de infraestrutura não só sob a ótica de custos, mas também de sua funcionalidade. Vale dizer, sem abandonar o exame da regularidade de preços contratados, o escopo das auditorias acrescenta uma análise acerca da obra dentro do contexto do alcance das políticas públicas a que se destina, possibilitando uma visão mais ampla dos resultados perseguidos por aquele grupo de investimentos<sup>284</sup>.

O segundo sentido de evolução do controle a que nos referimos se deu a partir do desenvolvimento de auditorias de natureza operacional, tendo como parâmetro de controle principal a eficácia da ação estatal. Surgem, então, trabalhos voltados à avaliação de programas governamentais e modelos regulatórios de serviços públicos, realizados a partir das mais modernas técnicas utilizadas por entidades fiscalizadoras superiores em outros países.

---

<sup>284</sup> Nos termos do voto condutor do Acórdão 1.299/2015-TCU-Plenário: “7. Conforme explanei em outra oportunidade, o sucesso de uma política pública extrapola a mera execução da obra, pois é função do efetivo benefício social que se pretende alcançar. Vale dizer, quando a sociedade não usufrui daquele bem, o resultado é idêntico ao da sua não existência : são recursos públicos desperdiçados.

8. Por isso, o controle volta-se não apenas para a construção da rodovia em si, mas também à sua integração com os demais modais de transporte responsáveis pelo escoamento da safra de grãos rumo à exportação. Amplia-se, nesse exemplo, o objeto de fiscalização para todo o corredor logístico globalmente considerado.

9. Nas obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco, para citar mais um exemplo, a lupa da auditoria desloca-se dos detalhes de determinado contrato para o exame de todo o subsistema hídrico – o que engloba, além das adutoras principais, seus respectivos ramais e barragens, todos conjuntamente necessários para que os recursos hídricos atinjam, de fato, os destinatários do programa.

10. Afinal, de nada adiantaria uma usina desprovida da linha de transmissão correspondente; ou a construção de uma estação de tratamento sem o respectivo sistema de adução que conduza a água até ela.”

Nesse caminho, o foco do controle desloca-se dos meios para os resultados da ação estatal e para o mapeamento de pontos críticos que merecem intervenção seletiva, com vistas ao aprimoramento da gestão.

É interessante observar como a transição de um controle voltado a aspectos formais para um controle finalístico, com foco nos resultados da ação estatal, está intimamente relacionada à transformação de paradigmas por que passou a Administração Pública nos últimos anos, em que o aparelho de Estado deixa de ser eminentemente burocrático para incorporar cada vez mais características e instrumentos de caráter gerencial.

Conforme argumento desenvolvido no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, a Administração Pública gerencial caracteriza-se por apresentar controle voltado mais aos resultados (fins) do que aos processos (meios)<sup>285</sup>. Nos quadros desse paradigma, o TCU desenvolveu ações de controle mais sofisticadas, finalísticas, de natureza operacional, as quais buscam verificar se as metas e os objetivos estão sendo ou não alcançados<sup>286</sup>.

Recentemente, sob uma perspectiva mais ampla, percebeu-se que não se deve restringir a noção de resultados aos produtos imediatos e ao cumprimento de metas numéricas de insumos despendidos. A finalidade última da ação estatal é o bem estar das pessoas. Esse é o resultado que deve ser buscado pela Administração Pública – e também pelo controle. Por isso, a atenção dos órgãos de controle tem se voltado, cada vez mais, para o aprimoramento do aparelho de Estado visando atingir a sociedade e melhorar a vida de seus cidadãos. Destaque-se, a propósito, a tônica dada pelo TCU no seu Mapa Estratégico ao adotar como mis-

---

<sup>285</sup> BRASIL, Presidente. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

<sup>286</sup> Manifestação de Benjamin Zymler, Ministro do Tribunal de Contas da União, em Seminário Internacional organizado pelo Instituto Helio Beltrão em setembro de 2001. SEMINÁRIO INTERNACIONAL: DEBATES E TRABALHOS APRESENTADOS EM BRASÍLIA. Setembro de 2001. **Quem controla as agências reguladoras de serviço público?** Brasília: IHB, 2003. 400p. p. 46.

são “Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo”.

É importante atentar para isto: por trás de expressões como “interesse público primário” e “bem-estar da sociedade” e de estratégias como “políticas públicas” e “desenvolvimento sustentável” está o cidadão como causa primeira e finalidade última da ação estatal. É sintomático que, ao recentemente anunciar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), as Nações Unidas deixam claro que aquele conjunto de objetivos e metas universais e transformadoras pretende-se “abrangente, de longo alcance e centrado nas pessoas”.

Seja dando estabilidade e segurança jurídica, seja intervindo nas relações sociais e econômicas, é papel do Estado propiciar às pessoas as condições para a melhoria da qualidade de vida e a ampliação das oportunidades de desenvolverem suas potencialidades. Sendo assim, é possível perceber por meio de diferentes abordagens que aprimorar o aparelho de Estado e aperfeiçoar suas instituições são formas de contribuir para que as pessoas tenham uma melhor qualidade de vida.

Ainda dentro do contexto das auditorias operacionais, o controle tem se desenvolvido para avaliar a governança de políticas públicas, órgãos e entidades e centros de governo. Considerando o papel do Estado na qualidade de promotor de desenvolvimento, transformação social e bem-estar, a governança compreende a estrutura empreendida para garantir que esses resultados sejam definidos e alcançados. O controle devidamente voltado a essa questão pode colaborar para o aumento da governança e a maximização da capacidade de alcance de resultados, refletindo na melhoria da administração pública e na entrega de serviços que atendam às reais expectativas dos cidadãos<sup>287</sup>.

Analisando aspectos relacionados à segurança e à credibilidade, é relevante destacar o papel dos Tribunais de Contas como garante da verdade fiscal e afiançador dos números apresentados pelo setor público. O desenvolvimento do país exige a paulatina construção de um am-

<sup>287</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial para Avaliação da Governança do Centro de Governo**. Brasília: TCU, 2016.

biente estável, confiável, transparente e favorável ao investimento. A fidedignidade das informações prestadas é pressuposto essencial para o estabelecimento de qualquer relação de confiança, permeada por comportamento íntegro e boas práticas de *compliance*. Num contexto de crise fiscal e global como o que vivemos, a atividade de fiscalização assume o importante papel institucional de transmitir confiança para a sociedade<sup>288</sup> e credibilidade ao governo perante os investidores. Assegurando a fidedignidade e a qualidade das informações relacionadas às finanças governamentais, o controle externo favorece o desenvolvimento de um ambiente *accountable* e dá credibilidade ao país. Afinal, “informações financeiras confiáveis constituem o pilar da boa governança das finanças públicas”<sup>289</sup>.

Destacadamente, outra relevante linha de atuação do TCU, dessa vez como fator de segurança, diz respeito ao controle da atividade regulatória<sup>290</sup>. É reconhecida a essencialidade da boa governança regulatória com vistas a criar as bases para a atração de investimentos privados que financiem o aperfeiçoamento da infraestrutura nacional. De se notar que o papel do controle dissocia-se da função do regulador, uma vez que o primeiro não atua diretamente formulando políticas regulatórias ou direcionando a regulação, mas sobretudo fiscaliza a atuação das agências em face de suas competências legais, de modo que estas não ultrapassem os marcos legais do setor.

---

<sup>288</sup> CEDRAZ, Aroldo; DUTRA, Tiago Alves de Gouveia Lins. Credibilidade dos governos, papel das EFS e boas práticas internacionais de auditoria financeira. **Revista do TCU**, n. 129, p. 38-49, 2014.

<sup>289</sup> DUTRA, Tiago Alves de Gouveia Lins; CHAMPOMIER, Jean-Michel. A função de auditoria financeira em Tribunais de Contas: as perspectivas do TCU e a experiência da Corte de Contas da França. **Revista do TCU**, n. 130, p. 70-81, 2014.

<sup>290</sup> Nos próximos anos, é razoável prever o aprofundamento de um modelo de maior participação do setor privado nos investimentos direcionados a grandes empreendimentos, uma vez que, num ambiente de crise fiscal e reequilíbrio das contas públicas, o desenvolvimento da infraestrutura dependerá da ampliação das concessões. Acompanhando esse movimento de reestruturação da atuação governamental, o controle externo também precisa se readaptar: em vez de fiscalizar as obras os atos de controle passam a ser realizados sobre os reguladores. Vale dizer, controla-se a função de regular, que também é controle. Por isso, fala-se em “controle de segunda ordem”.

O objetivo do controle não é outro senão o de garantir regularidade, transparência e auditabilidade aos atos das agências. Cabe ressaltar que, ao reduzir eventuais riscos de captura do regulador, o Controle Externo cria condições necessárias para estabilidade das regras, o correto cumprimento dos contratos e a eficiência da regulação<sup>291</sup>.

Seja corrigindo rumos, seja avaliando resultados e recomendando melhorias, seja funcionando como elemento de estabilidade e credibilidade, o controle cumpre seu papel de aperfeiçoar as instituições em geral e a Administração Pública em particular. Com isso, em última instância, contribui para propiciar maior bem estar às pessoas.

#### **4. Controle da Regulação e Aprimoramento da Governança Regulatória**

O desenvolvimento do controle público rumo a uma abordagem mais finalística é algo evidente.

Ainda existem diversos desafios no exercício da atividade de fiscalizar uma Administração Pública condicionada por um ambiente complexo: escassez de recursos; altas demandas de cidadãos por serviços públicos que atendam, com eficiência, a seus direitos fundamentais; necessidade de investimentos em infraestrutura; instabilidades e incertezas dos valores que permeiam uma sociedade plural.

Neste ambiente complexo, está inserida a atividade regulatória exercida pelo Estado, cuja relevância tem se ampliado consideravelmente, em especial ante as necessidades prementes de aumentar a competitividade do mercado, prover infraestrutura adequada ao desenvolvimento da economia e oferecer à população serviços públicos de maior qualidade – tudo isso no meio de uma grave crise fiscal. Esse contexto exige a criação de um quadro institucional que transmita credibilidade e

---

<sup>291</sup> COUTINHO, Maria do Amparo; GOMES, Marcelo Barros; WANDERLEY, Mauricio Albuquerque. 10 Anos de Controle Externo da Regulação de Serviços Públicos. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regulação de serviços públicos e controle externo**/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

segurança a investidores e usuários, compondo um ambiente de negócios favorável às transações entre os agentes econômicos e aos investimentos privados.

A regulação pode ser compreendida como uma espécie de intervenção estatal, porém indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais<sup>292</sup>. Distingue-se dos modos clássicos de intervenção, por se limitar a supervisionar o jogo econômico: estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação, o Estado passa de ator a árbitro do processo econômico, enquadrando a atuação dos operadores e harmonizando suas ações<sup>293</sup>. A implantação da função regulatória pressupõe “uma posição de exterioridade relativamente ao jogo econômico, uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo e uma ação contínua a fim de proceder aos ajustes necessários<sup>294</sup>.”

Em sentido amplo, a regulação envolve a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar as práticas privadas desejáveis e reprimir aquelas incompatíveis com a realização dos valores relevantes. As políticas regulatórias envolvem, inclusive, a aplicação jurisdicional do direito, considerando que o Estado Regulador atua preponderantemente pela via normativa<sup>295</sup>.

Da perspectiva da função administrativa, podemos considerar que a atividade regulatória está associada à intervenção indireta do Estado-administração realizada com a finalidade de implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção

---

<sup>292</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 75.

<sup>293</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

<sup>294</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 73.

<sup>295</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. Dialética. 2002. p. 40.

de falhas de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a melhor tutelar a eficácia dos direitos fundamentais<sup>296</sup>.

Um processo de regulação implica várias fases das quais se destacam a formulação das orientações da regulação, a definição e operacionalização das regras, a implementação e aplicação das regras, o controle da aplicação das regras, o sancionamento dos transgressores e a decisão nos recursos<sup>297</sup>.

Dado que a nova ordem globalizada exige compromisso com a manutenção de regras (segurança jurídica) e contratos de longo prazo, a adoção de um padrão estatal regulatório justifica-se na medida em que, embora ceda capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas, o governo acaba obtendo em troca credibilidade<sup>298</sup>.

O foco do controle público sobre o aprimoramento da Administração Pública em benefício da sociedade faz com que a atividade regulatória não escape de suas lentes. Nesse tema, a atuação do Tribunal de Contas da União objetiva assegurar regularidade e transparência aos atos das agências reguladoras a fim de evitar que tais entidades se distanciem dos limites impostos por lei ou de que divirjam de suas missões institucionais. Ademais, o controle externo dos reguladores, idealmente, é uma forma de fortalecimento do próprio ambiente regulatório, podendo ensejar o aumento da credibilidade de compromissos assumidos<sup>299</sup>.

---

<sup>296</sup> FREITAS, Juarez. Teoria da regulação administrativa sustentável. **Revista de Direito Administrativo**, v. 270, p. 117-145.

<sup>297</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001 apud GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 96.

<sup>298</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade**. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 97.

<sup>299</sup> DOURADO, Rodolfo Maciel. **O controle externo sobre as agências reguladoras de Estado: limites e (im)possibilidades**. 2011. 151f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Rio de Janeiro, 2011. p. 141. No mesmo sentido, defende-se que o TCU criou sistema de controle de processos de desestatização que, em geral, tem contribuído para o desenvolvimento e solidificação de melhores práticas em matéria de concessões. ROSILHO, André Janjacom. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de**

Está a cargo do controle analisar os fundamentos jurídicos, econômicos e financeiros contidos nos estudos técnicos empreendidos pelos reguladores. Havendo falhas, ilegalidades, irregularidades ou inconsistências, cumpre determinar ou recomendar correções. Essas determinações ou recomendações, em vez de ensejar insegurança, aumentariam a confiança de usuários, concessionários e poder público na regulação. Nesse modelo, as escolhas regulatórias – metodologias, técnicas e objetivos – são de competência exclusiva dos órgãos reguladores, cabendo ao controle averiguar se tudo foi feito conforme proposto, se houve erro nos cálculos ou no emprego das metodologias e se foram obedecidos os princípios constitucionais e legais que norteiam a atuação da administração pública<sup>300</sup>.

Além dos atos administrativos em si, um dos focos do controle volta-se ao aprimoramento da governança e da qualidade regulatória.

A ideia de governança pode ser traduzida por um “sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sociedade, alta administração, servidores ou colaboradores e órgãos de controle”. Assim, a boa governança pública tem como propósitos conquistar e preservar a confiança da sociedade, por meio de conjunto eficiente de mecanismos, a fim de assegurar que as ações executadas estejam sempre alinhadas ao interesse público<sup>301</sup>.

Aplicando-se essas definições à atividade regulatória, é interessante destacar, em especial, três pilares para caracterizar uma boa governança: legitimidade, eficiência e *accountability*:

No âmbito da regulação, é possível afirmar que a “governança regulatória” significa a busca por instrumentos de

---

**Contas da União.** 2016. 358f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 244.

<sup>300</sup> MACIEIRA, Leonardo dos Santos. O problema da regulação e a competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União sobre as atividades-fim dos órgãos reguladores. **Revista do TCU**, n. 110, p. 71-77, 2007.

<sup>301</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública / Tribunal de Contas da União. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. p. 17.

maior legitimidade (ex.: participação na formulação da decisão administrativa), eficiência (ex.: planejamento e controle de resultados) e *accountability* (ex.: controle social e institucional) por parte dos reguladores.<sup>302</sup>

Podemos entender por “Governança regulatória” o conjunto de regras e práticas que regem o processo regulatório, a interação entre os atores envolvidos e o desenho institucional em que os reguladores se inserem, bem como os meios e instrumentos utilizados em prol de uma regulação eficiente, transparente, *accountable* e legítima<sup>303</sup>.

A boa governança regulatória exige definição de estratégia organizacional, autonomia das agências reguladoras, clareza de seus papéis e dos processos de tomada de decisão, transparência e previsibilidade regulatória, uso de ferramentas e evidências que apoiem e suportem a tomada de decisão, qualificação dos recursos humanos, e, em especial, *accountability* e participação dos atores envolvidos e afetados pelas decisões regulatórias.

As recomendações da OCDE sobre governança e política regulatória envolvem compromisso do alto escalão com a qualidade regulatória; respeito à ideia de governo aberto, incluindo transparência e participação; adoção de mecanismos para supervisionar a política regulatória e promover a qualidade da regulação; utilização de análise de impacto regulatório (AIR) para novas regulações; condução de programas sistemáticos de revisão de estoque regulatório; publicação de relatórios sobre desempenho da política regulatória; aplicação de avaliação de riscos, gestão de riscos e estratégias de comunicação de risco; promoção da coerência regulatória por meio de mecanismos de coordenação; entre outros<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 184.

<sup>303</sup> **Acórdão 2.261/2011**-TCU-Plenário.

<sup>304</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do Conselho sobre Política Regulatória e Governança**. Paris, 2012.

Ou seja, o caráter destacado, complexo ou técnico da atividade regulatória não a torna independente de mecanismos que possam assegurar o alinhamento de suas ações práticas aos seus objetivos e ao interesse da sociedade.

Cumprindo ao controle atuar sobre a atividade de regulação por meio da avaliação de oportunidades de aperfeiçoamento da governança regulatória. O TCU já realizou diversos trabalhos sobre o tema, sempre assinalando o quanto uma boa governança é essencial para impulsionar o desenvolvimento econômico e o bem-estar dos consumidores, incentivando a abertura do mercado, a inovação e a concorrência, além de facilitar a atração de capitais estrangeiros<sup>305</sup>.

A despeito do relevante papel das agências reguladoras, o Tribunal tem verificado que essas entidades enfrentam problemas comuns que põem em risco a confiabilidade e a legitimidade de suas ações em face de investidores, sociedade e governos, com evidente prejuízo à adequada prestação de serviços públicos regulados<sup>306</sup>.

Os trabalhos do Tribunal podem evidenciar a necessidade de correções de rumo, ou desnudar práticas e desenhos institucionais indesejados, favorecendo melhorias nos órgãos reguladores, cumprindo, dessa

---

<sup>305</sup> **Acórdão 240/2015-TCU-Plenário.**

<sup>306</sup> Algumas falhas encontradas nas auditorias realizadas pelo TCU: ausência ou má fiscalização dos contratos; procedimentos internos morosos e ineficientes; não aplicação de sanções e baixo percentual de recebimento das multas aplicadas; obscuridade na tomada de decisões por falta de transparência e de fundamentação técnica robusta; não enfrentamento de questões setoriais relevantes ao interesse público; ausência de tratamento orçamentário distinto das demais entidades da Administração Pública, em claro prejuízo à sua autonomia; forte contingenciamento de recursos, inclusive de arrecadação própria; excessiva demora na indicação e nomeação de dirigentes; ausência de regulamentação de forma de substituição dos conselheiros e diretores em seus impedimentos e afastamentos legais, ou ainda no período de vacância que antecede a nomeação de novo dirigente; falhas nos mecanismos adotados para a divulgação de ações e decisões finalísticas, assim como nos instrumentos destinados a dar transparência ao processo decisório; baixa participação e controle social; ausência de processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados; não institucionalização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como ferramenta de melhoria da qualidade regulatória (Acórdão 240/2015-TCU-Plenário).

maneira, sua nobre missão de aprimorar a Administração Pública para o benefício da sociedade.

## **Conclusão**

A Administração Pública contemporânea movimenta-se em ambiente de grande complexidade. Como resposta, o Estado passa a atuar segundo uma lógica regulatória, o que lhe permite maior flexibilidade para enfrentar esses desafios. É notória a essencialidade de uma boa governança regulatória, portanto, para estimular a realização de investimentos e as transações entre os agentes econômicos.

O controle deve acompanhar essa evolução, sem que se converta em fator de instabilidade em um contexto que pede o incremento da segurança jurídica e da previsibilidade.

Seja corrigindo rumos, seja avaliando resultados, seja funcionando como elemento de estabilidade e credibilidade, é bastante relevante o papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União no aprimoramento das instituições e na melhoria da qualidade de vida das pessoas – as verdadeiras destinatárias da ação estatal.



## CAPÍTULO 9

# **Organização do poder judiciário e especialização das varas em matéria empresarial**

*Manoel de Queiroz Pereira Calças*

**Resumo:** O capítulo analisa a especialização das varas em matéria empresarial e seus reflexos na organização do Poder Judiciário. A importância das varas especializadas é estudada a partir da História do Direito Comercial, em especial o brasileiro. A criação dos Tribunais do Comércio no Brasil e sua prematura extinção, ainda em 1876, são contextualizadas no ambiente político e econômico da época, assim como é delineado o movimento de retomada da especialização a partir do século XX, ainda que sob outro enfoque. A importância da especialização é, então, apresentada, a partir dos novos desafios contemporâneos, os quais podem acabar por remeter a velhas questões já discutidas ao longo da história brasileira.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Especialização. Varas empresariais.

### **A especialização das varas em matéria empresarial na história do direito comercial brasileiro**

A doutrina e a jurisprudência debatem, há muito tempo, sobre a conveniência da dicotomia do direito privado, subdividido em Direito Civil e Direito Comercial, bem como sobre a existência, ou não, de um

fundamento científico para embasar a distinção dos dois grandes ramos do direito privado<sup>307</sup>.

Seja como for, o certo é que o Direito Comercial surgiu, efetivamente, na Idade Média, quando, notadamente na Europa ocidental, desenvolve-se a atividade mercantil e nasce a necessidade de se disciplinar a solução dos inevitáveis conflitos de interesses dos mercadores que circulavam nas feiras comerciais que eram instaladas, normalmente nas proximidades das aldeias, dos castelos dos senhores feudais ou dos mosteiros religiosos, onde os comerciantes buscavam proteção para suas pessoas e bens.

É bem verdade que não se desconhece que os historiadores mencionam a existência de regras sobre o comércio constantes do Código de Manu, na Índia e no Código do Rei Hamurabi, da Babilônia, há mais de dois mil anos antes de Cristo. Tais regras, no entanto, não constituíram um conjunto sistematizado de direito comercial, sendo certo que, inclusive na velha Roma, cuja economia era essencialmente agropastoril, também não se formalizou um conjunto de normas de direito comercial, até porque aos senadores e patrícios era vedada a atividade comercial, considerada degradante e aviltante pela elite romana<sup>308</sup>.

A atividade comercial marítima, pioneiramente exercida pelos fenícios, fez surgir, primeiramente, regras sobre o direito marítimo, que deram origem a diversas compilações dos princípios que vigoravam no comércio do mar. As cidades marítimas italianas foram responsáveis pelas primeiras compilações das normas que regulavam o comércio marítimo, como por exemplo: Veneza tinha o *Capitulare Navium* ou *Capitulare Nauticum pro emporio veneto* (1205); Pisa, o *Constitutum usus* (1160), Amalfi, a *Tavola Amalfitana* (1274), etc. O Consulado do Mar era uma coleção de costumes, de autor desconhecido, que fora publi-

---

<sup>307</sup> Como afirma FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 108: “Assim, a ‘elegante discussão’ arrasta-se ao longo de décadas mais por amor ao debate do que por necessidade”.

<sup>308</sup> WALDEMAR FERREIRA. **Tratado de direito comercial**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 41-51.

cado em Barcelona, em língua catalã (1380) e recebeu tal denominação porque os tribunais de comércio eram chamados de tribunais consulares. Era dividido em 334 capítulos, iniciando-se com a declaração de que: “aqui começam os bons costumes do mar”. A mais importante das codificações sobre direito marítimo foram as *Leis de Rodes* que exerceram grande influência entre os povos antigos, sendo aplicada inclusive pelos Romanos<sup>309</sup>.

É conhecida a passagem narrada no Digesto, em que Eudemon de Nicomédia, havendo naufragado, queixava-se ao Imperador Antonino de que fora saqueado pelos habitantes das Ilhas Cícladas, ao que o Imperador respondeu que era senhor do mundo, mas que o mar estava sujeito às leis de Rodes, de acordo com as quais deviam ser julgados os negócios concernentes ao comércio marítimo, a não ser que fossem contrários às leis romanas. Os romanos, como se vê, adotaram em grande parte o direito marítimo dos ródios, haja vista que Roma pouco se preocupou com a elaboração de um direito comercial, já que o comércio era atividade exercida apenas pelos estrangeiros e pelos escravos. Não obstante isso, no *Corpus Iuris Civilis*, encontram-se algumas normas relacionadas com a navegação marítima, que eram aplicadas pelo *praetor peregrinus* nos dissídios dos comerciantes ocorridos em terra<sup>310</sup>.

Na Idade Média, os comerciantes se reúnem em associações, formando as corporações de artes e ofícios, ou corporações de mercados, ao mesmo tempo em que eram delineadas as cidades medievais. Os conflitos de interesses dos comerciantes passam a ser solucionados por Cônsules, que atuavam em tais corporações e aplicavam os usos e costumes comerciais, de forma mais prática, menos burocrática e informal, sendo certo que esta justiça comercial, passa a ser bem avaliada por seus destinatários, em face de ser ela mais ágil e eficiente que a justiça civil. O sucesso da classe dos comerciantes, que adquirem riquezas e

---

<sup>309</sup> Sobre o tema, ver WALDEMAR FERREIRA. **Tratado de direito comercial**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 41-51.

<sup>310</sup> WALDEMAR FERREIRA. **Tratado de direito comercial**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 41-51.

importância política, a ponto de lograrem obter a autonomia de alguns centros comerciais, tais como as poderosas cidades italianas de Veneza, Florença, Gênova, Amalfi e outras, as quais adotam como direito oficial, incluído nos seus estatutos, as regras do direito comercial, advindas dos usos e costumes mercantis. Tal fenômeno se repete em toda a Europa Ocidental, principalmente nos locais em que o poder dos soberanos era mais frágil em face da divisão territorial fragmentada, como por exemplo na Alemanha, nas costas do Mar Norte, onde foi constituída a famosa Hansa, liga das cidades alemãs, lideradas por Hamburgo e Lubeck, que chega a congregar mais de oitenta cidades mercantis<sup>311</sup>.

Nesta fase da história é que surge, de fato, o direito comercial, resultado das regras corporativas, que asseguravam privilégios aos mercadores e que derivavam dos usos e costumes dos comerciantes, que passa a ser aplicado pelos Tribunais do Comércio. O direito assim constituído era de natureza subjetiva, vale dizer, a figura central era o comerciante, tendo um caráter corporativo, profissional, especial e autônomo, em relação ao direito territorial e civil, sendo também consuetudinário. O direito comercial era o direito dos comerciantes e só se aplicava aos que fossem matriculados como tal nas suas respectivas associações, sendo, por isso, considerado o direito comercial como a disciplina histórica dos comerciantes e, portanto, eminentemente, subjetivo.

Posteriormente, com o advento da Revolução Francesa e a vitória dos revolucionários que tinham como lema a liberdade, igualdade e fraternidade, o conceito subjetivo de direito comercial, sistematizado como um direito classista, corporativo e assegurador de privilégios de uma casta social não mais se compatibiliza com a nova ordem de valores vigentes, surgindo, então, a necessidade de se encontrar um novo fundamento para tal ramo do direito, anotando-se a edição da célebre *Lei Le Chapelier*, de 14 de junho de 1791, que proibia qualquer forma de corporação de cidadãos do mesmo estado ou profissão. A Assembleia Constituinte francesa promulga o Código Civil de 1804 e o Código Comercial de 1807, sendo

---

<sup>311</sup> WALDEMAR FERREIRA. **Tratado de direito comercial**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 41-51.

certo que este, apesar de não ter a grandeza do Código Civil Napoleão, exerceu grande influência em todas as legislações estrangeiras, sendo, por isso, considerado por Vidari, como o *pai de todos os códigos*<sup>312</sup>.

O direito comercial passa a ser o direito que regula os atos de comércio e os comerciantes passam a ser definidos como aqueles que praticam atos de comércio com habitualidade.

O Código Comercial brasileiro, de 1850, ao definir o comerciante, adota um conceito misto, ao preceituar que ninguém é reputado comerciante, para o efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que tenha se matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império e faça da mercancia profissão habitual (artigo 4º).

Como se vê, o legislador brasileiro não se utilizou da expressão ato de comércio. Porém, ao vincular o conceito de comerciante ao exercício da mercancia, procurando, desta forma, fugir da disputa doutrinária e jurisprudencial que existia sobre a conceituação de ato de comércio, acabou por não solucionar o problema, haja vista que, consoante afirmam doutrinadores de nomeada, trata-se de conceito a ser oferecido pelo direito positivo e não pela doutrina.

Por isso, logo em seguida, é editado o Regulamento n. 737/1850, que estabelece que se considera mercancia: 1) a compra e venda ou troca de bens móveis ou semoventes, para a sua revenda, por atacado ou varejo, industrializado ou não, ou para alugar seu uso; 2) as operações de câmbio, banco e corretagem; 3) as empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espetáculos públicos; 4) os seguros, fretamentos e riscos; 5) quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo e à armação e expedição de navios.

O Código Comercial Imperial, portanto, perfilha a conceituação francesa de que comerciante é a pessoa que pratica atos de comércio pro-

---

<sup>312</sup> WALDEMAR FERREIRA. **Tratado de direito comercial**. Vol. I. São Paulo: Editora Saraiva, 1960, p. 64-67.

fissionalmente, sendo certo, no entanto, que para assegurar a proteção legal derivada do direito comercial, exige que o comerciante seja matriculado no Tribunal do Comércio do Império, hoje, na Junta Comercial de cada Estado.

As dificuldades que os tribunais e doutrinadores encontraram para apresentar um conceito de ato de comércio, de molde a extremá-lo com rigor científico do ato jurídico civil foram de tal magnitude, o que levou o Professor Otávio Mendes, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco a, melancolicamente, reconhecer a falência do Direito Comercial.

Os problemas da definição e classificação dos atos de comércio, acabam por levar os juristas a buscar outro conceito básico de comerciante, especialmente diante do desenvolvimento da economia capitalista que cria a produção em massa. Surge, então, a figura do empresário, como o organizador da empresa, esta considerada como a repetição dos atos de comércio em cadeia. Tal conceito, posteriormente, evolui para o entendimento de que empresa comercial configura uma organização dos fatores de produção com o escopo de oferecer bens ou serviços em massa ou larga escala.

Com o conceito de empresa, surge o Direito Comercial como o Direito das Empresas, chamado por Requião de conceito subjetivo moderno<sup>313</sup>.

Com fundamento no conceito de empresa, surge na Itália, em 1942, o Código Civil que unifica o direito civil e o direito comercial. É o chamado sistema italiano, que veio consagrar a unidade do Direito Privado, sobre a qual discutiam os juristas desde o final do século XVIII, sendo de todos conhecida a manifestação de Cesare Vivante em sua célebre aula inaugural de 1892 na Universidade de Bolonha, quando sustentou a tese da unificação do direito privado e o fim da autonomia do direito comercial, suscitando cinco argumentos em favor da superação da dicotomia do direito privado. É sabido que Vivante, no entanto, não insistiu na tese

---

<sup>313</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 1º volume. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 14.

da unificação do direito privado, tanto que, em 1919, nomeado presidente da comissão de reforma da legislação comercial na Itália, abandona a tese da unificação e elabora um projeto de Código Comercial Italiano.

Porém, em 1942, como já afirmado anteriormente, é editado o *Codice Civile* italiano que passa a regular, tanto a matéria civil como a comercial e sua entrada em vigor inaugura a última etapa da evolução do direito comercial nos países de tradição romanística, não se olvidando que na Suíça, desde 1881, já existia um único código de obrigações. É, porém, o novo código italiano que, efetivamente, adota a teoria da empresa como pedra angular da unificação do direito privado, que, apesar disso, não ocorre integralmente, sendo mais correto afirmar-se, na senda do escólio do eminente Professor Fábio Ulhoa Coelho, que: “é mais apropriado entender a elaboração da teoria da empresa como o núcleo de um sistema novo de disciplina da atividade econômica e não como expressão da unificação dos direitos comercial e civil”<sup>314</sup>.

O breve introito sobre a história do Direito Comercial é importante na tentativa de compreender a especialização da justiça em matéria empresarial, isso porque a organização do Poder Judiciário, como se verá, acaba por replicar o movimento das normas que regulam a atividade do comerciante, depois chamado empresário.

Nesse sentido, críticas à manutenção da justiça especializada ao longo da história também levaram em conta a autonomia do direito comercial frente ao direito civil, o que não se confunde, por óbvio, com a unificação da legislação de direito privado em um mesmo código.

O Brasil, é preciso que se lembre, ao tempo em que constituía um domínio de Portugal, não detinha qualquer ingerência sobre a regulação do comércio. É somente com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, que se podem ensaiar os primeiros passos da história da jurisdição mercantil brasileira.

Como destaca José Reinaldo de Lima Lopes:

---

<sup>314</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 18.

Em 23 de agosto de 1808 a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação do Estado do Brasil dá início à história mesma da jurisdição mercantil entre nós. Até então haviam funcionado as mesas de inspeção, a meio caminho entre repartições de investigação criminal e polícia econômica. Nesse novo tribunal instalado no Rio de Janeiro ganha existência o juiz conservador, que ao contrário do que se passava em Portugal, acumula (até 1810) jurisdição contenciosa geral entre comerciantes matriculados, devassas e reabilitações de falidos. A Junta do Rio de Janeiro não eliminou as mesas de inspeção nas capitânias-províncias, de modo que sua organização e competência valem, em primeiro lugar, para a praça do Rio de Janeiro.<sup>315</sup>

Nessa linha, são as Juntas de Comércio e o juiz conservador a representar a jurisdição comercial durante boa parte do Brasil-Império. No entanto, é interessante notar, a partir da Constituição de 1824, discussões sobre a pertinência, a competência e os limites da jurisdição mercantil no Brasil, debate que pode ser interpretado, como acontecia em outras áreas à época, a partir da história da construção do próprio Estado brasileiro<sup>316</sup>.

A criação dos Tribunais do Comércio no Brasil propriamente ditos foi discutida desde cedo, muito por conta da movimentação dos comerciantes e sua perene e tradicional proximidade com a política nacional. A discussão ganha corpo, ainda, com movimento relacionado ao Projeto de Código Comercial, visto como imprescindível para o desenvolvimento nacional na época.

Nesse período, como bem descreve José Reinaldo de Lima Lopes a partir de documentos legislativos e históricos, os debates parlamentares abordavam desde a imparcialidade desses tribunais de comércio,

---

<sup>315</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. **Cadernos Direito GV**. V. 4, n. 6, novembro de 2007, p. 16-17.

<sup>316</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. **Cadernos Direito GV**. V. 4, n. 6, novembro de 2007, p. 18-19.

passando pela autonomia do direito mercantil, até o risco de possível *captura* desses tribunais por grandes casas comerciantes dos portos<sup>317</sup>.

Não se perca de vista que antes da edição do Código Comercial de 1850 constituía também fonte do direito comercial a chamada Lei da Boa Razão, de 1769, a autorizar os juízes a fundamentar suas decisões na legislação estrangeira, fato do qual se pode entrever, sem grande esforço, a dificuldade de harmonização entre aquelas leis provenientes de *nações cristãs, polidas e iluminadas*<sup>318</sup>. Esse quadro, por certo, contribuía para o acalorado debate sobre a pertinência ou não de uma jurisdição especializada, embora pareça mais interessante para a reflexão contemporânea do tema destacar que os defensores dos tribunais mercantis justificavam sua importância, entre outros pontos, na necessária agilidade do trâmite dos processos em matéria mercantil.

Veja-se, nesse aspecto, que o deputado Junqueira, em sessão de 2 de julho de 1845, citado por José Reinaldo de Lima Lopes, destacava:

O que lhe fazia sobretudo grande mal [ao comércio] era a demora que havia em julgar as causas, que, como se sabe, sofriam todos os embaraços da chicana, porque eram julgadas como os outros processos civis. É necessário que se julgue prontamente os negócios de comércio, que se saiba com prontidão quem quebrou de má fé, e quem não, que se decida tudo peremptoriamente o mais depressa que for possível, com o menor recurso possível. Ora, separando-se a parte da formação dos tribunais, isto é, continuando a serem julgados os negócios pelos tribunais que existem, teremos a mesma demora, o comércio não ganhará nada, porque em lugar de serem julgados por seus pares, por comerciantes que decidam a questão, pode-se dizer assim em processo

---

<sup>317</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. **Cadernos Direito GV**. V. 4, n. 6, novembro de 2007, p. 23-33.

<sup>318</sup> Cf. TELLES, José Homem Corrêa, **Comentário crítico à Lei da Boa Razão**. Lisboa: Tipographia de Maria da Madre de Deus, 1865, p. 30.

verbal, com prontidão, o que acontecerá? Há de sofrer toda demora do processo civil.<sup>319</sup>

Ao cabo dos debates, a jurisdição mercantil acabou organizada pelo Código Comercial de 1850, a saber, houve previsão de Tribunais do Comércio na Capital do Império, nas Capitais das Províncias da Bahia e de Pernambuco, e nas Províncias onde para o futuro se criassem, tendo cada um por distrito o da respectiva Província.

No caso das Províncias onde não houvesse Tribunal do Comércio, as suas atribuições seriam exercidas pelas relações e, na falta destas, na parte administrativa, pelas Autoridades Administrativas, e na parte judiciária, pelas Autoridades Judiciárias que o Governo designasse.

O Tribunal do Comércio da Capital do Império seria composto de um Presidente letrado, seis Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e três Suplentes também comerciantes; e teria por adjunto um Fiscal, que seria sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação Rio de Janeiro.

Os tribunais das Províncias, por sua vez, seriam compostos de um Presidente letrado, quatro Deputados comerciantes, servindo um de Secretário, e dois Suplentes também comerciantes; e teriam por adjunto um Fiscal, que será sempre um Desembargador com exercício efetivo na Relação da respectiva Província.

Assim, com algumas poucas alterações, relacionadas a melhor organização das atividades, principalmente para atender às necessidades do comércio da época, de característica primordialmente marítima, a jurisdição mercantil especializada foi mantida no Brasil até a sua extinção em 1876.

---

<sup>319</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império**. Cadernos Direito GV. V. 4, n. 6, novembro de 2007, p. 32-33.

## **Da extinção dos tribunais do comércio ao movimento de especialização das varas em matéria empresarial no Século XX**

Como se pôde perceber, a jurisdição mercantil brasileira, com efetiva organização, vigorou da aprovação do Código Comercial, em março de 1850, até 1873, quando o Decreto 2.342 criou as novas Relações e aboliu a jurisdição contenciosa dos Tribunais do Comércio, bem como, na sequência, o Decreto 2.662 de 1875, que suprimiu esses Tribunais, culminando nos Decretos 6.834 e 6.835, ambos de 1876, a regular a transferência de algumas atribuições para as juntas comerciais.

Todo o debate travado, tanto para a criação como para a extinção dos tribunais de comércio, apenas vinte e cinco anos depois de sua efetiva organização e funcionamento – de 1850 a 1875, portanto, trazem consigo uma série de reflexões possíveis, tais como a importância da especialização tanto legislativa como judiciária para imprimir celeridade e certeza à atividade mercantil e, por consequência, sua relevância para o desenvolvimento nacional. Claro que ao lado desses enfoques, havia a objeção crescente quanto à existência de um órgão de caráter corporativo ou, ao menos, capturado pelo grande comerciante da época.

Todas as questões, ainda que sob nova roupagem, evidentemente decorrente do atual estágio de desenvolvimento do país e do próprio Poder Judiciário, são tratadas contemporaneamente no debate sobre a necessidade de especialização das varas em matéria empresarial, como se verá a seguir.

Seja como for, a síntese histórica sobre a extinção dos tribunais do comércio no Brasil pode ser bem demonstrada a partir das reflexões formuladas por José Reinaldo de Lima Lopes:

O debate a respeito dos tribunais de comércio e sua existência relativamente curta (de 1850, ou de 1855 – conforme se contar de sua instituição ou de sua elevação a tribunal de recursos, até 1875) revelam já uma disputa entre burocracia nascente e interesses privados, entre uma esfera estatal que pretende fazer-se de árbitro dos negócios dos cidadãos, e

um grupo de cidadãos que pretende gerir um campo inteiro da vida pública, inclusive estendendo-se sobre os não negociantes.<sup>320</sup>

Os tempos são outros, os problemas e desafios também mudaram, com o amadurecer da nação brasileira. A estrutura do Poder Judiciário, da mesma forma, acompanhou esse caminhar, bastando para tanto voltar os olhos para a história das instituições judiciárias<sup>321</sup>.

Desde a primeira Constituição republicana, promulgada em 1891, o Poder Judiciário brasileiro foi sendo consolidado, principalmente a partir da outorga de garantias fundamentais, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, conforme previa o artigo 57 daquela carta magna, sem prejuízo da própria independência, decorrente da estrutura de organização dos Três Poderes<sup>322</sup>.

Não se olvida que a jurisdição é una e indivisível, e que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, nas palavras do Ministro Cezar Peluso, “senão por metáforas e metonímias, ‘judiciários estaduais’ ao lado de um ‘judiciário federal’”<sup>323</sup>. De qualquer modo, o Poder

---

<sup>320</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos Tribunais de Comércio do Império. **Cadernos Direito GV**. V. 4, n. 6, novembro de 2007, p. 50.

<sup>321</sup> Para um minudente histórico sobre a formação das instituições judiciárias no Brasil, ver SCHNEIDER, Marília. **Justiça e política na Primeira República: história do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: Singular, 2007.

<sup>322</sup> DE LUCCA, Newton; DEZEM, Renata Mota Maciel. História das instituições judiciárias: aspectos históricos da Justiça Federal Comum no Brasil. In: **História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 189-202, p. 191

<sup>323</sup> Cf. voto prolatado na ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em outubro de 2015. E prossegue o E. Ministro: “A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em *Justiças*, é só resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em *Justiça Federal e Estadual*, tal como se fala em

Judiciário foi se organizando, a partir da fixação de competências, divididas entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, por seus ramos e sub-ramos.

Há algum consenso no reconhecimento de que a especialização do Poder Judiciário constitui ferramenta importante na busca pela celeridade, eficiência e segurança jurídica.

A multiplicação de temas levados ao Poder Judiciário, assim como a massificação de determinadas relações impõem medidas de otimização de tempo e custo pelos órgãos judiciais, em um verdadeiro processo de planejamento administrativo e judiciário, sem o qual o colapso restaria iminente e inequívoco.

Como bem sintetiza Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Parece também certo supor que, exatamente por conta daquela multiplicação de temas jurisdicionados, de ações que na esteira do aumento do número de cidadãos e de titulares de direitos discutidos se produz, tudo isso conduzindo a um crescimento significativo da demanda social de atuação do Estado, haverá que se buscar a especialização dos órgãos e agentes judiciais. Não há eficiência judicial quando a multiplicidade de temas impede um conhecimento fácil das matérias sujeitas à decisão estatal. Quanto mais especializados – o que supõe conhecimento específico – forem os agentes e órgãos judiciais, mais facilmente se dará a apreciação dos casos pelo Poder Judiciário, ganhando a cidadania tanto quanto à correção do julgamento quanto em relação à rapidez de sua prolação<sup>324</sup>.

Ainda a propósito do planejamento pelo Poder Judiciário, cabe destacar que a noção de profissionalização de sua administração é ainda recente e revelada pelo que muitos denominam de *crise do Poder Judiciário*, entendida a partir do aumento vertiginoso de demandas e do

---

*Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc.*, sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos.”

<sup>324</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do Poder Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, n. 211, jan./mar., 1998, pp. 95-116, p. 107.

incremento das cobranças sociais relacionadas à morosidade e ao adiamento constante da solução dos conflitos postos ao Poder Judiciário<sup>325</sup>.

Nessa esteira é que se impôs a elaboração de planejamentos estratégicos pelos Tribunais brasileiros, para alinhamento dos planos já existentes aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário fixados pelo Conselho Nacional de Justiça, sobretudo a partir da Resolução n. 70 de 2009<sup>326</sup>.

A especialização no âmbito do Poder Judiciário, portanto, constitui ferramenta relevante nesse processo de planejamento e otimização de tempo e custo da máquina judiciária, sem desconsiderar a maximização da qualidade do provimento jurisdicional, na medida em que o juízo especializado utiliza toda a experiência adquirida a partir da repetição das demandas em matéria específica, a gerar celeridade, eficiência e segurança jurídica.

Em relação à especialização do Poder Judiciário em matéria empresarial, ao lado dos pontos positivos acima expostos, some-se a importância econômica e mesmo estratégica, que foge ao exclusivo âmbito da organização judiciária estadual.

A dinâmica própria das relações negociais clama por tutela jurisdicional para além de altamente especializada, diferenciada sob o enfoque da celeridade e, de resto, incompatível com elevados índices de pulverização de entendimentos, aspecto que conspira contra a segurança jurídica. Não há dúvida de que a prolação de decisões sintonizadas com a realidade do mercado em que inseridas as empresas contribui para a se-

---

<sup>325</sup> Cf. CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; DEZEM, Renata Mota Maciel; et. al. Monitoramento de perfis de demandas: um caminho na busca do planejamento no âmbito do poder judiciário? In: **Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 695-716, p. 697.

<sup>326</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira; DEZEM, Renata Mota Maciel; et. al. Monitoramento de perfis de demandas: um caminho na busca do planejamento no âmbito do poder judiciário? In: **Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 695-716, p. 697.

gurança jurídica e, como consequência, reduz o custo dos negócios, fomentando novos investimentos.

Esse movimento de especialização de varas em matéria empresarial, portanto, acabou por permear o Poder Judiciário brasileiro, com a instalação de varas especializadas em todo país, podendo-se exemplificar com a instalação de juízos especializados nas capitais dos Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, este último, inicialmente por meio das Varas de Falência e Recuperação Judicial e Câmaras Reservadas à Falência e Recuperação Judicial, em segundo grau de jurisdição, posteriormente transformadas em Câmaras de Direito Empresarial, assim como instaladas, no ano de 2017, duas varas de direito empresarial, em primeiro grau de jurisdição. No caso do Rio de Janeiro, a Resolução n. 19/2001 do Órgão Especial daquele Tribunal, transformou as antigas Varas de Falências e Concordatas da Capital em Varas Empresariais de Falências e Concordatas, contando a capital daquele Estado, hoje, com sete varas empresariais instaladas.

Como destaquei por ocasião do discurso proferido quando da instalação da Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 29 de junho de 2011, no Palácio da Justiça do Estado de São Paulo (TJSP):

[...] é importante a instalação da Câmara Reservada de Direito Empresarial para se alcançar a segurança jurídica decorrente da interpretação das regras comerciais ser realizada por órgão especializado. O empresário, quando bate às portas deste Tribunal, não pretende apenas obter justiça. Está buscando, igualmente, a definição precisa do conteúdo das normas incidentes sobre a atividade empresarial. A segurança jurídica é elemento indispensável ao regular funcionamento da economia de qualquer país.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. Instalação da Câmara de Direito Empresarial: discurso proferido em 29.6.2011 no Palácio da Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 50, n. 157, p. 276-277, jan./mar. 2011.

Da mesma forma, os reflexos para a economia nacional também constituem elemento diferenciador para o reconhecimento da importância da especialização das varas em matéria empresarial, principalmente a partir do século XX.

Veja-se que com a globalização ou o nome que se queira dar ao movimento de integração entre os mercados ao redor do mundo<sup>328</sup>, há constante preocupação dos países com seu *rating*, obviamente quando comparados aos demais países, em estado de desenvolvimento similar ou não. Nesse aspecto, a própria classificação dos países em matéria de comércio e desenvolvimento das economias pode levar em conta a medição do tempo e custo para resolução de disputas comerciais através de um tribunal de primeira instância local.

Esse é o caso, por exemplo, do chamado *Relatório Doing Business*, editado anualmente pelo Banco Mundial, no qual um dos indicadores consiste na existência de um tribunal comercial especializado ou uma seção dedicada unicamente a audiências de ações comerciais. Em caso afirmativo, é atribuída pontuação 1,5; em caso negativo, 0<sup>329</sup>.

Da mesma forma, a especialização dos magistrados que atuam em matéria de insolvência constitui uma das diretrizes apresentadas pelo Banco Mundial para os sistemas de insolvência<sup>330</sup>, a confirmar a importância da especialização como ferramenta para a prolação de decisões mais técnicas e a almejada segurança jurídica, assim como para reduzir o custo da recuperação judicial<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Como afirma IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, um dos problemas da globalização é a tentativa de sobrepor a tudo as inexoráveis leis do mercado.

<sup>329</sup> THE WORLD BANK GROUP. **Doing Business Report 2018**. Disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB2018-Full-Report.pdf>, acessado em 21.5.2018.

<sup>330</sup> THE WORLD BANK. Principles and guidelines for effective insolvency and creditor rights systems. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano 40, n. 122, p. 75-167, abr. 2001.

<sup>331</sup> DEZEM, Renata Mota Maciel. **A universalidade do juízo da recuperação judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 371.

No mesmo sentido, estudo realizado pela *International Intellectual Property Institute (IIPi)* em parceria com o *United States Patent and Trademark Office (USPTO)*, englobando diversos países que possuem jurisdição especializada em matéria de propriedade intelectual, concluiu que a especialização de tribunais nesta matéria apresentou vantagens, tanto aos detentores de direitos de propriedade intelectual como aos próprios governos<sup>332</sup>.

Em síntese, superadas questões institucionais e da própria organização do Poder Judiciário, no caso brasileiro desde a extinção dos Tribunais do Comércio, em 1876, a partir do século XX o movimento de especialização de varas judiciais em matéria empresarial é evidente, destacando-se a crescente necessidade de especialização entre a própria gama de áreas do direito comercial, como bem demonstra, por exemplo, a opção do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao manter as duas varas especializadas em falências e recuperações judiciais na capital do Estado – instalando uma terceira vara com a mesma competência, ao mesmo tempo em que instalou duas outras varas naquela Comarca, com competência para matéria empresarial residual, excluídos, portanto, os processos de falência e recuperação judicial, que foram mantidos na competência das primeiras.

## **A importância da especialização: novos desafios e velhas questões**

A importância da especialização das varas em matéria empresarial é inegável, tanto em relação à celeridade e à eficiência, como para maior qualidade técnica das decisões e a consequente segurança jurídica.

Por outro lado, novos desafios são colocados, muitos dos quais envolvendo velhas questões como a imparcialidade, a autonomia do direito

---

<sup>332</sup> INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY INSTITUTE (IIPi); UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE (USPTO). **Study on Specialized Intellectual Property Courts**. Documento de 25.1.2012, disponível em <http://iipi.org/wp-content/uploads/2012/05/Study-on-Specialized-IPR-Courts.pdf>, acessado em 21.5.2018, p. 10.

empresarial e o risco de possível captura dos tribunais, não “por grandes casas comerciantes dos portos”, como se temia outrora, mas, por exemplo, por agências federais reguladoras de determinadas áreas das atividades empresarial e econômica.

Esse é o debate que surge, atualmente, sobre a especialização da Justiça Federal Comum brasileira, com a criação de varas federais especializadas em direito antitruste e comércio internacional.

A Resolução n. 445/2017, de 7 de junho de 2017, do Conselho da Justiça Federal, recomenda que os tribunais regionais federais, na área de sua jurisdição, especializem varas federais com competência concorrente para processar e julgar feitos que versem sobre Direito da Concorrência e do Comércio Internacional<sup>333</sup>.

A justificativa para a medida, nas palavras do corregedor-geral da Justiça Federal, ministro Mauro Campbell Marques, à época, foi no sentido de que:

A medida irá possibilitar maior domínio dos magistrados sobre ramos específicos do Direito, garantir o equilíbrio no andamento dos processos e contribuir para o planejamento e execução de negócios pelos jurisdicionados, além de favorecer a melhoria de soluções no desenvolvimento do comércio internacional e da economia brasileira, bem como para a atração de novos investimentos, conforme sinalizado pelos órgãos envolvidos.<sup>334</sup>

Evidente que a especialização envolvendo matéria regulada pelo Estado traz à baila o risco da captura por essas agências reguladoras, na medida em que se poderia prever que as varas especializadas tenderiam a julgar no sentido da prevalência das teses desses órgãos.

---

<sup>333</sup> Resolução nº 445 de 07/06/2017. Publicado em 12 JUNHO 2017. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/49514>>. Acesso: em 21 maio 2018.

<sup>334</sup> Conforme notícia veiculada em 30.5.2017 pelo Conselho da Justiça Federal, disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/noticias/464474347/cjf-especializacao-de-varas-federais-em-direito-da-concorrenca-e-comercio-internacional-e-aprovada>. Acesso em: 21 maio 2018.

Por outro lado, como bem destacam Juliana Domingues e Eduardo M. Gaban:

Curiosamente e por analogia, esse argumento foi verificado nos EUA ao longo do último século, já que lá, em 1909, se decidiu pela criação de tribunal de apelação especializado a julgar litígios envolvendo patentes, o que posteriormente, em 1922, foi ampliado para litígios mais propriamente relacionados a direitos de propriedade intelectual. Os EUA, atualmente, podem ser considerados como jurisdição mais segura e previsível para temas de propriedade intelectual. Naturalmente, o mérito desse cenário não decorre exclusivamente da especialização da justiça, porém, ao mesmo tempo, é inegável que a escolha pela especialização teve um peso importantíssimo na formação de uma jurisprudência madura e que acabou por resultar mais previsibilidade, mais segurança jurídica.<sup>335</sup>

As peculiaridades das diversas matérias empresariais, por si, demonstram os benefícios da especialização, de modo que os juízes possam dedicar-se, efetivamente, a conhecer as particularidades dos fluxos comerciais e econômicos envolvidos na atividade empresarial. Só a dedicação exclusiva e o tempo, como acontece em toda as atividades jurídicas e não jurídicas, poderão garantir a *expertise* necessária e esperada do Poder Judiciário brasileiro.

---

<sup>335</sup> DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo M. Varas para Direito Antitruste e Comércio Internacional. In: **Coluna Opinião & Análise do Jota**, de 12.10.2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/varas-para-direito-antitruste-e-comercio-internacional-12102017>>. Acesso em: 21 maio 2018.



## CAPÍTULO 10

# **As sociedades de economia mista na Constituição Federal de 1988: governança e função social nas empresas sob o controle do Estado**

*Guilherme Amorim Campos da Silva*

**Resumo:** A República Federativa do Brasil tem dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores do trabalho e da livre iniciativa, sendo seu objetivo fundamental a realização do desenvolvimento nacional, com erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos. Dentre os instrumentos que o Estado brasileiro dispõe para a realização destas tarefas, está a possibilidade de intervir na ordem econômica mediante a criação, por autorização legislativa, de empresas estatais. A intervenção do Estado na economia tem que atentar para a função social da realização de investimentos públicos, transparência, accountability e divulgação de resultados.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Ordem Econômica. Desenvolvimento Econômico Nacional.

### **1 Introdução: O Brasil é um país fadado ao desenvolvimentismo**

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos centrais a promoção da dignidade da pessoa humana.

Em torno desta decisão política fundante o Estado brasileiro organiza seus instrumentos de intervenção na economia de forma a induzir

processos virtuosos de desenvolvimento e crescimento econômicos para realizar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, insculpidos, por sua vez, no artigo 3º da Carta Constitucional Brasileira.

De fato, o ambiente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da CB), com desenvolvimento nacional, promoção do bem de todos e erradicação da pobreza, marginalização e consequente redução das desigualdades sociais e regionais do território brasileiro tende a ser conquistada na exata medida e proporção que o aparato estatal dispõe de instrumentos para intervir na economia e induzir processos estruturantes de desenvolvimento econômico em um ambiente de segurança jurídica para retorno de investimentos de capitais.

Este o programa de políticas públicas desenhado pela Constituição; este o cenário moldado pelo constituinte pátrio.

Daí porque a intervenção do Estado na economia não se constitui em opção deste ou daquele governante de plantão; antes, traduz-se em cumprimento de desiderato constitucional, sob pena de crime de responsabilidade do governante.

Isto porque, à atividade de realizar o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II da CB) corresponde o dever de planejar a atividade econômica do Estado, na sua condição de agente normativo e regulador, no esteio da locução do artigo 174 da Constituição.

Portanto, sempre mediante a previsão da Constituição e a autorização legislativa, o Estado intervém na ordem econômica para realizar a exploração direta de atividade econômica ou para induzir a competitividade em determinado setor mediante a constituição de empresa “pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” (artigo 173, CB).

## 2. Constituição e Intervenção do Estado na Economia

Esta concepção de uma organização jurídica estatal voltada para a realização de uma vontade coletiva comum, ditada pelo pacto social, em que a autoridade estatal revela-se uma força motriz capaz de induzir processos econômicos sinérgicos e prospectivos, de modo a realizar o pressuposto da solidariedade social que o Texto político a todos impõe, revela forte influência da doutrina francesa no direito brasileiro, especialmente das lições de Léon Duguit:

A razão que justifica o monopólio dos serviços de correios e telégrafos é que, racional e equitativamente, um Estado deve dedicar todos os seus esforços à melhoria desses serviços. A escola socialista argumenta que o Estado deve aumentar o número de monopólios e organizar nos serviços públicos todas as empresas que exigem capital significativo e que afetam diretamente a vida geral do país, especialmente as minas e os seguros. [...] é qualquer atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, porque a realização de interdependência social é de tal natureza que ele pode ser realizado completamente apenas pelo intervenção da força governante.<sup>336</sup>

O Texto Constitucional avançou no estabelecimento de relevante elemento discriminador entre as empresas prestadoras de serviços públicos e aquelas exploradoras de atividades econômica.

---

<sup>336</sup> DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. 2. ed. em 5 volumes. Paris: Éditions Cujas, s.d., p. 323-330. No original: De la raison qui justifie le monopole des postes et des telegraphes, il resulte que rationnellement et equitalement un État doit consacrer à l'amélioration de ces services tous les bénéfices nets qu'il tire de leur exploitation. L'ecole sociolaist prétend que l'Etat doit augmenter le nombre des monopoles et organiser en services publics toutes les entreprises qui nécessitent des capitaux importants et qui touchent directement à la vie générale du pays, particulièrement les mines et les assurances. (...) C'est tout activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante. (traduzimos, livremente).

Para se coadunar de forma coerente com os ditames da livre iniciativa, livre concorrência e valorização do trabalho, que orientam os princípios gerais da atividade econômica, estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, o constituinte cuidou de dotar as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, de consequentes jurídicos próprios e de autonomia para o desempenho em um ambiente, que se espera, seja de desenvolvimento de competitividade e geração de riquezas compatíveis com o desiderato da indução do desenvolvimento nacional.

De forma contrária e também coerente, a Constituição reserva, por assim dizer, um regime mais publicista às empresas públicas que sejam prestadoras de serviços públicos que, a princípio, são desempenhados em um ambiente em que não se verifica competição, como aqueles regimes próprios de outorgas de concessão, como serviços de água, esgoto, eletricidade etc.

Este, também, o entendimento da doutrina constitucional pátria, como se verifica na lição de André Ramos Tavares:

Importante registrar aqui a precisão com que procedeu o constituinte. Pretendendo sujeitar ao regime jurídico das empresas privadas *as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica*, utilizou-se de redação lúcida e coerente. Assim, restringiu-se a aplicação do regime jurídico próprio das empresas privadas às empresas estatais que venham a, de forma concorrencial, explorar atividade própria da iniciativa privada. O móvel do comando aqui, é bastante simples: procurou-se estabelecer uma salutar isonomia dos agentes estatais aos agentes econômicos privados, quando da atuação daqueles no mercado, na seara econômica aberta aos últimos.

Não se submete, contudo, à mesma situação, a empresa estatal *prestadora de serviço público*. Ora, por óbvio, empresa estatal exploradora de atividade econômica diferencia-se daquela prestadora de serviço público. E o âmbito subjetivo do art. 173, no particular, foi pontual, albergando exclusivamente as primeiras. Afinal, a empresa estatal prestadora

de serviço público em nenhum momento compete com o agente privado.<sup>337</sup>

As sociedades de economia mista estão presentes no direito brasileiro desde a criação, ainda no Brasil império, do Banco do Brasil, e sempre pressupôs a noção de aporte de capitais públicos e a possibilidade de participação de capitais privados.

Por isto que atualmente sua disciplina, além do regramento constitucional, encontra orientação na Lei das Sociedades Anônimas, justamente porque via de regra o Estado é detentor do maior volume nominal de ações podendo, eventualmente, até mesmo, decidir pela alienação de parte de suas ações para investidores privados.

Contudo, a presença estatal traz para o universo das sociedades de economia mista a imbricação e o influxo de normas de direito público, decorrendo daí uma tensão jurídica entre a prevalência do regime jurídico que deva orientar sua gestão: se um regime notadamente de orientação de direito privado, própria dos agentes econômicos em um mercado competidor ou, ao contrário, de direito administrativo, fortemente regulado e com os marcos jurídicos e antecipatórios próprios e decorrentes deste regime.

Apesar de uma construção teórica bastante consolidada no direito brasileiro, temos acompanhado um certo desvirtuamento das características jurídicas da roupagem constitucional que assegura um tratamento institucional adequado a intervenção do Estado na economia.

Infelizmente, o combate à corrupção tem levado à exageros em que o clamor por maior transparência tem sido confundido com a volta a uma certa publicização dos mecanismos privados da ação pública do Estado, confundindo controle com os meios em si. Mais do que isto, tornando o próprio Estado brasileiro refém de corporações, como as próprias carreiras estáveis de servidores públicos, controladores, Ministério Público e Magistratura o que comprometerá, sem sombra de dúvidas,

---

<sup>337</sup> TAVARES. André Ramos. **Direito Constitucional Brasileiro Esquematizado. Hard Cases e soluções juridicamente adequadas.** São Paulo: Método, 2006. p. 550-551.

a própria busca pela eficiência, consagrada no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

Na lição de Gilberto Bercovici

Mesmo os autores que recentemente vêm defendendo a “relativização”, ou mesmo o fim, da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, concordam que é dever do Estado e da Administração Pública a proteção aos direitos fundamentais e o respeito à Constituição. No Estado Democrático de Direito, como o instituído pela Constituição de 1988, a base do direito administrativo só pode ser o direito constitucional que estabelece os seus parâmetros: o direito administrativo é o “direito constitucional concretizado.”<sup>338</sup>

É preciso resgatar e confirmar o modelo constitucional, que não prescinde de controle; este é imprescindível: a participação do capital público na estrutura societária de uma sociedade de economia mista, a teor da redação do artigo 173 da Constituição Federal, não transforma a *natureza jurídica* da entidade de privada em *pública* como cada vez mais se pretende hodiernamente.

Nem tampouco pode alterar o seu *regime jurídico* de direito privado. Como esclarece, novamente, André Ramos Tavares “as pessoas dos sócios não se confundem com a personalidade jurídica da própria sociedade da qual façam parte”<sup>339</sup>.

O artigo 173 da Constituição do Brasil dispõe que na intervenção do Estado na economia, naquelas hipóteses em que for estratégica a exploração pelo Estado da atividade econômica, *será* observado o regime jurídico de direito privado.

Esta determinação, de jaez constitucional; é dizer; de natureza *mandamental material*, é confirmada pela recente Lei nº 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais. E nem poderia ser de outra forma, tendo

---

<sup>338</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico aplicado**: estudos e pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016. p. 37.

<sup>339</sup> Op cit., p. 598.

em vista que se trata de Lei Ordinária com a função explícita de regulamentar os pressupostos desta atuação estatal.

Por isto que a legislação ordinária, por pressuposto, atua em uma dupla dimensão, vale aqui registrar: uma em que explicita a *impossibilidade jurídica* da Administração Pública Direta intervir na economia, seja por meio de pessoas jurídicas com personalidade de direito público<sup>340</sup> seja por meio de pessoas jurídicas de direito privado com natureza não mercantil, como uma fundação de direito privado sem fins lucrativos, por exemplo. Isto por um lado. Em outro diapasão, revela-se a perspectiva assertiva constitucional positivada e reafirmada [e não poderia ser de outro modo] na Lei das Estatais, de que a exploração de atividades econômicas por parte do Estado apenas pode ser compreendida e realizada por pessoas jurídicas de direito privado, organizadas sob a forma mercantil, com capacidade de competir sob as leis de mercado, e com a agilidade necessária para decisões empresariais, ainda que sob os mecanismos de *compliance* e transparências que o mundo empresarial capitalista moderno exige das grandes empresas mercantis que pretendem atuar no competitivo mercado global.

Contudo, possuir o regime jurídico de direito privado não significa afirmar que a sociedade de economia mista não sofre *nenhuma* influência das regras de direito público, até porque a finalidade de qualquer ente da Administração é obter um resultado de interesse público.

A toda evidência, a decisão, inclusive decorrente de lei, de criação de uma sociedade de economia mista para intervenção em um segmento

---

<sup>340</sup> Como observa Marçal Justen Filho “A Administração direta – composta pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios – é investida constitucionalmente de funções inerentemente estatais. Isso envolve uma dimensão política inafastável. São manifestações da soberania popular, e a esses entes são reservadas competências para assegurar a paz social e conduzir os interesse coletivos. A personalidade jurídica de direito público envolve um conjunto de poderes diferenciados, orientados a promover fins relacionados com o interesse comum de todos. Não é cabível tais entes exercitarem em nome próprio atividades econômicas, que envolvem a exploração dos recursos econômicos segundos os padrões próprios da iniciativa privada.” (JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016. pp. 41-42.

econômico com vistas à realização do desenvolvimento de determinado aspecto relevante do ponto de vista macro institucional, a par de sua função indutora do desenvolvimento, carrega de per se a decisão política fundamental da realização de um interesse público coletivo.

A integralização de capital em sociedade de economia mista sob as vestes do direito privado para a realização de um determinado objeto social persegue, em última instância, o próprio interesse público previsto na órbita da decisão política de sua criação.

Nesta direção, o Supremo Tribunal Federal já houve por bem decidir que, ainda que no plano da execução de decisões gerenciais, executivas, empresariais, negociais, as empresas estatais privadas mercantis devam preservar autonomia própria das empresas de mercado, no âmbito das questões *organizacionais* ou *estruturantes* o influxo dos princípios constitucionais que regem a Administração, em face de seu capital constitutivo, é determinante.

Como exemplo deste pensamento, pode-se destacar a seguinte ementa do Acórdão proferido pelo Relator Ministro Paulo Brossard em sede de Mandado de Segurança<sup>341</sup>, em decisão Plenária:

Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º.

Há uma dimensão que foi regulamentada pela recente Lei nº 13.303/2016 que remete a uma possibilidade aberta pela diretriz consti-

---

<sup>341</sup> MS 21.322, Rel. Min. **Paulo Brossard**, julgamento em 3-12-1999, Plenário DJ de 23-4-1993). No mesmo sentido: RE 558.833-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 8-9-2009, Segunda turma, DJE de 25-9-2009.

tucional que ganhou impulso notadamente após a reforma constitucional do Estado brasileiro advinda com a Emenda Constitucional n. 19/98.

Com efeito, a partir da inclusão do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição do Brasil, o Estado brasileiro adotou princípios de gestão mais gerencial, no sentido de, a partir de então, perseguir métricas de eficiência.

Apesar de ser algo paradoxal se admitir que, na literalidade do texto, anteriormente a esta locução constitucional, a Administração Pública desenvolvia suas atividades numa perspectiva não eficaz, a partir do advento da Emenda n. 19/98, o Estado brasileiro adota uma postura de perseguir a eficácia em suas ações, adotando um discurso e uma prática que busca estabelecer os resultados a serem alcançados em suas políticas públicas, bem como atingimento de metas quantificáveis.

Inegável que esta postura ao longo das últimas duas décadas tem contribuído, de forma vertical em todas as esferas da Administração Pública, para uma mudança de mentalidade, contribuindo para um aperfeiçoamento das ferramentas de gestão e planejamento da atividade pública, seu controle e adoção de indicadores de resultados, com ganhos de eficiência e melhor racionalização na alocação de recursos públicos.

Isto tem levado, retomando a linha de raciocínio, a algo que o próprio princípio da eficiência e a própria intervenção do Estado na economia como agente indutor e promotor de sinergias promove sob os auspícios da Constituição: ao estabelecimento de parcerias público privadas, algo que foi estabelecido posteriormente com a aprovação das Leis das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/2004) e à participação de empresa estatal em empresas privadas, com aporte de capital sem, contudo, ser o detentor da maioria do capital, mas com presença relevante no seu controle, em assento no conselho de administração.

Trata-se, por exemplo, de inúmeras participações como acionista investidor do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social Participações (BNDESPar); da Petrobrás Holding ou, ainda, da empresa de desenvolvimento de parcerias público privadas, com capital do

BNDES e de bancos privados, a Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP.

A hipótese ventilada é exatamente disciplinada no artigo 1º, § 7º da Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre a participação em sociedade empresarial de que a empresa estatal não detenha controle acionário.

A legislação buscou estabelecer critérios que preservem a participação proporcional de seu comprometimento financeiro e, de igual forma, que sejam adotadas práticas de governança e controle de gestão proporcionais à relevância, materialidade e aos riscos do negócio (artigo 1º, § 7º, incisos I a IX da Lei nº 13.306/2016).

Como avalia Rafael Wallbach Schwind<sup>342</sup>

A participação do Estado no capital de empresas que não integram a Administração Pública também pode ter por objetivo o desenvolvimento mais eficiente de uma atividade econômica específica.

Trata-se de um fenômeno bastante comum. Empresas públicas e sociedades de economia associam-se a grupos privados em Sociedades de Propósitos Específicos (SPE) nas quais não dispõem de poder de controle absoluto e, com isso, estabelecem uma forma de tais sociedades desenvolverem certas atividades de modo mais eficiente. A empresa estatal não terá preponderância no poder de controle da SPE, mas integrará o seu capital e será beneficiada por meio da distribuição de dividendos e outros resultados positivos da empresa.

Assim, como cediço, estatais de economia mista têm a opção de participar majoritária ou minoritariamente de outras sociedades.

Contudo, é preciso conjugar as hipóteses da recente Lei nº 13.303/2016 com a Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/1976, e suas posteriores alterações, tendo em vista que essas sociedades estão

---

<sup>342</sup> SCHWIND. Rafael Wallbach. Schwind. A participação de empresas estatais no capital de empresas privadas. in JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

sujeitas às formalidades dispostas nesta legislação específica, quando forem companhias, sem as exceções próprias das sociedades de economia mista, capituladas no artigo 235, § 2º.

Nesta direção, ali está previsto que a companhia de economia mista apenas pode ter participação em outras sociedades somente quando autorizada por lei.

Há hipótese legal de investimento, contudo, que ressalva a autorização legal, consistente na opção de aplicação em incentivos de desenvolvimento regional e setorial. Trata-se de possibilidade que a sociedade de economia mista assume posição de acionista minoritário com ações preferenciais e sem participação direta empresarial.

O permissivo legal é absolutamente alinhado com autorizativos diretos constitucionais, consistentes na busca da realização do desenvolvimento regional, na superação das desigualdades locais e regionais.

De fato, a par do prolatado princípio da eficiência que propugna por aplicação racional e eficiente de recursos, e isto vale para dividendos e aplicações de dividendos, a Constituição Federal estipulou, como já se viu, a realização do desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, assim como a erradicação da pobreza e redução das desigualdades regionais.

Consentâneo com este desiderato é o disposto no artigo 43 da Carta, ao estipular que a União pode articular sua ação administrativa, em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

Tanto que o § 1º do referido dispositivo se preocupou em delimitar que lei complementar deverá dispor sobre as condições para esta integração assim como a composição de organismos regionais que executarão planos regionais, na perspectiva de atuar em conjunto com planos nacionais de desenvolvimento econômico e social.

A toda evidência, existe forte possibilidade de racionalização e canalização de recursos para potencialização dessas ações, em cumprimento do papel indutor e sinérgico do Estado interventor na economia e

promotor do desenvolvimento nacional, sobretudo nesta perspectiva da realização do desenvolvimento do país aonde ele ainda não ocorre ou se verifica na medida da desigualdade constatada pelo constituinte há mais de trinta anos atrás, por ocasião da própria feitura da Carta, a ponto de tê-lo feito, de maneira prospectiva, registrar a necessidade de sua promoção como forma de transformar o país de sua condição de país sub-desenvolvido para superar esta situação e, assim, transcender e cumprir com um dos objetivos fundamentais da República.

De outra sorte, a decisão de se retirar de sociedades de economia mista e reordenar a sua atuação na ordem econômica também tem sido vista pelo ordenamento jurídico como próprios da prerrogativa do próprio Estado.

Ou seja, dependendo das circunstâncias que orientam a tomada de decisão pela orientação de intervir na economia e dela participar constituindo capital, sua retirada pode ser uma decisão estratégica assim como a alienação de seu capital e controle acionário.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em sede de controle concentrado de constitucionalidade que inviabiliza este juízo e, portanto, afronta o artigo 173 da Constituição Federal, dispositivo de Constituição Estadual que condiciona a alienação de ações de sociedade de economia mista à detenção de controle de poder pelo Poder Público. É dizer: a par de inviabilizar o denominado processo de privatização do controle acionário, uma vez que na prática o Poder Público continua titular do interesse, a cláusula restringe justamente este juízo de conveniência e oportunidade sobre quando deve se dar a intervenção do Estado como agente indutor da atividade econômica.

Com a palavra, o Ministro Néri da Silveira<sup>343</sup>:

Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de suas execução,

---

<sup>343</sup> ADIN 234/RJ, **Rel. Min. Néri da Silveira**. DJ de 15/09/1995, Ementário 1800-1.

notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e a vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos de segurança nacional.

Nesta direção, qualquer limitação por meio de emenda à Constituição de Estado – membro ao juízo de conveniência e oportunidade decorrentes da possibilidade de intervenção do Estado da economia e, como consequente, a possibilidade de reordenação da própria atuação do Estado da maneira como atuará no âmbito econômico, será inconstitucional por entendimento já assentado na Suprema Corte.

## **2.1 O Novo Estatuto das Empresas Estatais**

A Lei nº 13.303/2016 foi aprovada com a tentativa de moralizar as sociedades de economia mista controladas pela União Federal, no esteio dos escândalos propalados pela Operação Lava Jato e as notícias de seus loteamentos por políticos inescrupulosos e poucos afeitos à realização do interesse público presentes em sua criação.

Segundo informações do Ministério do Planejamento (ano base 2014)<sup>344</sup>, a União Federal controla 135 empresas de forma direta e 48 de forma indireta, atuando nas mais diversas áreas da economia como setor financeiro, administração portuária e aeroportuária, turismo, saúde, seguros, seguro rural, dentre outras.

A legislação adotada recentemente, no esteio de regulamentar o dispositivo constitucional, procurou moralizar as iniciativas dos Poderes Executivo e Legislativo, tornando as indicações meramente políticas mais difíceis de se tornarem realidade, profissionalizando o perfil dos indicados, tanto para ocupar os cargos executivos como aqueles para os conselhos de administração, como por exemplo exigindo do indicado aos

---

<sup>344</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em: <[www.planejamento.gov.br](http://www.planejamento.gov.br)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

cargos experiência profissional de dez anos na área de atuação da estatal ou em área conexas bem como não ser condenado nas hipóteses da Lei da Ficha Limpa (Lei nº 64/90, artigo 1º, inciso I), dentre outros requisitos restritivos que procuram se constituir em avanço à inexistência anterior de qualquer critério objetivo.

Evidente que se busca deslocar o foco das indicações, na medida em que se objetiva seus procedimentos, e se ilumina a busca por resultados, sobretudo nas empresas que atuam em mercado concorrencial com participação direta de capital privado, por vezes com cotações até mesmo em bolsas de valores, como é o caso da Petrobrás Petróleo Brasileiro S.A.

De qualquer forma, trata-se de legislação recente e sua implementação dependerá de forte fiscalização, notadamente dos órgãos de controle, sociedade e imprensa, na medida em que os mecanismos de *compliance* e controle estarão à frente do desafio de uma mudança de cultura empresarial e de gestão burocrática, com a qual o Estado brasileiro lida há décadas, como já apontou em editorial o jornal O Estado de São Paulo<sup>345</sup>.

## 2.2 A participação das Estatais no mercado como agente comprador

Há outro aspecto da dimensão da ação das denominadas empresas estatais que diz respeito à sua participação no mercado como compradora. Trata-se de sua participação como contratante.

Vigora no país uma compreensão de que qualquer compra ou aquisição fora dos parâmetros da Lei n.8.666/93, a denominada Lei das Licitações e Contratos Administrativos é, automaticamente, uma contratação espúria e condenada pela corrupção. Na verdade, este pensamento despreza a literalidade do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal que dispõe, textualmente que, *ressalvados os casos especificados na legislação...* as compras e aquisições far-se-ão por processos de licitações públicas; para, a partir daí, o inverso tornar-se regra absoluta.

---

<sup>345</sup> BRASIL. O Estado de São Paulo. 6 de Junho de 2018. Página A-2.

Na verdade, com as estatais há uma linha de pensamento dominante e razoavelmente aceito pela doutrina nacional sobre o tema que, quando se tratar de compras e aquisições que digam respeito a compras para o exercício da atividade econômica, ou seja, para a finalidade da sociedade de economia mista, aplicam-se os mecanismos próprios da empresa privada; quando assim não for, tendo em vista a presença de capital público, adota-se o regime de direito público.

Mesmo assim, ao longo tempo, sempre se defendeu às empresas estatais aplicação de regime menos formalista, que não o da Lei nº 8.666/93. Os recentes casos de corrupção que abalaram a vida nacional, como os da Lava Jato na Petrobrás, típica sociedade de economia mista, envolvendo vultosos casos de contratação, levaram à adoção da Lei das Estatais, Lei nº 13.303/2016, como o Estatuto previsto no artigo 173, §1º da Constituição Federal, trinta anos após sua entrada em vigor no país.

Como observa Marçal Justen Filho<sup>346</sup>

A disciplina das licitações e contratações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deve ser compatível com as práticas de mercado. Mesmo aquelas relações jurídicas não relacionadas diretamente com a atividade central da empresa, que configura o seu objeto social, deve ser subordinada a regime jurídico menos formalista. Assim, suponha-se o exemplo de contratações relacionadas com o desenvolvimento de novos produtos, com programas de comunicação social e com obtenção de insumos para produtos e serviços, as quais devem ser compatíveis com as práticas adotadas de modo genérico pelas demais empresas que atuam no mesmo setor.

Como se verifica, estes aspectos normatizadores da atuação da empresa estatal não comporta atalhos; é preciso verificar a atuação dos mecanismos de governança da empresa e seus controles internos e não, como pontifica a doutrina, enrijecer o regime mais flexível compatível

---

<sup>346</sup> JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). A contratação sem licitação nas empresas estatais. In **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei nº 13.303/2016 – Lei das Estatais**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016. p. 287

com as finalidades buscadas pela própria criação e definição conceitual das sociedades de economia mista e empresas estatais para realizar os propósitos da intervenção do Estado na economia.

É preciso, portanto, combater juridicamente estes contrassensos.

### **2.3 A função social das empresas estatais**

A preocupação com a repercussão social da intervenção do Estado na ordem econômica está materialmente qualificada na norma jurídica do artigo 173, §1º, I da Constituição Federal ao dispor que seu estatuto jurídico será regulamentado por lei, especialmente para disciplinar sua função social e formas de fiscalização pelo próprio Estado e sociedade.

Como unidade econômica de desenvolvimento, a empresa já é de per se instrumento de realização social. Contudo, a locução constitucional difunde significação de alcance ampliado para compreender a realização de objetivos predeterminados pelo legislador, ao autorizar por lei a criação de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, que estejam em consonância com objetivos e políticas públicas delineados pela Constituição Federal.

A Lei das Sociedades Anônimas, de 1976, portanto anterior à Constituição de 1988, refere-se de forma mais fluída à satisfação das exigências da função social da empresa pelo administrador no *caput* do artigo 154.

A recente Lei nº 13.303 de 2016 procurou precisar melhor os contornos materiais do que vem a ser a função social da empresa estatal, até mesmo para ter a clareza necessária do que é vedado ao administrador realizar enquanto gestor de recursos em busca da consecução de determinada finalidade.

O campo de discricionariedade de um gestor privado, portanto, estreita-se com a objetivação do conceito de função social da empresa estatal, uma vez que o artigo 27 da Lei nº 13.303 afirma que

A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de

atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

Por expressa disposição legal, o estatuto jurídico da empresa passa a obrigar o gestor e seu corpo diretivo a vincular a função social da empresa estatal à realização dos objetivos estatutários e legais de sua criação, aqueles constantes de sua lei autorizativa, restringindo, assim, quaisquer possibilidades de que em nome da função social da intervenção do Estado na ordem econômica possa haver qualquer desvio ou flexibilização da execução de suas atividades estatutárias.

Contudo, o dispositivo legal admite a possibilidade do atendimento de interesses que ainda que não estejam diretamente ligados ao objetivo social sejam a ele correlatos ou relacionados à sustentabilidade econômica.

Como observam Ana Frazão e Luís Viviani<sup>347</sup>

a própria Lei nº 13.303/2016 faz algumas exceções no sentido da possibilidade do atendimento de outros interesses, desde que observadas exigências rigorosas. É o que se verifica pelo §1º do artigo 27, segundo o qual mesmo investimentos em prol da inovação e de benefícios ao consumidor devem estar atrelados ao objeto da companhia. Logo, mesmo quando admite medidas em benefício dos consumidores ou da inovação, em prol da tecnologia brasileira, a lei exige que tais objetivos sejam atingidos, respectivamente, de forma “economicamente sustentada” e “economicamente justificada”. Fica claro, assim, que tais ações não podem decorrer de meras liberalidades, doações ou subsídios, mas precisam ser inseridas no contexto da racionalidade empresarial que caracteriza tais entes.

O artigo 27 da Lei nº 13.303 registra que as decisões do gestor, antes de constituir qualquer ato discricionário, tem que vir pautada por racionalidade na perspectiva da justificativa empresarial e da sustenta-

---

<sup>347</sup> **A função social das empresas estatais. Nova lei das Estatais torna a persecução do interesse coletivo mais difícil para as estatais.** Site Jota. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-funcao-social-das-empresas-estatais-19042017> . Acesso em: 25 jun. 2018.

bilidade do ponto de vista dos objetivos traçados para aquela unidade econômica de intervenção do Estado na economia.

Daí porque a tônica deste artigo são as práticas de mercado próprias do segmento em que atua determinada companhia ou sociedade (artigo 27, §2º), com investimento que venha sempre de maneira economicamente justificada (§1º).

Observando-se, ainda, a lógica de mercado pode haver celebração de convênio ou contrato de patrocínio, cujo permissivo vem contido no artigo 27, §3º da Lei nº 13.303, seja com pessoa física ou jurídica, para a promoção de atividades culturais, sociais, esportivas e de inovação tecnológica, desde que estudos comprovem a possibilidade de fortalecimento da marca; ou seja, de que haja forte probabilidade de retorno em termos de imagem e construção positiva em torno da marca junto ao contexto social e à coletividade em que está inserida.

A exigência mostra-se, uma vez mais, ligada à ideia de sustentabilidade econômica e de contrapartidas, em ambiente em que o gestor deve satisfação à conselho de administração e a acionistas, com o dever de comprovar a busca do lucro, em ambiente regulado e competitivo.

Contudo, registre-se a advertência de Ana Frazão e Luís Viviani<sup>348</sup>

Por mais irônico que seja, a nova Lei das Estatais torna a perseguição do interesse coletivo ou do interesse público geral – aqui não incluído obviamente o interesse público específico constante da lei autorizadora – mais difícil para as estatais do que para as companhias privadas em geral, pois enquanto estas possuem considerável autonomia para fazê-lo, desde que atendido o requisito da razoabilidade (art. 154, §4º, da Lei das S/A), as estatais passam a estar submetidas às regras específicas do artigo 27 da Lei nº 13.303/2016.

De qualquer forma, nota-se intenso esforço impulsionado por maior controle e transparência nos processos decisórios envolvendo investi-

---

<sup>348</sup> Idem.

mentos e intervenção do Estado em processos econômicos privados, notadamente aqueles indutores do desenvolvimento econômico nacional.

Os procedimentos de *accountability*, gestão transparente de recursos, divulgação de resultados, distribuição de dividendos e contratação profissional de agentes têm, cada vez mais, ocupado o lugar da gestão política das empresas estatais e a edição da Lei nº 13.303/2016 é marco que vem reforçar este entendimento, inclusive porque vem regulamentar o dispositivo constitucional do artigo 173, como já se disse.

Todavia, há que se adotar as devidas cautelas para que uma aplicação e interpretação rígidas de seus dispositivos não acabe por afastar as empresas estatais do atingimento de seu objetivo maior: a realização de seus fins estatutários, com a criação de mercados estratégicos, muitas vezes indutores de mercados específicos e realizadores de desenvolvimento local e nacional.

## Conclusão

O conteúdo normativo jurídico material dos dispositivos constitucionais informa um regime constitucional de políticas públicas relevante para a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e, portanto, para a realização do projeto de Nação.

Nesta direção, no que concerne à intervenção do Estado na economia, importantes diretrizes e instrumentos estão previstos no Texto Constitucional, como tivemos a oportunidade de verificar.

A edição de regulamentação recente, constante da Lei nº 13.303/2016, a par de compreender exigência dos artigos 170, 173 e 174 da Constituição, atende exigência atual da sociedade, que vem demandando maior transparência e controle dos investimentos públicos naquelas empresas criadas e mantidas pelo Estado.

Nesta direção, a interpretação e execução de suas normas constitui-se, cada vez mais, campo de pesquisa e atuação do estudioso e hermenêuta, no âmbito do compromisso com a criação das bases de uma sociedade mais justa e equânime.



## CAPÍTULO 11

# **A transformação do conceito de empresa e seu impacto no Estado e nas ordens jurídicas: o Constitucionalismo e a Fragmentação Transnacional da Sociedade e do Direito**

*Sérgio Antônio Ferreira Victor*

**Resumo:** O presente capítulo procura demonstrar as origens da criação da noção de empresa como uma ficção jurídica pensada pelos romanos para a facilitação das relações comerciais na sociedade. A partir disso, o trabalho propõe reflexão sobre o desenvolvimento dessa noção, antes centrada em uma metáfora gerada a partir do conceito de pessoa para uma construção ligada às relações, em geral, contratuais realizadas por esses entes. A partir disso, busca compreender como em um mundo conectado e globalizado, as relações em rede podem ter modificado a noção de empresa e qual o impacto dessas empresas e sociedades em rede no Estado e no constitucionalismo moderno.

**Palavras-chave:** Empresa. Ficção jurídica. Transformação. Sociedade em rede.

### **Introdução**

O direito empresarial é, em grande medida, parte de um contexto mais amplo típico da cultura jurídica ocidental, produto da cultura jurídica romana, que pode ser descrito nos moldes dos escritos de Fritz Schulz, como um processo de isolamento do mundo articulado através de ficções e conceitos<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> SCHLUTZ, F. *Prinzipien des römischen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1934, p. 19. Ver também: Fabian Steinhauer, Von Scheiden.

Esse processo de isolamento “ancorado na cultura do direito romano difere substancialmente da tradição clássica grega, que apesar de ter desenvolvido procedimentos jurídicos de resolução de conflitos ocasionais, decididos caso a caso, não logrou proporcionar uma diferenciação conceitual-abstrata do direito no sentido que o direito romano o fez<sup>350</sup>.

O conceito de lei/norma (“Gesetz”) grego, entretanto, ofereceu importantes subsídios para a formação do conceito legal romano, na medida em que o conceito de Lei/norma (“Gesetz”) apresentava-se mais como um conjunto de figuras da ordem social destoante da ideia de uma norma ou lei abstrata. Esse direito difere de concepções modernas de direito por estar desvinculado de uma noção central de sujeição a uma ordem completa, preestabelecida como a ordem do soberano moderno.

Pelo contrário, o conceito de lei/direito/norma romano e grego não se deixava reduzir a uma regra. Em vez disso, era sim parte de uma ordem incompleta, aberta para a experiência. Na *estoa*, por exemplo, como Bernhard Waldenfels demonstra de forma categórica, evidenciava-se como a relação entre lei/direito e cidadão/indivíduos se dava na forma cotidiana experimental da ação e não ditada por um ente supremo<sup>351</sup>.

Também o fenômeno da retórica, dentro desse contexto de formação da cultura jurídica ocidental, teve um proeminente papel e já renunciava essa dimensão aberta da sociedade. Apesar de ficar adstrita a uma ordem mais ou menos estática e ideologicamente ligada ao interesse de uma pequena elite romana, a retórica se desenvolveu como um conhecimento especializado necessário para lidar com processos jurí-

---

<sup>350</sup> GÖDDE, Susanne; GESETZ, Recht ohne. **Verfahren der Rechtsprechung in der Literatur der griechischen Antike**. Ancilla iuris, 2015, p. 31. O direito romano baseado em “actio” não chegou, entretanto, a elaborar uma distinção entre *direito processual* e *direito material* como se conhece atualmente. Para tanto, ver especialmente: BEKKER, Ernst Immanuel. **Die Aktionen des römischen Privatrechts**. tomo I. London: Forgotten Books, 2007.

<sup>351</sup> PLATON, Bernhard Waldenfels. **Zwischen Logos und Pathos**. Suhrkamp, 2017, p. 96. Ver também: VOGT, Katja Maria. **Law, Reason and the Cosmic City: political philosophy in the early stoa**. Oxford: OUP 2008, p. 160 ss.

dicos<sup>352</sup>. Acima de tudo, ela já figurava como uma certa canonização de um conhecimento comum articulado além da tradição, em que o procedimento e a experimentação se colocavam em primeiro plano em face da autoridade e da tradição<sup>353</sup>.

Nesse contexto de surgimento de uma ordem de conhecimento que se distancia aos poucos da religião e da tradição, gerada por relações jurídicas fictícias, é que se pode afirmar – como A. Schiavone o faz – que o direito passa a ser determinado por uma “tecnologia” que cria novas formas de interação e expectativas, novas regras de presunção, novas obrigações de conhecimento e confiança para novas relações cotidianas, como compra e venda etc.<sup>354</sup>. A realidade passa a ser construída pelas ficções jurídicas e seus efeitos sobre a vida cotidiana, e não pode mais ser pressuposta como algo já dado.

Nesse contexto de “ficcionalização” da realidade pelo direito, insere-se o direito empresarial moderno. Apesar da existência de um largo espaço temporal entre o direito romano e a ascensão da forma “empresa” ou sociedade de capital do século XIX, de fato, sem uma vinculação à tradição romana do direito, dificilmente poderia-se imaginar uma discussão sobre uma entidade possuidora de direitos e deveres que não materializada como um ser humano ou em um ente sagrado.

A empresa, enquanto pessoa jurídica, é uma das mais modernas aquisições evolutivas do direito ocidental, pois aumenta ainda mais o grau de artificialidade da sociedade contemporânea, dinamizando o capital social com a inserção de sujeitos de direito artificiais dentro de relações jurídicas cada vez mais abertas e dinâmicas.

---

<sup>352</sup> HUMFESS, Caroline. **Orthodoxy and the Courts in Late Antiquity**. Oxford: Oxford UP, 2007, p. 233 ss. HUMFRESS, Caroline. Roman law, forensic argument and the formation of christian orthodoxy: III – V centuries. In: ELM, Susanna et al. (Orgs.) **Orthodoxie, christianisme, histoire, Rom**: Collection de l'École française de Rome, 2000, p. 127.

<sup>353</sup> Para um estudo sistemático da retórica, ver: ADEODATO, Joao Mauricio. **Ética e retórica para uma teoria da dogmática jurídica**. Sao Paulo: Saraiva 2002.

<sup>354</sup> SCHIAVONE, Aldo. **Ius**: la invención del derecho en Occidente. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2009, p. 14.

## 1 Corporação como ficção jurídica

Além do arcabouço jurídico propiciado pela cultura romana, certamente um dos cerne do desenvolvimento do debate sobre a empresa como pessoa jurídica surge com o direito das corporações medievais, especialmente com as discussões do direito civil do século XIX<sup>355</sup>. Fato é que até mesmo quanto à pessoa natural nem sempre houve consenso sobre sua personalidade jurídica<sup>356</sup>.

A personificação jurídica é mais um ato da ordem jurídica ou do direito objetivo que cria um artefato semântico, o qual gera, ou pode gerar, obrigações e deveres dentro dessa ordem. Hans Kelsen acertadamente critica o conceito de pessoa natural, ao afirmar que tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa natural são ficções criadas pelo ordenamento jurídico. Savigny, por sua vez, dentro do contexto do século XIX, formulava o conceito de pessoa jurídica, de sujeito de direito, de modo coincidente com o conceito de ser humano. Apenas de forma adicional e esporádi-

---

<sup>355</sup> HENKEL, W. **Zur Geschichte der juristischen Person im 19. Jahrhundert.** Geschichte und Kritik der Fiktionstheorie, Göttingen 1973.

<sup>356</sup> O reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de todas as pessoas naturais como detentoras de direitos e deveres de forma universal é algo novo, haja vista a posição dos escravos dentro dos ordenamentos no século XIX. Ainda mais marcante é a posição dos judeus dentro do regime nazista. Nesse, especialmente pela contribuição de Karl Larenz, tiveram sua personalidade jurídica não reconhecida por não pertencerem à comunidade racial (“Volksgenossen”), abrindo caminho para a desapropriação sem base legal. Nesse ponto fica claro que, mesmo a personalidade jurídica da pessoa natural é algo tão artificial quanto a personalidade jurídica da empresa. Exemplar na exclusão da personalidade jurídica dos judeus, “Rechtsgenosse zu sein, daß heißt im Recht zu leben und eine bestimmte Gliedstellung auszufüllen, ist also ein Vorrecht des Volksgenossen. Es ist, wann man so will, eine besondere Qualität nicht des Menschen schlechthin, sondern des Volksgenossen. Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, der deutsches Blutes ist. Dieser Satz könnte (...) an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden. Nur der Rechtsgenosse nimmt in vollem Maße an dem Rechtsleben der Volksgemeinschaft teil”. LARENZ, Karl. **Rechtsperson und 1935**, p. 241. Ver também: LARENZ, Karl. **Volksgenossen und Recht: Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule.** In: *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, Heft 1, 1935, 40-61. De forma sistemática, sobre a relação entre Larenz e o nazismo, ver: HÜPERS, Bernd ; Larenz, Karl . **Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart**, 2010.

ca, o ordenamento jurídico poderia conceder a capacidade jurídica a um ente que não fosse ser humano, como é o caso das empresas<sup>357</sup>.

A crescente artificialidade das ordens sociais modernas também se revela a partir da discussão sobre a capacidade jurídica do Estado, ou seja, sobre a subjetividade jurídica de Estados nacionais. Especialmente no caso da formação dos Estados nacionais, a atribuição de uma personalidade jurídica independente do soberano foi uma aquisição ainda mais complicada. Dois processos sociais distintos levaram a uma personificação do Estado em seu sentido jurídico. O primeiro processo decorre do aumento de contatos externos entre os Estados, forçando, dentro do *ius gentium*, que houvesse uma relação entre seus respectivos direitos, deveres e obrigações distinta da de pessoas concretas<sup>358</sup>, com a consequente queda do *ius publicum europaeum* e o surgimento de vários estados nacionais na segunda metade do século XIX<sup>359</sup>.

O segundo processo social, interno ao Estado, decorre do longo processo de secularização, bem descrito por Ernst Kantorowicz, que demonstra como os glosadores medievais usaram a tradição do direito romano, especialmente o instituto da ficção, para garantir a continuidade da dinastia na passagem de um antecessor para seu sucessor, ou seja, para garantir a continuidade da autoridade temporal independentemente da perenidade do corpo concreto. Nesse contexto, a ficção da coroa cunhou

---

<sup>357</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. **System des heutigen Römischen Rechts**. Tomo 2, 1840, p. 2. Ver também: FLUME, W. Savigny und die Lehre der Juristischen Person. In: Festschrift für Wieacker, 1978, p. 340 ss. Especialmente Franz Wieacker, Zur Theorie des Juristischen Person des Privatrechts. In: Festschrift für Huber. Nesse ponto se vê a influência kantiana em Savigny.

<sup>358</sup> SCHRÖDER, Jan. Die Entstehung des modernen Völkerrechtsbegriffs im Naturrecht der frühen Neuzeit. In: **Jahrbuch für Recht und Ethik** 8 (2000), S. 47–71. p. 49, e 63ss. Ver também o clássico HÄFELIN, Ulrich. **die Rechtspersönlichkeit des Staates**. Tübingen Mohr Siebeck, 1959.

<sup>359</sup> SCHMITT, Carl. **Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997.

uma importante distinção entre pessoa humana e coroa<sup>360</sup>, que mais tarde assentaria a distinção entre pessoa e cargo da burocracia moderna.

A explosão do número de Estados nacionais na segunda metade do século XIX coincide também com o surgimento das grandes corporações. O problema da personificação jurídica desses entes aos poucos passa a ser tema central para a empresa de capital, especialmente a partir do início do século XX. Nesse ponto, faz-se necessário recorrer à crítica do renomado historiador alemão Jürgen Osterhammel sobre o conceito de “segunda revolução industrial”. Para o autor, essa formulação deixa de fora a principal inovação do século XIX, especificamente a da empresa moderna. Para tanto, ele propõe a nomenclatura “segunda revolução econômica” para conseguir captar a real inovação institucional trazida pela empresa moderna, que já agia de forma a interligar mercados de consumo de diferentes continentes<sup>361</sup>.

Uma dimensão ainda pouco trabalhada pelos juristas é a de ligação de sentido por intermédio de metáforas. Conforme aponta Hans Blumenberg em sua *Metaforologia*, metáforas não apenas indicam contingências, elas também compensam e interligam contingências entre si<sup>362</sup>, oferecem um reservatório de sentido, gerando um efeito de signi-

---

<sup>360</sup> Essa distinção foi de suma importância para a formação do pensamento político moderno: “the notion of the Crown, introduced in England during the twelfth century mainly in fiscal and legal matters, began to gain new momentum under the impact of Canon Law concepts and to assume constitutional connotations which it did not have before”. KANTOROWICZ, Ernst, p. 341-359. Ver também: RUNCIMAN, David. **Pluralism and the Personality of the State**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

<sup>361</sup> OSTERHAMMEL, Jürgen. **Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts**. München: C. H. Beck, 2010, p. 925. Wischermann e Nieberding ainda acentuam, nesse contexto, que, sem a criação da sociedade de capital aberto, seria impensável o desenvolvimento da economia alemã nesse período. Para tanto, ver: NIEBERDING, Wischermann. **Die Institutionelle Revolution**. Franz Steiner Verlag, 2004, p. 256.

<sup>362</sup> BLUMENBERG, Hans. **Paradigmen zu einer Metaphorologie**, Frankfurt am Main. Suhrkamp, 1998, p. 16.

ficação de um campo em outro<sup>363</sup>. No direito empresarial, especialmente na figura da empresa, pode-se identificar um claro uso da metáfora enquanto transposição de um mundo de sentido para outro. Identificar com uma pessoa unitária a empresa, algo desconexo, com divisão de trabalho, composta muitas vezes por muitas pessoas em papéis diferentes, demonstra como a força metafórica de transpor mundos de sentidos distintos possui uma performatividade na transformação do social.

A metáfora da pessoa, com seu significado unitário, centralizado no corpo, como o sujeito moderno, transpassa para um organização abstrata (empresa) toda essa carga de sentido do sujeito moderno, que denota responsabilização pelos seus atos no trânsito social. A figura clara e unitária da pessoa/sujeito aplicada à empresa/organização abre para a sociedade, pela imputação de direitos e obrigações, um novo horizonte de mediatização do capital (não só financeiro, mas social), por meio de relações jurídicas levadas a cabo não mais apenas por pessoas de carne e osso, mas, abstratamente, por entrepostos de sujeitos legais artificiais que dinamizam ainda mais a sociedade moderna, criando novas relações, expectativas e comportamentos.

Esse aspecto do direito empresarial moderno, ligado à artificialização da sociedade, dentro da herança do direito romano, revela também uma dimensão quase que esquecida dentro da teoria do direito e do Estado. Tradicionalmente o direito moderno é visto como derivado de uma decisão (“Willensentscheidung”). Tanto o conceito de soberania quanto o de democracia moderna centram-se nesse elemento fundacional do direito: o direito ou deriva da vontade do soberano, ou da vontade popular expressa no parlamento<sup>364</sup>.

---

<sup>363</sup> “Metaphorisches Wissen ist Orientierungswissen, es gibt vor, wie wie uns fremde, unzugängliche, überkomplexe oder anderweitig der Evidenz entzogene Sachverhalte”. (p. 15)

<sup>364</sup> Na nova vertente crítica dentro da teoria social e da teoria do direito, desloca-se a centralidade da produção do direito do Estado e parlamento para o conceito de exceção. Porém a centralidade da produção jurídica ainda é mantida. Negligencia-se assim a produção do direito no cotidiano.

O direito empresarial, com a criação fictícia da pessoa jurídica da empresa e as consequências para a sociedade, revela um direito que é operado e gerado pela prática dos entes privados, sem uma relação de sujeição direta com o Estado. Aqui o direito empresarial se aproxima do que Franz Böhm chamou de “direito da sociedade privada” (“Privatrechtsgesellschaft”)<sup>365</sup>, no qual, dentro da linha do direito romano, é reconhecida parcialmente aos particulares a produção prática do direito por meio dos institutos do direito privado<sup>366</sup>. Nesse ponto, a tradição ocidental, advinda do direito romano, na qual a ficcionalização do direito gerou a criação de conceitos e ficções jurídicas, distancia-se, por exemplo, da produção do direito em ligação a uma origem religiosa<sup>367</sup>.

## **2 Transformação do imaginário empresarial: da pessoa ao *nexus of contracts***

Um profunda transformação no pensamento econômico, com forte repercussão na teoria e na prática da atividade empresarial, ocorre a partir da década de setenta, quando alguns já prenunciavam uma verdadeira revolução no direito empresarial, com a euforia da nova complexidade social<sup>368</sup>.

O início da transformação do direito empresarial, com a doutrina do *nexus of contracts*, ocorre no ano de 1976, com o impactante artigo de Jensen e Merckling, no qual se estabeleceu um novo marco fundacional da teoria empresarial<sup>369</sup>. Para os autores, uma geração inteira de

---

<sup>365</sup> BÖHM, Franz. Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft. **ORDO** 17, 75-151, 1966.

<sup>366</sup> HARRIES, Jill. **Cicero and the jurists: from citizen’s law to the lawful state**. London: Bristol Classical Press, p. 186 ss.

<sup>367</sup> Para a compreensão de Deus como origem do direito no direito islâmico, ver: CRONE, Patricia. **Roman, provincial, and islamic**. Cambridge: UP 2010, p. 98 ss.

<sup>368</sup> ROMANO, Roberta. After the revolution in corporate law. **Yale Law & Economics Research Paper n. 323**, October 9, 2005, p. 342. Ver também: WINTER, Ralph K. Preface. In: Romano, Roberta. **The Genius of America Corporate Law**. The AEI Press, 1993, xii.

<sup>369</sup> JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure, **3 J. FIN. ECON.** 305, 309-10 (1976), p. 311.

juristas e economistas teve, até então, uma percepção errada da empresa, em que o distintivo central não era mais apenas a separação entre proprietário e controlador de fato da pessoa jurídica<sup>370</sup>, mas uma “multitude of complex relations (i.e.) between the legal fiction (the firm) and the owners of labor, material and capital inputs and the consumers of outputs”<sup>371</sup>. Os autores ainda prosseguem:

Viewing the firm as the nexus of a set of contracting relationships among individuals also serves to make it clear that the personalization of the firm implied by asking questions such as what should be the objective function of the firm does the firm have a social responsibility is seriously misleading. *The firm is not an individual*. It is a legal fiction which serves as a focus for a complex process in which the conflicting objectives of individuals (some of whom may represent other organizations) are brought into equilibrium within a framework of contractual relations. In this sense the behavior of the firm is like the behavior of a market; i.e., the outcome of a complex equilibrium process. We seldom fall into a trap of characterizing the wheat or stock market as an individual, but we often make this error by thinking about organizations as if they were persons with motivations and intentions.

A empresa, que, até então, era vista pelo conhecimento figurativo da metáfora da pessoa como centro de imputação de direitos e deveres, passa a ser uma entidade decorrente de uma rede de contratos mais dispersos do que uma organização em sentido tradicional.

Especialmente no debate da década de noventa, nos Estados Unidos, fica clara essa mudança na contraposição entre os termos *entity law* e *enterprise law*. Para Philipp Blumberg, por exemplo, a doutrina ignorava a realidade do setor corporativo e da organização industrial

---

<sup>370</sup> Para uma boa reconstrução da teoria empresarial moderna, ver: DAVIS, Gerald F. The twilight of the berle and means corporation. **Seattle University Law Review**, vol. 34, p. 1121-1138.

<sup>371</sup> JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure, **3 J. FIN. ECON.** 305, 309-10 (1976), p. 311.

do mundo contemporâneo. Esta doutrina estaria ainda orientada à realidade da empresa singular de posse dos investidores *shareholders*. Esse paradigma seria anacrônico comparado à real estrutura do setor corporativo, na qual grupos empresariais se articulam por empresas independentes, mas com laços indiretos de dependência<sup>372</sup>.

A mais-valia, porém, da doutrina do *nexus-of-contracts*, reside no fato de que ela preparou o caminho para a transferência da apoteose do mercado, no sentido dado por Hayek, para as relações internas da empresa. Nesse ponto de diferença entre organização e rede encontra-se a crítica de Hayek ao antropomorfismo conceitual. Apesar de reconhecer a importância de uma metaforologia, Hayek criticava veementemente a metáfora do organismo para explicação da sociedade.

Em tal metáfora, presente no imaginário coletivo desde Menenius Agrippa, internaliza-se a contemplação de uma visão hierárquica e autoritária da sociedade, na qual está denotado recorrentemente um criador da ordem social ou, ao menos, que a ordem social seria produto de um plano coletivo, deixando cada vez menos espaço para a formação e o surgimento de ordens espontâneas<sup>373</sup>.

A crítica de Hayek ao antropomorfismo conceitual revela, por um lado, a tentativa de eliminar do direito societário toda e qualquer relação antropomórfica, de modo a transformar o centro conceitual e metafórico do direito e economia, orientando-o, por outro lado, à presença e à visibilidade das relações contratuais individuais e à complexidade interna dessas relações heterárquicas<sup>374</sup>.

Para a dogmática jurídica o grande desafio nesse contexto é conseguir desenvolver conceitos jurídicos adequados para essa nova realida-

---

<sup>372</sup> BLUMBERG, Philip. **The multinational challenge to corporation law: the search for a new corporate personality**. New York, Oxford: Oxford University Press 1993, p. X; BLUMBERG, Phillip. *Amerikanisches Konzernrecht. Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, vol. 11, 1994, p. 264-309.

<sup>373</sup> HAYEK, Friedrich. **Recht, Gesetzgebung und Freiheit**. tomo 1. Landsberg: Editora Moderne Industrie, 1980, p. 44 e 77.

<sup>374</sup> DAMLER, Daniel. **Konzern und Moderne: Die verbundene juristische Person in der visuellen Kultur 1880-1980**. Frankfurt am Main: Klostermann, 2016.

de, na qual a distinção até então central e bem delineada entre mercado e organização não goza mais de adequabilidade social<sup>375</sup>.

Nesse ponto, a crítica de Richard Buxbaum – “network is not a legal concept” –<sup>376</sup> contrapõe-se à produtividade com que Gunther Teubner trabalhou com a nova dinâmica das empresas a partir do direito contratual, demonstrando como novos laços de responsabilidade nascem e devem ser limitados pela dogmática jurídica em um novo ambiente de reciprocidade generalizada “das novas cadeias globais das empresas virtuais, sistemas de *franchising* e *just-in-time*”<sup>377</sup>.

Para Teubner, o papel da dogmática jurídica seria de se abrir para pesquisas interdisciplinares sobre formações de redes para, então, analisar sua lógica de ação, acima de tudo as chances e os riscos da responsabilização inerentes a esse novo tipo de formação social<sup>378</sup>. O autor em questão vê no conceito de “união contratual” (“Vertragsverbund”) a âncora principal para se desenvolver uma nova dogmática que seja adequada aos problemas atinentes às redes contratuais<sup>379</sup>.

Especialmente no caso das cooperações virtuais entre empresas, uma forma de interligação proporcionada pelos novos meios de comunicação exige uma abordagem criativa tanto por parte da teoria da orga-

---

<sup>375</sup> Sobre a autonomia da dogmática jurídica e sua concomitante dependência da sociedade, ver: LUHMANN, Niklas. **Rechtssystem und Rechtsdogmatik**. Stuttgart: Kohlhammer, 1974, p. 49 ss. e, mais recente, LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft Frankfurt**. Suhrkamp, 1993, p. 496 ss. Do contexto do direito privado: WIELSCH, Dan. **Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte der Rechts der Wirtschaftsgesellschaft**. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 166 ss.

<sup>376</sup> BUXBAUM, Richard. Is Network a Legal Concept? **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, p. 698 ss.

<sup>377</sup> TEUBNER, Gunther. **Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht**. Baden-Baden: Nomos, 2000.

<sup>378</sup> TEUBNER, Gunther. **Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht**. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 12 ss.

<sup>379</sup> TEUBNER, Gunther. **Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht**. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 101 e ss.

nização quando dos institutos dogmáticos que circundam esse campo. Recorrentemente, empresas modernas encontram-se em ambientes virtuais ou plataformas apenas temporariamente, para trabalho comum em um determinado projeto. Para a coordenação do trabalho, não é eleita nenhuma organização específica, mas a ligação se dá por contratos bilaterais entre as empresas.

Na União Europeia, tem-se desenvolvido projetos para se implantar *best practices* dentro desse contexto<sup>380</sup>. Acima de tudo, no campo responsabilidade civil, a cooperação virtual de vários níveis traz graves problemas conceituais, pois nem o instrumentário do direito contratual nem o do direito societário conseguem abarcar as novas formas, e os novos problemas.

Um exemplo claro dos problemas jurídicos decorrentes desse novo tipo de formação, tida como a forma empresarial mais bem-sucedida da atualidade<sup>381</sup>, encontra-se em estabelecer qual é o tipo de relação jurídica que o membro da rede trava, uma vez que não possui contrato bilateral. No entanto, é certo que a ele são atribuídos deveres jurídicos, os quais têm sido inseridos dentro do que a dogmática do direito civil tem chamado de *ligação especial* (“Sonderverbindung”)<sup>382</sup>.

#### **4 Conclusão – Confusão do imaginário empresarial: do *nexus of contracts* à sociedade da plataforma**

Recentemente uma transformação da complexidade social trouxe consigo outro desafio para o direito e para a sociedade, com o aprofundamento das relações digitais e com o surgimento de novas formas de interação dentro da rede por indivíduos em si, e também entre empresas.

---

<sup>380</sup> Veja-se o caso de GloNet: [www.glonet-fines.eu](http://www.glonet-fines.eu) e também Bivee: [www.bivee.eu](http://www.bivee.eu)

<sup>381</sup> Central no tema: MALONE, Davidow. *The Virtual Corporation: Structuring and Revitalizing the Corporation for the 21st Century*, 1992. **International Journal of Computer Integrated Manufacturing**, Special Issue: Collaborative Networks as Modern Industrial Organisations: Real Case Studies, Issue 1-2, 2013, S. 1 ff.

<sup>382</sup> KREBS, Peter. *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*. Universitäts -Akademieschriften, 2000, p. 339 ss.

A sociedade, até então descrita como sociedade de redes, passa por uma mudança nas estruturas das redes, as quais tendiam a uma extrema verticalização, alterando o *status* da teoria da empresa e da organização atual. A nova complexidade social, agora fundada por desenvolvimentos tecnológicos no campo da inteligência artificial e do processamento de dados, transforma o ambiente da rede, antes estruturado em torno de uma tendencial heterarquisação das relações.

Tais relações agora inclinam-se a ganhar contornos verticalizantes, o que se descreve, dentro da literatura especializada, como um movimento de plataformização da internet, no qual a infraestrutura dominante e o modelo econômico<sup>383</sup> passam a ser a plataforma<sup>384</sup>.

Como Nick Srnicek bem pontua:

A different business model was necessary if capitalism firms were to take full advantage of dwindling recording costs. This chapter argues that the new business model that eventually emerged is a powerful new type of firm: the platform.<sup>385</sup>

A sociedade das plataformas tem sido especialmente conhecida pelo público em geral pela ascensão das redes sociais e aplicativos de conversas. Apesar da popularidade e das novas formas de interação criadas, nota-se, especialmente quanto ao tema *fake news*, como tanto o sistema político quanto o sistema judiciário ainda não desenvolveram uma compreensão adequada desse novo fenômeno, para, então, pensar numa forma adequada de intervenção.

---

<sup>383</sup> SRNICEK, Nick . **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017. Para um leitura jurídica-política das plataformas, ver HANEL, Katharina ; MARSCHALL, Stefan . Die Nutzung kollaborativer Online-Plattformen durch die Parteien: Top down oder bottom up. **Zeitschrift für Politik**, n 22, 2012, p. 5 ss.

<sup>384</sup> HELMOND, Anne . The platformization of the web: making web data platform ready. **SO Culture Digitallity**, p. 1 ss. Sobre a transformacao do direito do trabalho depois da plataforma, ver: SCHMITT, Florian . **Arbeitsmärkte in der Plattformökonomie**: Zur Funktionsweise und den Herausforderungen von Crowdwork und Gigwork. Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin 2013. Também de forma mais geral: COHEN, Julie E. . Law for the Platform Economy. *UC Davis Law Review*, vol. 51, ano 2017, p. 133 ss.

<sup>385</sup> SRNICEK, Nick . **Platform capitalism**; Cambridge: Polity Press, 2017, p. 42.

Entretanto, a sociedade das plataformas não apenas desenvolveu seu modelo econômico no ambiente das redes sociais, mas também várias empresas de setores tradicionais têm tentado adentrar na lógica das plataformas para ganhar novas vantagens em relação aos concorrentes. Esse é o caso de GE, Siemens, IBM, John Deere, Monsanto, novas *start-ups*, entre outras.

Diferentemente das empresas tradicionais, que têm de criar um novo mercado para expor seus produtos, as plataformas “apenas” oferecem um ambiente digital como infraestrutura básica para mediar diversos grupos, empresas e indivíduos. Essa estrutura depende essencialmente de “efeitos de redes”, i.e. quanto mais usuários, maior sua posição no mercado.

Dentre os vários tipos de plataformas que operam nesse sentido, encontram-se: (a) *plataformas de marketing* (Google, Facebook), as quais operam extraindo informação de seus usuários, e depois, a partir de uma análise por algoritmos, vendem os espaços para o público-alvo com alta precisão de influência; (b) *plataformas industriais* (GE e Siemens), as quais criam *hardwares* e *softwares* para transformar o manufaturamento tradicional em processo conectado com a internet, reduzindo, assim, os custos de produção e transformando bens em serviços; (c) *plataformas de aluguel* (Uber, Airbnb), as quais reduzem sua participação como proprietários ao mínimo, utilizando aplicativos para inserção de terceiros nos serviços prestados, taxando-os pela utilização da plataforma; (d) *plataformas de produtos* (Rolls Royce, Spotify), as quais geram receita usando outras plataformas para transformar bens tradicionais em serviços, coletando taxas e inscrições destes.

Julie Cohen define com precisão o conceito de plataforma da seguinte forma:

*Platforms exploit the affordances of network organization and supply infrastructures that facilitate particular types of interactions, but they also represent strategies for bounding networks and privatizing and controlling infrastructures. They operate with the goal of making clusters of transac-*

*tions and relationships stickier — sticky enough to adhere to the platform despite participants' theoretical ability to exit and look elsewhere for other intermediation options. To accomplish that goal, platforms must provide services that participants view as desirable and empowering, thereby generating and enabling participants to leverage network externalities.*<sup>386</sup>

Nesse modelo de interligação entre verticalização (redes) e horizontalização (monopólio), a sociedade das plataformas desenvolve uma nova forma de empresa, obrigando as demais empresas a articularem-se dentro da infraestrutura disponibilizada pelas plataformas. Em outras palavras, por um lado elas desenvolvem estratégias típicas da sociedade de redes, em que há uma horizontalização das relações individuais, e por outro, elas conectam uma dimensão vertical de monopolização da posição de mercado típica das grandes corporações individuais<sup>387</sup>.

Justamente nessa recente gramática social é que o direito empresarial e os demais ramos do direito enfrentarão os desafios de adequar-se, de forma compatível, à nova complexidade social. Pensar novos contornos do direito, novos conceitos e novos institutos adequados a essa atual realidade será a principal tarefa de uma ciência do direito que reflete sobre o meio em que ela se articula.

---

<sup>386</sup> Julie E. Cohen. **Law for the Platform Economy**, v. 51, ano 2017, UC Davis Law Review, p. 144.

<sup>387</sup> Tarleton Gillespie. The politics of platforms, **12 New Media & Society**, 2010, p. 347.

## AUTORES

### **André Guilherme Lemos Jorge**

Advogado com Graduação pela PUC/SP. Juiz Titular do TRE/SP (2014/2016). Conselheiro CTC CAPES-MEC (2005/2008). Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Penal pela Escola Superior do MP/SP. Diretor do Mestrado em Direito da UNINOVE-SP. Cursando Pós-Doc em Salamanca-Espanha.

### **Bruno Dantas**

Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP). Possui Pós-Doutorado em Direito pela UERJ, com pesquisas desenvolvidas como Visiting Scholar na Cardozo School of Law (Nova York). Foi Scientific Guest do Max Planck Institute for Regulatory Procedural Law (Luxemburgo) em 2017. Atualmente é Professor Titular do Mestrado em Direito da UNINOVE (São Paulo) e Professor Visitante do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito-Rio.

### **Celso Antônio Pacheco Fiorillo**

É o primeiro professor Livre-Docente em Direito Ambiental do Brasil bem como Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (pela PUC/SP). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Director Académico do Congresso de Derecho Ambiental Contemporáneo España/Brasil-Universidade de Salamanca (ESPANHA) e Miembro del Grupo de Estudios Procesales de la Universidad de Salamanca – Grupo de Investigación Reconocido IUDICIUM (ESPANHA). Professor convidado visitante da Escola Superior de Tecnologia do Instituto Politécnico de Tomar (PORTUGAL) e Professor Visitante/Pesquisador da Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università Degli Studi di Napoli (ITALIA).

**Guilherme Amorim Campos da Silva**

É Doutor em Direito Constitucional (2010) e Mestre em Direito do Estado (2002) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE. Sócio de Rubens Naves Santos Jr. Advogados.

**João Maurício Adeodato**

Professor da Faculdade de Direito de Vitória e da Faculdade de Direito da Uninove. Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Mestre, Doutor e Livre Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado e Professor Convidado em diversas Universidades Alemãs pela Fundação Alexander von Humboldt. Professor Convidado em diversos outros países. Advogado.

**José Renato Nalini**

Atualmente, é Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE e Secretário de Estado da Educação de São Paulo. Escreveu mais de duas dezenas de livros, com foco na Ética, Filosofia e Formação de Magistrados. O livro *Ética Geral e Profissional* está na 11ª edição. Eleito imortal da ACADEMIA PAULISTA DE LETRAS em 2003, foi seu Presidente em dois mandatos e também integra inúmeras outras Academias, assim como Conselhos Consultivos de órgãos como a SOS-MATA ATLÂNTICA e o Conselho Editorial da Revista da USP.

**Manoel de Queiroz Pereira Calças**

Magistrado no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desde 1976. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no biênio 2018/2019. Professor de Direito Comercial no Curso de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FADUSP); Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Tem experiência na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Comercial, atuando princi-

palmente nos seguintes temas: Empresários e Sociedades Empresárias, Falência e Recuperação de Empresas, Propriedade Industrial e Franquias, Títulos de Crédito e Contratos Empresariais.

### **Marcelo Benacchio**

É professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Professor Convidado da Pós-Graduação lato sensu da PUC/COGEAE e da Escola Paulista da Magistratura. Prof. Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: desenvolvimento econômico, ordem jurídica da economia, direitos humanos e responsabilidade civil.

### **Newton De Lucca**

Professor do Corpo Permanente da Pós-Graduação Stricto Sensu da UNINOVE. Desembargador Federal Presidente do TRF da 3ª Região / bi-ênio 2012/2014. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Membro da Academia Paulista de Direito. Presidente da Comissão de Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico do Ministério da Justiça. Vice-Presidente do Instituto Latino-americano de Derecho Privado.

### **Renata Mota Maciel Madeira Dezem**

Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

### **Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**

Mestre e Doutor em Direito do Estado, respectivamente em Direito Tributário e Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos Cursos de Mestrado e bacharelado em Direito na

UNINOVE. Professor permanente do Curso de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE – Universidad de la Empresa – Montevideú/Uruguai. External Researcher da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG. Advogado no Brasil e em Portugal.

### **Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques**

Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Advogada. Integrante do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da FECOMERCIO e membro do Conselho de Estudos Avançados da FIESP (CONSEA). Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE.

### **Sérgio Antônio Ferreira Victor**

Pós-Doutor em Teoria do Direito – Goethe Universitat Frankfurt Am Main; Doutor em Direito do Estado – USP; Mestre em Direito e Políticas Públicas – UniCeub; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eleitoral – IBRADE; Professor do curso de pós-graduação stricto sensu em Direito da Uninove; Professor do UniCeub e do IDP; Advogado.

A Constituição Brasileira de 1988 elencou em seu Art. 170 os princípios que regem a ordem econômica. O Texto Constitucional estabelece as diretrizes a serem seguidas pelo Estado na economia, de maneira a preservar a livre iniciativa e a livre concorrência. A intervenção do Estado na economia se dá de duas formas: direta e indireta. Na direta o ente estatal atua como agente econômico, por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, ou quando intervém excepcionalmente em empresas privadas. Atua de forma indireta o Estado na qualidade de agente regulador e normatizador da atividade econômica, com vistas a garantir a aplicação dos princípios constitucionais, por meio da fiscalização, do incentivo e do planejamento e da punição do abuso do poder econômico e das distorções do mercado.

Esta obra pretende abordar o direito empresarial, suas ESTRUTURAS E REGULAÇÃO.

*André Guilherme Lemos Jorge*

