

INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA POR MEIO DA REGULAÇÃO E SEUS EFEITOS PARA O EXERCÍCIO DA EMPRESA

STATE INTERVENTION IN THE ECONOMIC ORDER BY REGULATION AND ITS EFFECTS TO ENTREPRENEURIAL ACTIVITY

INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL ORDEN ECONÓMICO POR MEDIO DE LA REGULACIÓN Y SUS EFECTOS PARA EL EJERCICIO DE LA EMPRESA

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES

<https://orcid.org/0000-0002-4623-2953> / <http://lattes.cnpq.br/4600525837414056> / asaa@uol.com.br

Universidade Federal do Rio de Janeiro / Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Rio de Janeiro, RJ, Brasil

LETÍCIA LOBATO ANICET LISBOA

<https://orcid.org/0000-0002-4627-0423> / <http://lattes.cnpq.br/0248146732386994> / leticialisboa@yahoo.com.br

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.
Rio de Janeiro, RJ, Brasil

RESUMO

O objetivo do presente artigo é a análise da intervenção estatal na ordem econômica por meio da regulação e seus efeitos para o exercício da empresa. O método dedutivo foi utilizado para elaboração do trabalho e a pesquisa realizada foi de caráter bibliográfico-documental. O trabalho está estruturado em três capítulos, a partir da apresentação do conceito de Estado e ordem normativa por Hans Kelsen. Por conseguinte, tratou-se sobre a atividade empresária e os limites impostos pelos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência para atuação do Estado em face dos empresários. Verificou-se que, em relação à empresa, há dificuldades informacionais e de governança das agências reguladoras em seus segmentos. Ao final, conclui-se que é necessária a implementação de novos processos de governança pública com vistas à reformulação das normas e ganho de eficiência para os empresários, conforme os setores regulados.

Palavras-chave: Empresa; Governança; Regulação.

ABSTRACT

The objective of this article is the analysis of the state intervention in the economic order through regulation and its effects for the company exercise. The deductive method was used to elaborate the present paper and the research carried out has been done with bibliographic-documentary basis. The work was structured in three chapters, within the presentation of the concept of state and normative order by Hans Kelsen. Therefore, the business activity was analyzed and the limits imposed by the constitutional principles of free initiative and free competition for the State to act in the face of entrepreneurs. It was verified that, in relation to the company, there are informational and governance difficulties of the regulatory agencies in their segments. Finally, it is concluded that it is necessary to implement new processes of public governance with a view to reformulation of standards and efficiency gains for entrepreneurs, according to the regulated sectors.

Keywords: Enterprise; Governance; Regulation.

RESUMEN

El objetivo del presente artículo es el análisis de la intervención estatal en el orden económico por medio de la regulación y sus efectos para el ejercicio de la empresa. El método deductivo fue utilizado para la elaboración del trabajo y la investigación realizada fue de carácter bibliográfico-documental. El trabajo está estructurado en tres capítulos, a partir de la presentación del concepto de Estado y orden normativo por Hans Kelsen. Por consiguiente, se trató sobre la actividad empresarial y los límites impuestos por los principios constitucionales de la libre iniciativa y

de la libre competencia para la actuación del Estado frente a los empresarios. Se verificó que, en relación a la empresa, hay dificultades informacionales y de gobernanza de las agencias reguladoras en sus segmentos. Al final, se concluye que es necesaria la implementación de nuevos procesos de gobernanza pública con miras a la reformulación de las normas y la ganancia de eficiencia para los empresarios, conforme a los sectores regulados.

Palabras-clave: Empresa; Gobernabilidad; Regulación.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O ESTADO E A EXPRESSÃO DO DIREITO NA ORDEM NORMATIVA; 2 A EMPRESA ENQUANTO ATIVIDADE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA ORDEM ECONÔMICA; 3 OS ENTRAVES DA REGULAÇÃO ESTATAL PARA A ATIVIDADE EMPRESÁRIA: A GOVERNANÇA E AS DIFICULDADES INFORMACIONAIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas que a empresa enquanto a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços é fundamental para o desenvolvimento contínuo dos empresários e, por consequência, da sociedade civil. Deste modo, a Constituição Federal de 1988 assegurou a todos os cidadãos o livre exercício à atividade econômica, assim como previu que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, assegurando a todos a existência digna.

Por outro lado, cumpre ao Estado a estipulação de regras de conduta para a condução das atividades empresárias, assim como a fiscalização dos atos e imposição de eventuais sanções. Logo, a regulação estatal pode ser realizada pelas agências reguladoras, notadamente as setoriais em âmbito federal, gerando a intervenção estatal indireta nas empresas.

Na prática, verifica-se que em diversas situações, a regulação apresenta efeitos não convergentes com a realidade dos empresários, considerando a falta de informações das entidades reguladoras ou a urgência na criação de mecanismos de governança que permitam modernizar a administração pública e compreender as necessidades legislativas e regulatórias dos setores econômicos.

Diante da globalização dos mercados e a expansão das atividades empresariais para alcance do maior número possível de consumidores, há uma necessidade urgente de convergência de informações para intervenção estatal eficiente. À vista disso, o objetivo geral do presente artigo é analisar a intervenção estatal na ordem econômica por meio da regulação e

seus efeitos para o exercício da empresa. Tal objetivo será explorado por meio de três capítulos com objetivos específicos, a seguir evidenciados.

O método utilizado para o trabalho foi o dedutivo e a pesquisa realizada foi de caráter documental, além de envolver a análise de legislação, estudos doutrinários, jurisprudenciais e exame de artigos em periódicos. O estudo partiu de premissas gerais sobre a intervenção estatal na ordem normativa para a empresa, inicialmente com ênfase na doutrina de Hans Kelsen, alcançando-se a conclusão específica sobre a necessidade de processos de governança para o desenvolvimento da empresa.

O primeiro capítulo tem como objetivo específico a conceituação de Estado e ordem normativa, através dos estudos de Hans Kelsen, que, conforme serão examinados, tratam-se de associações de pessoas que acordam em estabelecer normas comuns para reger as relações subjetivas. Dessa forma, a ordem normativa é uma justificativa social para a formação do Estado que tem por objetivo ordenar a vida em sociedade, inclusive da empresa.

Por conseguinte, o segundo capítulo versará sobre a empresa e seus fundamentos conceituais, por meio da interpretação do art. 966 do Código Civil - que trouxe a teoria da empresa derivada do direito italiano. Outrossim, a atividade empresarial será examinada à luz dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que limitam a intervenção estatal nas atividades empresariais, não obstante exista a necessidade desta atuação.

Por fim, ultrapassados os conceitos de Estado, na ótica normativa de Kelsen e do direito empresarial conforme o ordenamento jurídico brasileiro, assim como da análise legislativa e jurisprudencial acerca da dinâmica de ambos, o terceiro capítulo analisará a intervenção estatal na atividade empresarial por meio das agências reguladoras setoriais. Estas apresentam regulações ineficientes, tendo em vista a incoerência das informações que pouco são obtidas e filtradas pelas entidades, assim como da urgente necessidade de renovação dos processos de governança pública para orientação das entidades em prol do desenvolvimento da empresa.

1 O ESTADO E A EXPRESSÃO DO DIREITO NA ORDEM NORMATIVA

Conforme expôs Hans Kelsen, o vocábulo “ordem” explicita dois sentidos diferentes: um como a extensão da ordem natural e o outro como ordem normativa¹. Nesse sentido, a ordem

¹ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito nacional e o direito internacional público. In: *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*. Brasília, v.10, n.4, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2446/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

natural se conforma através das leis naturais que são delimitadas pela ciência da natureza. Uma violação a esta lei indicaria uma falha na ciência que a descreveu, uma vez que essa ordem é natural, intrínseca ao universo e às pessoas, nas palavras do autor:

Portanto, é impossível que, na natureza, um corpo “infrinja”, “viole” uma lei natural. Essa proposta seria totalmente sem sentido. Se, em determinada hipótese, um corpo se comporta de forma distinta de uma pretensa lei natural, isto prova que a ciência formulou essa lei de forma incorreta, que é preciso, então, retificá-la de forma a demonstrar o caráter regular do novo fato. A ordem da natureza é simplesmente o conjunto, o sistema das leis naturais².

Por outro lado, a ordem normativa é conformada pelas leis ou normas jurídicas, ou seja, enunciados descritivos do direito, da ciência jurídica. Não se trata de uma conexão funcional de fatos, tal como a ordem natural, mas um conjunto de regras às quais os indivíduos devem obedecer. Dessa forma, a ordem normativa significa um sistema de regras ou normas formadas não pela lei natural, mas por padrões e condutas a serem seguidos pela sociedade e seus indivíduos.

A infração à ordem normativa não afeta a validade da regra ou do sistema normativo, diferentemente da transgressão à uma lei natural. A ordem normativa pode ser considerada válida mesmo que a realidade não se conforme perfeitamente a ela. Por sua vez, a ordem natural só existe nessa condição.

O conjunto de regras que forma o sistema normativo tem objetivo de criar uma ordem entre indivíduos, consolidada pelo Estado. Dessa forma, a lei jurídica é formada por um ato de vontade das próprias pessoas, através do Estado, diferentemente da lei natural, que é uma consequência da natureza, como descrito por Hans Kelsen:

[...] o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente do da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica - através de um ato de vontade, portanto - enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie³.

² KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito nacional e o direito internacional público. In: **Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)**. Brasília, v.10, n.4, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2446/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

Essa ordem normativa é a justificativa para criação do Estado, o qual deve ser considerado como um agrupamento de indivíduos que optam pela submissão ao arbítrio de autoridade superior. De acordo com Marcia Carla Pereira Ribeiro, o “Estado manifesta-se como um poder que cria uma ordem normativa e a impõe sobre a conduta dos homens⁴”, sendo fundamental para a validade do direito.

Hans Kelsen pontuou que não se pode confundir a regra válida, obrigatória, com aquela que realmente orienta as ações dos indivíduos conforme suas condições, não se podendo confundir a validade da norma com a sua eficácia. A norma não deve ser apenas válida, mas também eficaz, uma vez que emana do Estado. Desse modo, o Estado é concebido por Hans Kelsen como uma comunidade social ou agrupamento de indivíduos, constituído por uma ordem normativa.

Os indivíduos estão, conjuntamente, submetidos às ordens coercitivas centralizadas no Estado, chamadas ordens jurídicas estatais. Por sua vez, entende-se que o poder do Estado se constitui pela prerrogativa de submeter aos conjuntos de pessoas e fazer com que eles obedeçam às regras que regerão suas relações. Isto é, o poder do Estado é baseado na eficácia da ordem jurídica.

O Estado, afirmamos, é essencialmente poder, conseqüentemente, superior aos indivíduos que são submetidos a suas regras; esses indivíduos são seus sujeitos. Para compreender a natureza do Estado, é preciso pensar que imperativos emanam dele. E, se podemos considerá-lo como um poder superior aos indivíduos, membros do grupo estatal, é apenas enquanto ele é uma ordem que lhes impõe uma determinada conduta, um sistema de regras sobre a conduta humana⁵.

Cabe ao Estado, considerando seu poder, a edição de regras que limitarão os atos das pessoas que compõem sua população em seu território, ou seja, as pessoas naturais ou jurídicas que ali atuam. Estas normas fazem parte de um conjunto de medidas estatais da regulação setorial.

⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A teoria de coase e o papel do direito para a eficiência das relações empresariais. In: **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8. n.1, p.p. 18-34, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/7297/5167>. Acesso em: 24 jan. 2018.

⁵ KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito nacional e o direito internacional público. In: **Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)**. Brasília, v.10, n.4, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2446/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

No entanto, verifica-se, na prática, que existe grande intervenção estatal na atividade empresária. Ela ocorre não apenas na fiscalização dos atos e omissões que buscam coibir atos ilícitos, mas nas condutas dos empresários, o que gera dúvida a respeito da eficácia de tais medidas e de quanto isso afeta a livre iniciativa dos empresários.

À guisa de ilustração, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2016, negou provimento ao Agravo Regimental nº 2140952-39.2016.8.26.0000/50000⁶, contra a decisão monocrática que deferiu liminar contra a suspensão dos efeitos da Lei Estadual nº 16.270, de 5 de julho de 2016 que dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer gastroplastia, em restaurantes ou similares.

Em resumo, A Lei Estadual nº 16.270 de 2016 determinou que os restaurantes de São Paulo ficariam obrigados a oferecer para as pessoas que passaram por cirurgias no sistema digestório meia porção com desconto de 30% a 50% no valor normal da refeição. No caso de serviço de rodízio, o restaurante ficaria obrigado a conceder desconto de 50% no preço. Em caso de descumprimento, o restaurante incorreria em multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais), sendo cobrada multa duplicada em caso de reincidência.

A Associação Nacional de Restaurantes ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Governador do Estado de São Paulo e o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, em que foi proferida decisão monocrática do Relator Desembargador Ricardo Anafe com concessão de liminar para suspensão da eficácia, após confirmada por Agravo regimental pelo Órgão Especial, nos seguintes termos.

Assim, em juízo de cognição sumária, vislumbra-se a plausibilidade jurídica do pedido e o *periculum in mora*, consubstanciados na aparente usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal) e afronta ao princípio constitucional da ordem econômica, ante a matéria tratada na Lei Estadual nº 16.270/2016, do Estado de São Paulo,

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. **Agravo regimental nº 2140952-39.2016.8.26.0000/50000**. Relator: Desembargador Ricardo Anafe. 08. set. 2014. Ementa: Agravo Regimental. Pretensão de revogação de liminar concedida em ação direta de inconstitucionalidade em que se suspendeu, até final julgamento, a Lei nº 16.270, de 5 de julho de 2016, do Estado de São Paulo, que “dispõe sobre a obrigatoriedade da concessão de desconto ou de meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, em restaurantes ou similares, e dá outras providências” - Pedido de reforma consubstanciado nas alegações de afronta ao princípio da reserva de plenário, ilegitimidade ativa *ad causam* e usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal - Razões recursais que não tem o condão de alterar a posição adotada por este Relator, em cognição sumária - Presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida - Inexistência de afronta ao artigo 10, da Lei nº 9.868/99 - Matéria trazida pelo agravante como fundamento a pretendida cassação da liminar que não é de ser apreciada nesta oportunidade - Manutenção da decisão agravada. Nega-se provimento ao recurso interposto.

que obriga os restaurantes e similares que servem refeições “à la carte” e/ou porções a oferecer meia porção com desconto de 30% a 50%, e àquelas que servem refeições na modalidade “rodízio” e “festival” a oferecer desconto de 50%, para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia⁷.

A Lei nº 16.270, de 2016 é um exemplo de imposição estatal desproporcional, por meio de edição de leis, à atividade empresarial em questão, que compreende os serviços de alimentação em restaurantes. Diante de tal exemplo, é necessário o entendimento sobre a atividade empresária sob a ótica do Código Civil e da Constituição Federal, bem como quais os limites de sua atuação e princípios que a norteiam.

2 A EMPRESA ENQUANTO ATIVIDADE SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil brasileiro, inspirou-se no *Codice Civile* de 1942 e adotou a teoria da empresa ou teoria subjetiva moderna. Aquela norma conceitua o empresário no caput do art. 966, como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços”, assim como estabelece que ele está sujeito às disposições de matéria mercantil nos termos do art. 2.037.

O Código Civil brasileiro não conceituou a empresa, podendo ser inferido do conceito de empresário que, enquanto este é o sujeito de direito, a empresa é a atividade economicamente organizada, ou seja, o objeto do direito mercantil. Também não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Note-se que o Estado possui um papel de agente normativo e regulador da atividade econômica e deve realizar atividades de fiscalização, incentivo e principalmente o planejamento de atividades, no tocante à regulação das empresas, o que se denomina intervenção estatal indireta. Além disso, a atividade empresarial está subordinada à finalidade de assegurar a vida digna e justiça social, cabendo ao Estado a estipulação de regras para manter a ordem econômico-social.

Eros Grau indicou que a ordem econômica transposta na Constituição Federal de 1988 mantém a hegemonia capitalista e demonstra um regime liberal com mercado organizado, sendo

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. **Agravo regimental nº 2140952-39.2016.8.26.0000/50000**. Relator: Desembargador Ricardo Anafe. 08. set. 2014.

certo que a intervenção estatal no mercado apenas deve ocorrer em situações excepcionais, como as infrações à ordem econômica⁸, conforme explicita o autor:

[...] a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica;

[...] opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, com a defesa da livre iniciativa [...]⁹.

O Art. 170 prevê que 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 alguns princípios entre eles, a livre concorrência (art. 170, IV). Ainda, à atividade empresária são aplicáveis os princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência dispostos na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a Constituição possibilitou que diversos agentes possam desenvolver livremente suas respectivas atividades empresariais, podendo competir no mercado.

Nessa esteira, o parágrafo único do referido artigo determina que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Desta forma, verifica-se que a Lei maior permite que qualquer pessoa exerça a atividade empresarial, sob a égide do princípio da livre iniciativa, sem vedações e mazelas do Estado.

A jurisprudência também evoluiu para o entendimento de que o Estado possui a função de estipular regras, fiscalizar e impor sanções em razão de violações à ordem econômica; porém, deve respeitar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em consonância com a Constituição Federal e também com a função social da empresa. Desse modo, em 2006, o

⁸ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 fev. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 08 mar. 2018.

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante [...].

⁹ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.p 180-181.

Supremo Tribunal Federal proferiu Acórdão sobre o Recurso Extraordinário nº 422.941-2 do Distrito Federal, no sentido de que a intervenção estatal na economia por meio da regulação dos setores econômicos deve respeitar, sobretudo, o princípio da livre iniciativa.

A título de compreensão do caso, a Destilaria Alto Alegre ajuizou ação contra a União, com o intuito de obter indenizações pelos prejuízos causados pela fixação de preços no setor alcooleiro, abaixo dos valores apurados pelo Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool, isto é, pela intervenção do Poder Público no domínio econômico. Naquela época, considerando a Lei nº 4.870 de 1965¹⁰, cabia àquele instituto a fixação dos preços dos produtos do setor, mediante o levantamento de custos de produção agrícola e industrial.

Restou comprovado na instrução processual que o Instituto do Açúcar e do Alcool havia contratado a Fundação Getúlio Vargas para o levantamento de custos, mas o instituto repassava os preços com valores inferiores àqueles previstos pela Fundação, o que gerou danos materiais relevantes à Destilaria. Por esse motivo, o Relator Carlos Velloso entendeu que tal fixação de preços seria vislumbrada como violação ao livre exercício de atividade econômica, nos termos de seu voto:

No caso, a fixação de preços a serem praticados pela Recorrente, por parte do Estado em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável do setor constitui-se em sério empecilho ao livre exercício da atividade econômica, em desrespeito ao princípio da liberdade de iniciativa. Ademais, o estabelecimento de regras bem definidas de intervenção estatal na economia e sua observância são fundamentais para o amadurecimento das instituições e do mercado brasileiros, proporcionando a necessária estabilidade econômica que conduz ao desenvolvimento nacional[...]¹¹.

Faz-se necessário pontuar que, não obstante os empresários possam exercer a empresa livremente e concorrer com os demais, os princípios da livre concorrência e livre iniciativa não devem ser interpretados de forma absoluta, pois cabe ao Estado a defesa dos interesses da sociedade, coibindo infrações à ordem econômica, estimulando a concorrência sadia, assim como fiscalizando a atuação dos empresários em defesa das pessoas daquele mercado.

¹⁰O Instituto do Açúcar e do Alcool foi extinto em 07 de maio de 1990, pelo Decreto nº 99.240. BRASIL. Decreto nº 99.240, de 7 de maio de 1990. Dispõe sobre a extinção de autarquias e fundações públicas, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99240.htm. Acesso em: 31 jan. 2018.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário nº 422941/DF*. Destilaria Alto Alegre S.A. e União. Relator: Ministro Carlos Velloso. J: 06/12/2005. DJ: 24/03/2006. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=58&dataPublicacaoDj=24/03/2006&in_cidente=2218584&codCapitulo=5&numMateria=8&codMateria=3. Acesso em: 04 set. 2018.

O princípio da livre iniciativa deve ser entendido em um contexto da Constituição Federal em que há a preocupação maior com a justiça social e o bem-estar coletivo. A Carta Magna determina que a ordem econômica seguirá os ditames da justiça social e reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Logo, o Poder Constituinte harmonizou o livre desenvolvimento da atividade empresarial com a repressão a atos de infração à ordem econômica.

O princípio da livre concorrência é incentivado pelo Estado desde que inexista afronta à ordem econômica, o abuso de poder e o aumento arbitrário e desproporcional de lucros. Nessa ótica, a Constituição Federal previu no §4º do Art. 173 que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Portanto, os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa devem ser interpretados em consonância com outros princípios do ordenamento, como a boa-fé, a função social, além do princípio da dignidade da pessoa humana, presentes no art. 1º, III da Constituição Federal.

Em relação a limitação intervenção do Estado na atividade econômica, leciona Alexandre de Moraes que deve ser realizada de forma excepcional, uma vez que cabe a esse a atribuição de reger a atividade econômica ou de como Estado-empresário explorar a atividade econômica, em situação de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional na forma do caput do Art. 173¹².

[...] o texto constitucional de 1988, consagrou uma economia descentralizada, de mercado, sujeita a forte atuação do Estado, de caráter normativo e regulador, permitindo que o Estado explore diretamente atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo¹³.

O Estado tem o poder-dever de limitar a atividade dos empresários por meio da edição de regras de conduta pelo Poder Legislativo, assim como pelo Poder Executivo, seus órgãos e entidades a fim de regular e fiscalizar os serviços prestados pelos empresários e sociedades, também aplicando sanções àqueles que infringirem as normas. Porém, sempre deve observar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência no tocante ao empresário e sociedade.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 maio 2020. 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.

¹³ MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico]

Cabe ressaltar que, recentemente, o entendimento acerca da intervenção estatal excepcional na empresa em prol da livre iniciativa foi consubstanciado na novel Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e previu no art. 2º, III, o princípio de “intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”¹⁴.

Ultrapassada a análise acerca da intervenção estatal na empresa, que deve ocorrer de forma excepcional e observados os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, passa-se ao exame das particularidades dessa atuação do Estado enquanto agente regulador, por meio das agências reguladoras da administração indireta.

3 OS ENTRAVES DA REGULAÇÃO ESTATAL PARA A ATIVIDADE EMPRESÁRIA: A GOVERNANÇA E AS DIFICULDADES INFORMACIONAIS

A regulação é a forma de intervenção estatal indireta no âmbito econômico com intuito de adequar a conduta dos sujeitos que desempenham atividade econômica, controlando, orientando o mercado e protegendo o interesse público. Trata-se do conjunto de disposições pelas quais o Estado define, controla e/ou influencia as ações dos agentes econômicos, com o propósito de evitar violações à Constituição e orientá-las nas direções socialmente desejáveis, com vistas ao bem-estar social, conforme conceitua Alexandre Santos de Aragão:

[...] o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas pelas quais, o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos na Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis¹⁵.

A Carta Magna de 1988 prevê a regulação estatal, especialmente no art. 174, que dispõe que “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”.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 420.

No contexto brasileiro, as agências reguladoras surgem com o processo de desestatização da década de 1990. Neste período, ocorreram mudanças e reestruturações econômicas no Brasil para redução da gestão direta do Estado na economia e com expansão das competências regulatórias. Nesta ótica, a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Mello, criou o Programa Nacional de Desestatização com o objetivo de transferir à iniciativa privada as atividades indevidamente exploradas pelo setor público, contribuindo para a redução da dívida pública e permitindo a retomada de investimentos nas empresas e atividades seriam transferidas à iniciativa privada. A desestatização visava a contribuir para modernização do parque industrial do País, possibilitando que a administração pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais.

As agências reguladoras federais são regidas pelas suas próprias leis de instituição¹⁶, todavia, atualmente foi editada a novel Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras. Atualmente, existem onze agências reguladoras setoriais federais: a Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e Agência Nacional de Mineração (ANM), criada pela Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017. Além das agências reguladoras acima descritas, há outras autarquias com funções semelhantes de intervenção na atividade empresária; entre elas, a Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Nacional de Defesa Econômica e o Banco Central do Brasil¹⁷.

A regulação estatal da economia deve observar os interesses sociais e humanos do Estado Democrático de Direito, buscando soluções consensuais e que se adequem à realidade das

¹⁶ A título de exemplificação, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 dispõe sobre a política energética nacional e institui a Agência Nacional do Petróleo e a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, além de criar a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e Agência Nacional de Transportes Terrestres.

¹⁷ Afirma com propriedade Egon Bockmann Moreira que as entidades não são agências reguladoras, uma vez que diferentemente daquelas, não possuem evidente independência, apesar de possuírem poder regulamentar, assim descrito: “[...] podemos afirmar que CMN, BACEN e CVM não são agências administrativas independentes, mas autoridades reguladoras, que detêm poder regulamentar autônomo - ainda que substancialmente diverso daqueles detidos pelas atuais agências”. MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 218, p.p. 93, 1999.

organizações. Apenas desta forma esta será eficiente e acarretará menos encargos e ônus para as organizações reguladas, conforme expõe Alexandre Santos de Aragão:

A noção de regulação implica a integração de diversas funções. Primeiramente, pressupõe um quadro normativo (marco regulatório), que deve buscar o equilíbrio dos interesses envolvidos. Esse quadro normativo é estabelecido, em primeiro lugar, por normas constitucionais, gerais para toda a economia (ex: art. 174) ou específicas de determinada atividade (ex.: art. 177), pelas leis que as regulamentam (ex.: Código de Defesa do Consumidor, Lei do Petróleo) e pelos regulamentos administrativos delas decorrentes. Posto o marco regulatório, segue-se a aplicação concreta das suas regras; a composição dos conflitos que delas advém, dando lugar nessas duas últimas hipóteses, a atos administrativos individuais. Há, portanto, três funções estatais tradicionais inerentes à regulação: aquela de editar a regra, a de assegurar sua aplicação e a de reprimir as suas infrações¹⁸.

Nem todos os setores podem ser regulados. Os setores que geram externalidades sociais, ou seja, efeitos não mensuráveis aos sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica, não são passíveis de serem regulados, devendo o próprio Estado prestar diretamente o serviço, conforme descreve Calixto Salomão Filho:

Toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades sociais, sejam positivas ou negativas (respectivamente benefícios ou malefícios), o mercado não será um elemento organizador eficiente, pois nestes casos o mercado não é capaz de recompensá-los. [...] Ora toda vez que estiverem presentes estas externalidades sociais não há possibilidade de participação do particular. É inútil tentar mudar sua natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar - ao menos no que tange às decisões econômicas - a mentalidade individualista dos particulares. [...] O setor é, portanto, não-regulamentável¹⁹.

As agências reguladoras possuem três funções específicas em relação às atividades empresariais, quais sejam, normativa, fiscalizadora e sancionadora. Ou seja, essas entidades devem editar regras do setor específico da agência (normatização), assegurar a aplicação de tais regras (fiscalização), além de reprimir as suas infrações (sanção). Nessa linha, a noção de regulação implica a integração dessas três funções. Pressupõe um quadro normativo (marco regulatório), que deve buscar o equilíbrio dos interesses envolvidos. Esse quadro normativo é estabelecido, em primeiro lugar, por normas constitucionais, gerais para toda a economia (ex: art. 174) ou específicas de determinada atividade (ex.: art. 177), pelas leis que as

¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 420.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 33

regulamentam (ex.: Código de Defesa do Consumidor, Lei do Petróleo) e pelos regulamentos administrativos delas decorrentes.

Há que se falar ainda que para o bom desempenho das funções (normativa, fiscalizadora e sancionadora) pelas agências reguladoras, é imprescindível que seus funcionários tenham o conhecimento técnico especializado dessas entidades, sendo manifestado através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe a seus dirigentes. Porém, como visto anteriormente neste estudo, a regulação muitas vezes impacta desproporcionalmente a atividade empresária porque existem dinâmicas conflitantes entre a administração pública e os agentes econômicos.

Sob a ótica das organizações, é importante analisar o conceito de governança para compreensão dos impactos da regulação à atividade empresarial. A governança é compreendida como o exercício da autoridade em suas funções de controle, administração e poder de governo. Como assevera Enrique Saravia, “é o conjunto de instrumentos técnicos de gestão que asseguram a eficiência da ação pública, o que conduz à necessidade de reformular a administração mediante a elaboração de novas ferramentas gerenciais jurídicas, financeiras e técnicas²⁰”.

Em síntese, a governança significa a aplicação dos instrumentos institucionais com objetivos de otimização do desempenho administrativo, ganho de maior eficiência e democratização das políticas públicas. Considerando o contexto de complexidade e de pluralidade das políticas públicas, a governança é a forma de operacionalização das ações governamentais, com o objetivo de torná-las eficientes e efetivas.

Diante do objetivo de obter maior eficiência dos atos da administração pública, a governança deve levar em consideração as seguintes variáveis: (i) as transformações do contexto social, político, econômico, internacional e tecnológico; (ii) as exigências da sociedade sobre qualidade dos serviços públicos além da (iii) cooperação entre os setores privado e público. Portanto, a efetivação da boa governança pressupõe a aplicação necessária de técnicas e instrumentos que permitam ao Estado agir com maior frequência, rapidez e adequação às transformações sociais, políticas, econômicas, internacionais e tecnológicas.

A governança implica a assimilação de todas as tecnologias de informação e comunicação para as políticas públicas, com fito de introduzir agilidade e eficiência à interação entre o Estado e a sociedade. Ela, então, visa a estabelecer novos acessos das pessoas à decisão, logo, resultando em transparência e ampla participação dos regulados. Entretanto, é necessário que os entes reguladores utilizem a cooperação com o setor privado previamente à tomada de

²⁰ SARAVIA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. In: *Revista Governança Social* - IGS, Belo Horizonte, ano 3, n.7, dez. 2009/mar. 2010. p.p. 21.

decisão, coordenando os interesses das pessoas e organizações reguladas com os da administração pública.

Conforme explicita Sérgio Guerra, a governança pública, orientada para o respeito aos direitos fundamentais e atendimento às necessidades do setor privado, é essencial ao Estado Regulador:

[...] se o Estado brasileiro passa a ser Regulador com objetivos bem definidos em termos de respeito aos direitos fundamentais e reserva de atividades econômicas ao setor privado, a sociedade atual necessita de uma governança pública orientada, especialmente, para a transparência dos resultados alcançados com a ação governamental²¹.

No contexto da atividade empresarial, verificou-se neste estudo que há dissimetria em relação à governança pública e os interesses dos empresários, considerando os problemas normativos e de não aderência à prática das atividades econômicas. Nos casos avaliados, a regulação não refletia a realidade do sistema empresarial brasileiro.

Nessa toada, ao tratar da dissimetria informacional e problemas da governança, José Vicente Santos de Mendonça pontuou que “os dois principais problemas da regulação pública são: (i) a informação e (ii) a adesão²²”. A assimetria de informações entre o regulador e o regulado é uma grande dificuldade para a regulação, porque este possui a experiência prática de suas atividades e tem conhecimento profundo sobre a realidade do setor. O regulador, apesar da tecnicidade característica das agências reguladoras, não executa as atividades; portanto, não pode avaliar de forma prática a eficiência de seus atos.

Além disso, de certa forma, um regulador inteiramente informado será poderoso demais. E a interferência informacional direta dos regulados nas decisões dos reguladores poderá ensejar o risco de captura. Por outro lado, é problemático quando um agente regulador não possui acesso a toda a informação relevante, ou não consegue operá-la. Desse modo, essa conjectura poderá gerar grandes erros nos atos regulatórios, que acabam sendo repassados para toda a sociedade, implicando prejuízos diretos ou indiretos para a empresa.

²¹GUERRA, Sérgio. **Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado não subordinadas ao poder público central**. 2011. Relatório final - Pós-Doutorado em Administração, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10935>. Acesso em: 07 maio 2020. p. 15.

²² MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 417.

Ressalta-se que tais incongruências nos atos regulatórios foram consideradas na teoria pura do direito kelseniana como normas jurídicas inválidas pela ineficácia em relação aos sujeitos de direito. Conforme enunciou Hans Kelsen,

Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente)²³.

À luz do pensamento kelseniano, a validade da norma jurídica é baseada em processos de governança e representatividade que garantam um nexos entre a regulação e a efetiva realidade jurídica dos empresários. Caso contrário, tais normas seriam inválidas.

Os agentes reguladores precisam ser bem aparelhados sobre as questões setoriais para, dessa forma, reduzir as assimetrias de informações quanto às questões técnicas, econômicas e financeiras dos regulados, especialmente dos empresários. Todavia, essa dissimetria nunca será inteiramente eliminada, pois há uma parcela de informações que não devem chegar ao poder do agente regulador. Por conta disso, o regulador deve deter conhecimento suficiente para ser capaz de decidir sobre as questões de sua competência, de maneira eficiente, mas sem a influência do agente regulado em seus atos.

O problema da informação poderá ser enfrentado de duas maneiras: pela centralização das informações ou pela assunção da dispersão. A centralização das informações é uma concepção intimamente ligada à coordenação organizacional. Ela poderá ser realizada por intermédio de um órgão ou entidade que recolha a informação entre sociedades empresárias ou empresários, órgãos públicos, universidades e grupos de pesquisa, a respeito de determinada atividade, a fim de repassar aos agentes reguladores para adoção de medidas.

Essa sistemática de centralização de informações por um órgão público é realizada pelo *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)²⁴ no sistema de descentralização administrativa estadunidense, pelos grupos de trabalho e agendas regulatórias. Sabe-se que também é realizado por esse órgão um filtro das regulações para prevenção de duplicidade de normas ou excesso de onerosidade.

²³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 8.

²⁴ Em 1980, foi criado o Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios (*Office of Information and Regulatory Affairs - OIRA*), pelo *Paperwork Reduction Act*, órgão que faz parte do *Office of Management and Budget*, vinculado à Presidência dos EUA, de centralização das informações e coordenação dos atos regulatórios.

Considerando que essa não foi a estratégia brasileira²⁵, a outra solução encontrada foi a dispersão das informações, isso é, a pluralidade epistêmica. Dessa maneira, no contexto nacional, diversos órgãos, agências e demais entidades possuem, separadamente, seus próprios mecanismos de coleta de informações, há visões parciais e pouca troca de informações pelos órgãos e agências. Tal dispersão regulatória poderá resultar em experimentalismo regulatório pela própria dinâmica das informações. Consequentemente, defende-se que essa dispersão informacional gera atos regulatórios ineficientes e a insegurança jurídica aos regulados, que acabam por descumprir as regras.

Em complementação ao problema informacional, o problema da ausência de adesão dos regulados significa também ineficiência da regulação. Isso é, o ato regulatório deve ser editado de forma que não seja integralmente rejeitado pelo mercado regulado, conforme explicita José Vicente Santos de Mendonça:

O regulador deve contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação. O mercado regulado aceita o regulamento proposto pela agência, ou a norma é objeto de rejeição? É claro, críticas sempre existirão, e faz parte do agir estratégico do mercado regulado que existam. O ponto é outro, trata-se de diferença de grau. Um regulamento contestado pelo mercado é, potencialmente, um regulamento inefetivo²⁶.

Sob essa perspectiva, Gustavo Binjenbojm explica que um dos maiores focos de tensão da estrutura regulatória brasileira e requer maior aprofundamento em busca de soluções é o déficit democrático das agências independentes²⁷. Entende-se que o déficit democrático é uma das causas do problema de adesão dos regulados aos atos regulatórios. O déficit democrático significa o choque da estrutura regulatória com o regime democrático, sobretudo em razão “da não sujeição dos administradores aos procedimentos de *accountability* eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos²⁸”.

O problema da adesão poderá ser solucionado por meio de instrumentos que incluam os regulados no processo de elaboração ou revisão de regulamentos, ou busquem ultrapassar as

²⁵ Neste sentido cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 418.

²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico**. A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 416.

²⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 292.

²⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 276.

barreiras psicológicas que podem gerar a rejeição do ato, conforme expõe Gustavo Binembojm, ainda sobre o déficit democrático das agências:

Por fim, à parte os mecanismos de controle exercidos pelos poderes instituídos, a participação dos cidadãos apresenta-se como a mais alentada forma de *suprimento* do problema do déficit de legitimação democrática das agências independentes. Se há uma dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos e não sujeitos aos mecanismos tradicionais de aferição da responsabilidade social de sua atuação, o **fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar o grau de *autoridade* das decisões das agências**²⁹.
[Grifos dos autores].

As estratégias para solucionar o problema da adesão dos regulados envolvem a cooperação deles na revisão e elaboração de atos regulatórios, que poderão ser realizados por meio de audiências, consultas públicas e conselhos consultivos. Tais ferramentas de integração dos agentes econômicos às propostas e alterações de atos regulatórios foram previstos nos artigos 4º, 6º e 9º da novel Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, incentivando a adesão dos agentes.

A regulação deficiente é resultante dos processos de governança obsoletos que divergem da realidade econômico-social dos empresários. Essa problemática deve ser superada de forma urgente pelos órgãos e entidades públicos, visando ao desenvolvimento da atividade empresarial e, ainda, sob o ponto de vista da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a edição normas jurídicas eficazes em virtude do nexó relacional entre o Estado e representatividade.

CONCLUSÃO

Com base na doutrina de Hans Kelsen, foi possível concluir que o Estado surge por meio da vontade de um agrupamento de pessoas, que optou pela sua submissão à ordem normativa e às regras criadas pelo arbítrio de uma autoridade superior. Por sua vez, a organização da ordem normativa é a justificativa da existência do Estado, o qual impõe certa conduta para os homens. Todavia, a eficácia de tais normas, ou seja, a adesão da sociedade ao direito instituído pelo Estado, é fundamental para a validade daquele direito.

Diante dessas premissas e através dos estudos da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, o presente artigo vislumbrou que a norma jurídica será considerada válida na medida de sua

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 276.

eficácia, isto é, caso os indivíduos verifiquem o nexo da edição de tal regra com sua própria realidade. Verificou-se que a atividade empresarial, de acordo com seu segmento de atuação, é regulada pelo Poder Público, que indiretamente realiza atribuições normativas, de fiscalização e de aplicações de sanções, seja por meio das agências reguladoras setoriais, ou pelos demais órgãos e entidades. Sem embargo à necessidade de regulação estatal para organização da ordem econômica, há uma grande dificuldade informacional dos órgãos e entidades reguladores em relação aos agentes econômicos regulados, uma vez que apenas esses dispõem do conhecimento prático sobre exercício da empresa.

Concluiu-se que a experiência brasileira de regulação sofre com a dispersão informacional. Os órgãos, agências e demais entidades possuem mecanismos individualizados de coleta de informações, com pouca coordenação institucional, o que poderia gerar, até certa medida, atos ineficientes e, por consequência, baixa adesão dos empresários àqueles. Outrossim, pode-se inferir, através do exame das decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Supremo Tribunal Federal, que a regulação ineficiente trouxe prejuízos diretos ou indiretos aos empresários, porque não houve participação dos agentes econômicos na edição de atos regulatórios.

A regulação da atividade empresária torna-se prejudicada pelas normas ineficientes e pela atuação dos órgãos e entidades, que não atendem à necessidade de governança e não foram capazes de revisar os respectivos atos normativos ou regulamentares. Os problemas de ausência de cooperação e coleta de informações dos entes regulados, apenas poderão ser superados com a instituição de processos de governança pública.

Tendo-se como marco teórico a doutrina kelseniana, a qual vislumbra que a validade da norma jurídica e do próprio sistema jurídico está condicionada a sua eficácia em relação aos indivíduos, as regulações devem ser reformuladas pelas entidades competentes. Os atos regulatórios devem ser adequados às experiências dos empresários. Com isso, busca-se uma normatização eficiente, com aplicação de sanções equilibradas, especialmente diante da urgência de novos procedimentos de governança pública.

A empresa é fundamental para o desenvolvimento da economia do país e está em constante mutação diante das novas realidades sócio-econômicas mundiais. Isso importa na necessidade de atualização do Poder Público para criar uma regulação eficiente, através de processos de governança. Ademais, a intervenção estatal deve ser restrita e excepcional, considerando os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, que permitem

a atuação da empresa pelas pessoas, assim como a competição sadia dentro de um determinado mercado.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 maio 2020.
- BRASIL. Decreto nº 99.240, de 7 de maio de 1990. Dispõe sobre a extinção de autarquias e fundações públicas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 maio 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99240.htm. Acesso em: 31 jan. 2018.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 fev. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 08 mar. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 422941/DF**. Destilaria Alto Alegre S.A. e União. Relator: Ministro Carlos Velloso. 06 dez. 2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=58&dataPublicacaoDj=24/03/2006&incidente=2218584&codCapitulo=5&numMateria=8&codMateria=3>. Acesso em: 04 set. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Órgão Especial. **Agravo regimental nº 2140952-39.2016.8.26.0000/50000**. Relator: Desembargador Ricardo Anafe. 08. set. 2014.
- GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- GUERRA, Sérgio. **Organização administrativa brasileira: quadro atual e propostas acerca da estruturação de entidades vocacionadas ao desenvolvimento de políticas de Estado não subordinadas ao poder público central**. 2011. Relatório final - Pós-Doutorado em Administração, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10935>. Acesso em: 07 maio 2020.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito nacional e o direito internacional público. In: **Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)**. Brasília, v.10, n.4, 2013. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2446/pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. [livro eletrônico]

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 218, p.p. 93-112, 1999.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; SONAGLI, Joseliane. A teoria de coase e o papel do direito para a eficiência das relações empresariais. In: **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 8. n.1, p.p. 18-34, 2017. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/7297/5167>. Acesso em: 24 jan. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SARAIVA, Enrique. Governança social no Brasil contemporâneo. In: **Revista Governança Social - IGS**, Belo Horizonte, ano 3, n.7, p.p 23-28, dez. 2009/mar. 2010.

Recebido em: 12.11.2018 / Aprovado em: 21.04.2020 / Publicado em: 13.06.2020

COMO FAZER REFERÊNCIA AO ARTIGO (ABNT):

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; LISBOA, Letícia Lobato Anicet. Intervenção estatal na ordem econômica por meio da regulação e seus efeitos para o exercício da empresa. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 15, n. 1, e35597. 2020. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369435597>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/35597>. Acesso em: dia mês. ano.

Direitos autorais 2020 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira e Angela Araujo da Silveira Espindola



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

SOBRE OS/AS AUTORES/AS

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1992), mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1996) e doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003). Atualmente é professor associado nível 4 da Universidade Federal do Rio de Janeiro e professor associado do programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito Universidade do Estado do Rio de Janeiro na linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas. É membro do Conselho Editorial da Revista Semestral de Direito Empresarial (RSDE), da Revista de Direito Empresarial (RDEmp) e da Revista Brasileira de Estudos Políticos (RBEP). Integra como pesquisador e líder o grupo de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas, do DGP do CNPq. É expositor convidado na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) desde 1994. Atua principalmente nos seguintes temas: falência e recuperação de empresas, time charter, direito societário, empresa individual de responsabilidade limitada, direito cambiário e código de defesa do consumidor. Foi coordenador do curso de Direito da UERJ entre 1998 a 2004 e de 2008 a 2011. É avaliador ad hoc do INEP/MEC.

LETÍCIA LOBATO ANICET LISBOA

Doutora e Mestre em direito na linha de pesquisa de empresa e atividades econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2018). Professora da Escola Superior da Advocacia da OAB-RJ. Pesquisadora da Cátedra Vale em Direito Regulatório. Especialista (Pós-graduação Lato Sensu) em Direito Civil Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2015). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada atuante nas áreas de direito empresarial, contratual, corporativo, regulatório e propriedade intelectual.