XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

ARIANNE BRITO CAL ATHIAS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-830-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública I, durante o XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Belém - Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro de 2019, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: Amazônia do século XXI. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 15 (quinze) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares.

Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade; Constitucionalização do Direito Administrativo e Meio Ambiente.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise referente à lei 8.429/92 e as sanções aplicadas por atos de improbidade administrativa: a (im) prescritibilidade nas ações de ressarcimento por ato doloso de improbidade (Lucas Carvalho Américo e Francys Gomes Freitas); 2) O Consequencialismo e o Direito Administrativo Sancionador: aportes sobre as considerações práticas das decisões administrativas em atividades empresariais (Giovani da Silva Corralo e Tatiana Mezzomo Casteli); 3) Alcance e limites da revisão judicial das decisões proferidas em processo administrativo disciplina (Roselaine Andrade Tavares); 4) Corrupção na empresa: burocracia e utilidade dos programas de integridade (Thalita Almeida); 5) O custo da improbidade administrativa e a

efetividade das condenações: a perspectiva do Rio Grande do Norte (Rebeka Souto Brandão Pereira e Bruno Lacerda Bezerra Fernandes); 6) O potencial dano à imagem causado por ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa no Brasil (Cleber Sanfelici Otero e Adriano Calos Ravaioli); 7) O princípio do promotor natural e o controle da discricionariedade administrativa (Adelson Barbosa Damasceno) e 8) Teorias dissuasórias ou retributivas? análise dos fundamentos da aplicação de sanções administrativas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Eric Botelho Mafra e Maria Tereza Fonseca Dias).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e o enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo temático Modernização e Administração Pública na Contemporaneidade, foram apresentados os trabalhos 1) A Administração Pública na contemporaneidade: uma inflexão necessária (Camile Melo Nunes e Arianne Brito Cal Athias); 2) A modernização nas contratações públicas - uma análise sobre flexibilização das cláusulas exorbitantes em benefício da segurança jurídica (Thiago Alves Feio e Ana Amélia Barros Miranda); 3) Desburocratização: impactos na informatização e celeridade do serviço público (Ivone Rosana Fedel e Calos Cesar Sousa Cintra) e 4) Registros centralizados e racionalidade regulatória na administração pública brasileira multinível (estadual federal e municipal) (Anna Carolina Silveira Verde Silva e Fernanda Granja Cavalcante da Costa), todos eles, em certa medida, discutindo as vantagens, desvantagens, ameaças e limites aos avanços da modernização e o tecnicismo na Administração Pública. Assim, o ente estatal, com intuito de reduzir custos e proporcionar a prestação de serviços especializados à sociedade civil, utiliza-se cada vez mais da automação e do meio digital na prestação do serviço público. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Constitucionalização do Direito Administrativo e meio ambiente, com um conjunto de 3 (três) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) Constitucionalização do Direito Administrativo e o devido processo legal: a democratização das decisões administrativas que envolvam interesses dos administrados (Cesar Augusto Luiz Leonardo e João Victor Nardo Andressa); 2) O devido processo administrativo do licenciamento ambiental (Pedro Agão Seabra Filter e Sérgio Augusto da Costa Gillet) e 3) Responsabilidade administrativa por dano ambiental (Tamara Cristiane Geiser). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as

construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Arianne Brito Cal Athias - UNAMA

Edith Maria Barbosa Ramos – UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CONSEQUENCIALISMO E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: APORTES SOBRE AS CONSIDERAÇÕES PRÁTICAS DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM ATIVIDADES EMPRESARIAIS

CONSEQUENTIALISM AND SANCTIONING ADMINSTRATIVE LAW: CONSIDERING PRACTICES OF ADMINISTRATIVE DECISIONS IN BUSINESS ACTIVITIES

Giovani da Silva Corralo [1]
Tatiana Mezzomo Casteli [2]

Resumo

A presente pesquisa estuda a aplicação do direito administrativo sancionador às empresas em vista da Lei 13.655/2018, que alterou a interpretação e aplicação do direito administrativo em todos os níveis da administração, também a abranger as instâncias controladora e judicial. A problemática reside na implementação do consequencialismo no exercício do direito administrativo sancionador, em especial na aplicação de sanções às empresas. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo. Conclui-se que a ponderação das consequências práticas das decisões administrativas deve integrar a prática administrativa, o que não significa a adoção do consequencialismo, mas a necessidade de uma melhor fundamentação das decisões.

Palavras-chave: Consequencialismo, Direito administrativo sancionador, Função social da empresa, Lindb, Polícia administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This research studies the application of sanctioning administrative law to companies in view of Law 13.655/2018, which changed the interpretation and application of administrative law at all levels of administration, also covering the controlling and judicial instances. The problem lies in the implementation of consequentialism in the exercise of sanctioning administrative law, especially in the application of sanctions to companies. The hypothetical-deductive method is used. It is concluded that the consideration of the practical consequences of administrative decisions must integrate the administrative practice, which does not mean the adoption of consequentialism, but the need for better reasoning of decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consequentialism, Sanctioning administrative law, Company social function, Lindb, Administrative police

---

[1] Especialista em advocacia municipal - UFRGS. Mestre e Doutor em Direito - UFPR. Professor da FD - UPF (graduação e mestrado). Professor convidado da Universidade Agostinho Neto - Angola. Advogado.

[2] Mestranda PPG Direito - UPF. Especialista em Direito Público e Direito Tributário/Empresarial - IMED. Professora da Faculdade de Direito - UPF. Assessora Jurídica -Município de São Domingos do Sul. Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por foco o estudo da aplicação do direito administrativo sancionador às empresas em vista da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, aplicável às instâncias administrativa, controladora e judicial.

Dentre as importantes alterações na interpretação e aplicação das normas do regime jurídico de direito administrativo trazidas por esta lei encontra-se a necessidade de consideração das consequências práticas da decisão com base em valores jurídicos abstratos e quando se estiver diante de casos de anulação.

A problemática norteadora da pesquisa perscruta se as alterações feitas pela Lei 13.655/2018 implementam o consequencialismo no exercício do direito administrativo sancionar, em especial nas aplicações de sanções às empresas, a fazer com que as consequências determinem a decisão administrativa. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, tendo-se por hipótese que a consideração das consequências não remete a uma postura consequencialista, mas ao aprimoramento das decisões.

Para a resolução do problema posto a pesquisa está dividida em três capítulos. O primeiro compreende o papel da empresa no século XXI e a sua função social, a integrar as disposições do direito privado às normas postas na Constituição de 1988. O segundo capítulo contempla a liberdade econômica da empresa e o direito administrativo sancionador, mais concretamente a atuação estatal sobre o domínio econômico, que pode se dar diretamente, pelo fomento ou pela disciplina. Esta última, decorrente da polícia administrativa, requer uma maior atenção, pois o enfoque do terceiro capítulo são os limites hermenêuticos das alterações nos art. 20 e 21 trazidos pela lei 13.655/2018 ou porque o consequencialismo (não) prepondera na aplicação do direito administrativo sancionador.

Uma das conhecidas razões que levaram à lei 13.655/2018 é a busca de segurança jurídica na aplicação das normas que informam o regime jurídico de direito administrativo. A ainda pouca bibliografia existente sobre o assunto, somado ao conjunto de novos dispositivos introduzidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, faz com que sejam necessárias maiores reflexões, especialmente para que os objetivos buscados pelas alterações postas possam se concretizar. É o que também almejam essas reflexões.

1 A EMPRESA DO SÉCULO XXI E SUA FUNÇÃO SOCIAL

O direito, como ciência social, deve estar sempre atento às mudanças que ocorrem na sociedade e as consequentes acepções da contemporaneidade, devendo, muito mais do que ditar regras para a convivência em sociedade, apresentar soluções para os conflitos que lhe são apresentados, aplicando de forma adequada ao caso em concreto os fundamentos teóricos e principiológicos que lhe são inerentes.

Nesse sentido, necessário se faz que o direito acompanhe a evolução dos institutos sob a sua tutela, dentre eles o Direito Empresarial, que aliado às oscilações de mercado e da própria economia encontra-se me constante mutação, a evidenciar cada vez mais a sua importância no âmbito social.

Infere-se que em pleno século XXI se discute a necessidade e a responsabilidade dos agentes sociais em direcionar seus propósitos com vistas aos novos paradigmas vivenciados pela sociedade, dentre eles a sustentabilidade e a governança, merecendo especial atenção a empresa e o exercício de sua função social.

Com a finalidade de realizar uma abordagem acerca do importante papel desempenhado pela empresa na contemporaneidade, importante delimitar, mesmo que de forma sintética, a evolução histórica da atividade comercial, evidenciando a sua intrínseca relação com todo o meio social em que está inserida.

O Direito Comercial como ramo autônomo teve seu surgimento na Idade Média em razão da necessidade de regulação das atividades exercidas pelos comerciantes e de acordo com os costumes e cultura praticados na época (MAMEDE, 2018, p. 16-18).

Esta fase, também chamada de subjetiva[1], ficou marcada pelo surgimento das Corporações de Ofício, instituições as quais eram responsáveis pela expedição de matrículas que definiam quem poderia ou não exercer os atos de comércio, os quais à época, cingiam-se em atividade de intermediação realizadas pelos detentores do mencionado registro.

Sucedânea a esta fase e imbuído dos ideais da Revolução Francesa surge o primeiro grande marco legislativo acerca do direito comercial, qual seja, o Código Napoleônico de 1804, que traz em seu corpo a Teoria dos Atos de Comércio, direcionando seu olhar à própria atividade comercial que era desenvolvida na época e não somente se limitando a apontar quem poderia ou não exercer tal atividade (TOMAZETTE, 2019, p. 38-42).

[1] Ao tecer algumas considerações acerca do Direito Comercial, Alfredo Rocco afirma que "Aparecido e elaborado no estreito âmbito da classe mercantil, o direito comercial devia ser, e foi, um direito essencialmente profissional. Aos costumes formados e difundidos pelos mercadores, só estes estavam vinculados; os estatutos das corporações estendiam a sua autoridade até onde chegava a autoridade dos magistrados das corporações, isto é, até aos inscritos na matrícula; e, igualmente, à jurisdição consular estavam sujeitos, somente, os membros da corporação" (1934, p. 14-15).

Ao abordar a transição operada entre as fases subjetiva e objetiva do Direito Comercial, Rubens Requião cita Cesare Vivante, o qual a firma que a referida mudança ocorreu "valendo-se da ficção segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial". Segundo o mesmo autor a utilização desta ficção "favoreceu a extensão do direito especial dos comerciantes a todos os atos de comércio, fosse quem fosse seu autor", bem com, atribuiu "por ordem do legislador, o caráter de ato de comércio àquele que verdadeiramente não o tem, serve para estender os benefícios da lei mercantil aos institutos que não pertencem ao comércio" (2005, p. 14).

O Código Comercial Brasileiro de 1850 adotou a referida teoria, tendo como principal marco o Regulamento número 737[2] do mesmo ano, o qual dispõe em seu artigo 19[3] acerca de um rol de atividades entendidas como de mercancia, justificando a aplicação desta teoria de origem francesa desenvolvida na fase histórica subjetiva do Direito Comercial.

Em razão de sua flagrante obsolescência[4], a Teoria dos Atos de Comércio foi sucedida pela Teoria da Empresa, cujo referencial recai não somente ao ato de comércio ou sobre quem o pratica, mas vislumbra toda a complexidade da atividade comercial/empresarial nos mais diversos aspectos e efeitos.

O Código Civil Italiano, promulgado em 1942, foi a primeira codificação a utilizar a Teoria da Empresa, a qual prevê de forma ampla as atividades econômicas e todo a complexidade da atividades comerciais, excluindo desta conceituação somente atividades específicas, quais sejam, as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica (NEGRÃO, 2017, p. 31-32).

Alberto Asquini foi precursor no desenvolvimento da Teoria da Empresa, dissertando acerca da existência de múltiplos perfis[5] que tocam à atividade comercial. O autor italiano ao tecer considerações acerca da delimitação do conceito de empresa, afirmava que "[...]é o

---

[2] Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial.

[3] "Art. 19. Considera-se mercancia: § 1º A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. § 2º As operações de cambio, banco e corretagem. § 3° As emprezas de fabricas; de com missões ; de depositos ; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. § 4.° Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao cornmercio maritimo. § 5. ° A armação e expedição de navios."

[4] Nesse aspecto assevera Gonçalves Neto (2000, p. 47): "O principal argumento contrário ao sistema objetivo é justamente a precariedade científica da base em que se assenta — uma enumeração casuística de atos de comércio, feita pelo legislador ao acaso (de acordo com aquilo que a prática mercantil considerava, à época, pertencer ao Direito Comercial). Com isso, sequer se consegue encontrar o conceito de seu elemento fundamental, o ato de comércio".

[5] São quatro os perfis de empresa evidenciados por Asquini (ASQUINI, 1996), quais sejam: perfil subjetivo; perfil objetivo; perfil funcional; e perfil corporativo. Pelo perfil subjetivo, evidencia-se a empresa como o próprio empresário, ou seja, a noção de empresa se equipararia à noção do sujeito de direito, da pessoa, física ou jurídica, que viesse a exercer a empresa. O perfil objetivo, também conhecido como perfil patrimonial, é aquele pelo qual a empresa deve ser encarada como o patrimônio especial em razão do qual o empresário atua. Pelo perfil funcional, entende-se a empresa enquanto a atividade exercida pelo empresário. Por fim, o perfil corporativo, pelo qual se analisa a empresa como instituição, sendo sua atividade desenvolvida a partir da confluência de esforços do empresário e de seus colaboradores (trabalhadores, prepostos, etc.).

conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram". Nesse mesmo interim, pontuou que "as definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado" (ASQUINI, 1996, p. 109-110).

Estabeleceu-se dessa forma, uma visão ampla e complexa da atividade empresarial, cuja conceituação e tratamento legislativo e jurídico deve estar atendo aos diversos aspectos inerentes a esta atividade, inclusive na realidade social em que se encontra inserida.

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Código Civil de 2002, adotou a Teoria da Empresa[6] para disciplinar a atividade empresarial diante de sua grande relevância no âmbito privado e social[7]. Nesse aspecto, pode-se conceituar empresa "como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)". (COELHO, 2012, p.37).

Importante inferir acerca da proteção constitucional destinada à atividade empresarial diante de sua grande relevância na persecução de diversos princípios nela previstos. Evidencia-se assim, o contido em seus objetivos (artigo 3º)[8], em seus direitos fundamentais sociais (artigo 6º)[9] e em seus preceitos de ordem econômica (artigo 170)[10], gravando a atividade empresarial de encargo que vai muito além da obtenção de lucro, mas também de outras finalidades, dentre elas o cumprimento de sua função social.

Ao fazer uma leitura acerca da necessidade de a empresa cumprir com a sua função social pode-se afirmar que "a função social não se impõe (somente) por obra e graça do

---

[6] Código Civil: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

[7] Edilson Enedino das Chagas (2017, p. 55) assim descreve a relevância da empresa para a sociedade "Não se pode esquecer a relevância da empresa para o desenvolvimento da sociedade. Quer no campo da geração de empregos, quer no campo do desenvolvimento tecnológico, ou ainda área do desenvolvimento econômico do Estado, a empresa desempenha papel ímpar. Sobressaem-se os efeitos negativos da extinção das atividades empresariais que, mais do que prejudicar isoladamente o empresário ou a sociedade empresária, bem como seus parceiros negociais diretos (trabalhadores, fornecedores, clientes), prejudica a sociedade em geral".

[8] Constituição Federal: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

[9] Constituição Federal: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

[10] Constituição Federal: "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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

legislador, é, em verdade, uma imposição das condições sociais dos tempos atuais em relação a propriedade privada. É o suspiro último da propriedade privada. É válvula redentora dela" (MORAES, 1999, p. 92).

A função social delimitada no direito empresarial realiza adequações no interesse privado, limitando-o frente aos interesses públicos, evitando abusos do poder econômico ou a inércia do poder público diante das práticas econômicas e mercadológicas.

Vale lembrar que a função social da empresa, conforme é tratada pela moderna doutrina, advém da previsão constitucional acerca da função social da propriedade[11], sendo que

> Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vincula-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do *dominus*; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica (COMPARATO, 2012, p.106).

Esse princípio, no âmbito empresarial, deve ser analisado a partir de duas premissas, quais sejam, protegendo o complexo empresarial do poder público, sob o prisma da preservação da atividade empresarial e de sua relevante contribuição para a sociedade; e a segunda, impondo o ônus ao empresário de deveres positivos e negativos na comunidade em que está inserida, visto que "não é certo dizer que, só por funcionar, (compreendendo aqui o funcionar como funcionar obedecendo a legislação vigente) a empresa cumpre sua função social" (MAGALHÃES, 2007, p.345).

Para Edilson Enedino das Chagas (2017, p. 53) a função social da empresa se perfectibiliza a partir da efetividade do princípio da solidariedade. Nesse sentido aduz que a empresa só atuará conforme o princípio da solidariedade quando "gerar empregos, experimentar resultados positivos (o que possibilitará aos empreendedores o giro e capital, o circular da riqueza e desenvolvimento de novas tecnologias), respeitar o meio ambiente e a integridade física e moral dos trabalhador", assegurando dessa forma, "uma existência digna às pessoas (atuando em busca do bem-estar social), ainda que em detrimento de uma maior rentabilidade".

Nesse aspecto, importante a lição aduzida por Gilberto Bercovici ao aduzir que a função social, muito além de uma limitação

---

[11] Constituição Federal: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III - função social da propriedade; [...]."

> [...] Trata-se de uma concepção que consubstancia-se no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse social (BERCOVICI, 2005, p. 147).

A empresa que cumpre sua função social vai muito além da geração de empregos, do pagamento de tributos e da geração de riquezas natural à sua atividade, pois direciona seu modos operandi com vista a contribuir com o desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade em que está localizada, sua região ou de forma ampliada, seu país. Adota práticas sustentáveis, buscando a preservação do meio ambiente e os direitos dos consumidores nos bens de consumo que produz. No momento em que a atuação empresarial está de acordo com esses objetivos, vislumbra-se que está cumprindo com a sua função social e efetivando os preceitos constitucionais que lhe são inerentes (COELHO, 2012, p. 81).

Importante expor que o princípio da função social da empresa possui alcance em todos os institutos jurídicos do direito empresarial, devendo ser interpretados à luz da Constituição Federal. O Conselho Nacional da Justiça Federal no seu enunciado 53 na I Jornada de Direito Civil destacou esta visão: "Deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa". Fala-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, observados mesmo nas relações privadas, incluídas as empresariais. Tais considerações não ignoram o dificílimo ambiente de negócios para o empreendedor nacional, a fazer com que uma empresa bem sucedida, longe dos mega aportes de capital e dos incentivos governamentais, seja uma tarefa hercúlea na *terrae brasilis.*

Verifica-se, dessa forma, que a proteção trazida pelo princípio constitucional da função social da empresa não afeta somente a sociedade empresária, tampouco o próprio empresário, mas sim a sociedade como um todo, na medida em que a empresa, conforme disciplinado pelas modernas teorias, trata-se de um instituto complexo que muito além do objetivo primordial da obtenção de lucro, deve estar atenta ao seu dever para com o meio social em que está inserida.

2 A LIBERDADE ECONÔMICA DA EMPRESA E O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A ordem econômica no direito brasileiro encontra-se fundamentada no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988 que trazem em seu escopo os princípios atinentes à

liberdade econômica experimentada pelas empresas e às formas de intervenção do Estado no domínio econômico[12].

Vislumbra-se que o Estado brasileiro adotou a economia de mercado para a persecução dos objetivos do desenvolvimento econômico, fato este evidenciado na medida em que

> [...] a Constituição, ao contemplar a propriedade privada, como um princípio da atividade econômica, quis reafirmar a opção pelo sistema capitalista, em que a apropriação privada dos meios de produção constitui o modo principal de se atingir o desenvolvimento. Destarte, ao estabelecer a propriedade privada e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica, conferiu à propriedade empresária uma função social, ficando toda a normatividade legal imantada por esta singular opção constitucional (PETTER, 2008, p. 242-243).

Ademais, o legislador constitucional enumerou alguns princípios que devem servir como norte para a atividade econômica brasileira, quais sejam, soberania nacional[13], propriedade privada[14], função social da propriedade[15], livre concorrência[16], defesa do

---

[12] Eros Roberto Grau tece considerações críticas acerca da expressão "intervenção do Estado no domínio econômico". Alega que o termo intervenção "tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil", tornando-se equivocada, na medida em que " [...] família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens" (GRAU, 2008, p. 19).

[13] "Soberania é um atributo essencial do Estado, sendo conceito de dupla significação: do ponto de vista do direito internacional, expressa a idéia de igualdade, de não subordinação; do ponto de vista interno traduz a supremacia da Constituição e da lei, e da superioridade jurídica do Poder Público na sua interpretação e aplicação. Se o Estado brasileiro decretar embargo comercial a um país, proibindo as exportações, todas as empresas terão de sujeitar-se. Se partes privadas escolherem contratualmente a aplicação de lei estrangeira em matéria na qual a norma brasileira seja de aplicação cogente, é esta que prevalecerá. A própria reserva de mercado em setor estratégico é manifestação de soberania nacional na ordem econômica" (BARROSO, 2001, p. 194).

[14] "A propriedade privada é condição inerente à livre iniciativa e lugar da sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado. Sua função como princípio setorial da ordem econômica é, em primeiro lugar, assegurar a todos os agentes que nela atuam ou pretendam atuar a possibilidade de apropriação privada dos bens e meios de produção. Ao mesmo tempo, impõe aos indivíduos em geral o respeito à propriedade alheia e limita a ação do Estado, que só poderá restringir o direito à propriedade nas hipóteses autorizadas pela Constituição Federal" (BARROSO, 2001, p. 194).

[15] "Nada obstante, e superando uma concepção puramente individualista da propriedade, o texto constitucional estabeleceu que, na ordem econômica por ele disciplinada, a propriedade deverá ter uma função social. O conceito é relativamente difuso, mas abriga idéias centrais como o aproveitamento racional, a utilização adequada dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, o bem-estar da comunidade. A frustração de tal mandamento constitucional dá ensejo a sanções previstas na própria Carta" (BARROSO, 2001, p. 194-195).

[16] "O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado" (BARROSO, 2001, p. 195).

consumidor[17], defesa do meio ambiente[18], redução das desigualdades regionais e sociais[19], busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte[20].

Veja-se que a Constituição Federal de 1988 ao tratar de aspectos econômicos, em capítulo autônomo, correlacionado com os demais fundamentos nela contidos, não deixou de dar especial atenção ao aspecto social que permeia toda a atividade de mercado e a própria dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se como valor maior do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988, desta forma, destaca-se pelo "aspecto social e enfoque com que trata o cidadão, bem como, no campo econômico, pelo novo foco que é atribuído ao Estado no desempenho de suas funções" (BAGNOLI, 2013, p. 64).

Corroborando com esse entendimento Luis Roberto Barroso (2001, p. 198-199) afirma que o papel do Estado cinge-se na "preservação e a promoção dos princípios de funcionamento e a implementação de programas para a realização dos princípios fins", dando especial ênfase à incumbência de "fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica", visando, dessa forma, a concretização dos objetivos e valores constitucionais.

Trata-se de um poder-dever do Estado em se ingerir no cenário econômico pátrio, tanto no aspecto fiscalizatório, como no de participação efetiva do domínio econômico, buscando a finalidade primordial de concretizar a justiça social. Considera-se que

> [...] o Estado pode atuar de várias formas no domínio econômico, diretamente como agente econômico, controlando e fiscalizando a atuação de entes particulares, ou ainda, em parceria com a iniciativa privada. A atuação do Estado pode ser mais intensa quando Estado é o próprio agente de um setor da economia, muitas vezes até como monopolista, e menos direta quando o Estado deixa a atividade ser explorada pelo agente privado e reserva-se o poder de fiscalização. Pode também estar ausente da economia, nos moldes do liberalismo smithiano, em que o próprio mercado regularia a economia, mas esse modelo comprovadamente pela história não é eficaz, fazendo-se necessária a atuação no Estado no domínio econômico (BAGNOLI, 2013, p. 107).

---

[17] "Trata-se, aqui, tanto de um princípio de funcionamento da ordem econômica, ao qual está vinculada a iniciativa privada, quanto de um dever do Estado. A ele cabe, não apenas assegurar um mercado efetivamente concorrencial, como também criar condições eqüitativas entre partes naturalmente desiguais, ainda que de forma induzida, e assegurar condições objetivas de boa fé negocial" (BARROSO, 2001, p. 195).

[18] "[...] o agente econômico, público ou privado, não pode destruir o meio ambiente a pretexto de exercer seu direito constitucionalmente tutelado da livre iniciativa. Um ambiente saudável é o limite ao livre exercício da atividade econômica e, para defendê-lo e garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial, mediante a edição de leis e regulamentos que visem a promover o desenvolvimento sustentado" (BARROSO, 2001, p. 196).

[19] Conforme ensina Eros Roberto Grau (2008, p. 252), os princípios da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego tratam-se de normas-objetivo dotadas "de caráter constitucional conformador, a justificar a reivindicação pela realização de políticas públicas", encontrando-se relacionados ao bem-estar coletivo, inclusive objetivando a diminuição das desigualdades regionais.

[20] Partindo da análise do presente princípio, verifica-se que o Estado tem dever normativo de "promover o fomento e o incentivo de pequenas empresas nacionais". Possui previsão constitucional expressa, art. 179, bem como legislações específicas, dentre elas o Estatuto da Micro-Empresa (Lei 9.841/1999) (MOREIRA, 2006, p. 111).

Com a finalidade de disciplinar a atuação estatal sobre o domínio econômico Luis Roberto Barroso (2001, p. 202) equacionou a referida atividade em três diferentes modalidades, a saber: "a atuação direta, o fomento e a disciplina".

A primeira delas, a atuação direta, está prevista no Art. 173 da Constituição Federal[21], que traz em seu bojo as hipóteses de atuação como de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, passando ele a produzir bens ou prestar serviços por meio de sociedade de economia mista ou empresa pública: "o ente público pratica operações mercantis, atos de interposição na efetivação de trocas, agindo como os demais sujeitos que atuam nos fenômenos econômicos" (PIMENTA, 2002, p. 39).

Desempenhando esse tipo de intervenção na economia, o Estado rege-se pelo regime de direito privado, visando a afastar a concorrência desleal que surgiria com a presença de um Estado-empresário e o próprio peso da racionalidade eminentemente burocrática. Destaca-se, ainda, que tal modalidade de ingerência do poder público pode ser subdividida em duas formas de atuação, segunda a lição de Marçal Justen Filho:

> A intervenção direta na ordem econômica comporta duas vertentes fundamentais. Pode configurar serviço público ou atividade econômica propriamente dita. O serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de modo direto e imediato à satisfação de direitos fundamentais. Como decorrência, essa atividade é atribuída à titularidade do Estado e submetida ao regime de Direito Público. Isso acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O art. 175 da Constituição disciplina a matéria. A atividade econômica propriamente dita reside no desempenho pelo Estado de atividades que não são diretamente vinculadas à satisfação de direitos fundamentais. Essas atividades podem ser desempenhadas sob duas modalidades. Ou o Estado as desempenha em competição com os particulares ou atua sob regime de monopólio. A regra é o desempenho da atividade econômica propriamente dita pelo Estado sob regime de concorrência com os particulares (art. 173, caput e § 1°). Mas a Constituição cria casos de monopólio, que se configuram como exceção e que estão relacionados, basicamente, no art. 177 (2015, p.423).

[21]Constituição Federal: "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. § 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. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

A segunda modalidade de atuação, denominada de "fomento" tem por foco a atuação estatal na condução ou incentivo da atividade econômico entre os particulares, mediante a criação e implementação de políticas econômicas, incentivos e financiamentos públicos.

Referida forma de intervenção estatal na economia, importa "no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida entre os particulares", a partir do desenvolvimento de verdadeira "política econômica", a qual possui como objetivos fundamentais "assegurar o crescimento sustentado da economia, assegurar o pleno emprego dos fatores de produção, particularmente da mão de obra, uma relativa estabilidade de preços e, garantir o equilíbrio da balança de pagamentos" (FONSECA, 2010, p. 209).

Por seu turno, a modalidade de atuação estatal sobre o domínio econômico denominada de "disciplina" é a que mais importa para a resposta à problemática proposta no presente estudo, vez que traz em seu meandro a imposição de sanções administrativas as empresas, o que por vezes pode trazer um impacto temerário a atividade empresarial, sua manutenção e consequente cumprimento à correspondente função social.

No entender de Luis Roberto Barroso (2001, p. 204), a disciplina como forma de intervenção do poder estatal na economia visa a "preservação e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica", merecendo análise e apreciação detalhada em razão da complexidade de seus objetivos e possíveis efeitos. Nesse diapasão, o Poder público atua como "agente normativo e regulador, exercendo a função de fiscalização", assim como constitucionalmente previsto no artigo 174[22].

Aduz, o já referido autor que

> O Estado disciplina a atividade econômica mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. De fato, o Poder Público exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código do Consumidor (art. 5, XXXII), a lei de remessa de lucros (art. 172), a lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4), dentre inúmeras outras. Exerce, ademais, competências normativas de cunho administrativo, editar decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos como a política de crédito e a política de câmbio, em meio a muitas outras. Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o

[22] Constituição Federal: "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. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei."

> exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista) (BARROSO, 2001, p. 204).

A partir desta leitura, na expertise de Daniel Ferreira (2009, p. 369), vislumbra-se a possibilidade de identificar três oportunidades distintas da manifestação do poder potestativo do Estado. O primeiro deles refere-se à elaboração de instrumentos legislativos infralegais (portarias, regulamentos, resoluções), objetivando a efetiva aplicação da lei que lhes deu azo. O segundo tipo de manifestação do poder público em relação à economia cinge-se na realização da fiscalização. Evidencia-se neste meandro a atuação administrativa tanto de forma preventiva, verificando condições fáticas e jurídicas que possam colocar em risco o público, quanto de forma repressiva, citando-se como exemplo a possibilidade de interdição de estabelecimentos encontrados em condições insalubres (FERREIRA, 2009, p. 369).

Como consequência da regulação, a fiscalização trata-se de verdadeiro exercício do poder de polícia, corroborando nesse aspecto, importante lição de Eros Roberto Grau:

> Essa atividade, de fiscalização, é desenvolvida, evidentemente, em torno de um Objeto. Fiscalizar significa verificar se algo ocorre, sob a motivação de efetivamente fazer-se com que ocorra - ou não ocorra. Assim, fiscalizar, no contexto deste art. 174, significa prover a eficácia das normas produzidas e medidas encetadas, pelo Estado, no sentido de regular a atividade econômica. Essas normas e medidas, [...], hão desnecessariamente estar e dar concreção aos princípios que conformam a ordem econômica. Por isso hão de, quando atinjam a atividade econômica em sentido estrito, necessariamente configurar intervenção sobre o domínio econômico. (2008, p.307)

Por fim, a terceira forma é, justamente, o momento que, "com índole manifestamente repressiva, mas voltada ao desencorajamento de incursões em infrações, poderá a polícia administrativa exteriorizar-se mediante imposição (e aplicação, quando materialmente possível) de sanções". (FERREIRA, 2009, p. 369)

A polícia administrativa, no exercício de sua supremacia geral, logo, com incidência em nas atividades normatizadas pela ordem jurídica, independentemente de algum vínculo específico com a administração, abarca a tutela dos mais diversos bens jurídicos, seja da competência municipal, estadual ou federal. É o caso do licenciamento de construções (município); da licença ambiental de impacto regional (estado); energia elétrica ou comunicações telefônicas (federal via ANEEL e ANATEL). Aliás, impende registrar a correta leitura de Gustabo Binenbojm (2014, p. 42-48) acerca dessa nova feição policêntrica da administração brasileira, impulsionada pelo fenômeno da criação de dezenas de agências reguladoras, que desfrutam de elevada autonomia técnica e normativa.

De toda a sorte, em diversas situações, para a tutela dos mais diversos bens jurídicos sob a competência de cada uma das pessoas políticas que integram a federação brasileira, impende

o exercício dessas atividades de fiscalização, prevenção e repressão exteriorizadas pela polícia administrativa para as mais diversas atividades empresariais.

Esse momento de intervenção do Estado no domínio econômico é o que mais importa ao presente estudo, vez que busca a análise de uma possível limitação às sanções[23] administrativas diante da função social exercida pelas empresas.

3 LIMITES HERMENÊUTICOS PARA A APLICAÇÃO DO ART. 20 E 21 DA LEI 13.655/2018 OU PORQUE O CONSEQUENCIALISMO (NÃO) PREPONDERA NA APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Os tempos atuais podem ser considerados, no mundo jurídico, de pós-positivista, tendo por base as insuficiências do positivismo para dar conta da complexidade da contemporaneidade, especialmente diante de casos difíceis (NOHARA, 2018, p. 15-18). Os princípios passam a ocupar um importante papel na superação do antigo legalismo, com forte e incontestável normatividade, a condensar os valores albergados pela ordem constitucional e a possibilitar a resolução de todos os conflitos (BARROSO, 2001, p. 24-27).

É nesse diapasão que as autoridades administrativas e judiciais cada vez mais se socorrem aos princípios, sem olvidar, obviamente, as respectivas regras, para a resolução de litígios. Inobstante a polícia administrativa tenha usualmente por base de atuação normas de cunho regrático, é inegável a importância das normas de caráter principiológico, tanto que é possível principiologicamente fundamentar a atuação da polícia administrativa – vide o famoso caso de Morsang-sur-Orge, citado por diversos administrativistas, como Irene Nohara (2017, p. 158-159).[24]

Sempre importa lembrar a impossibilidade de a legislação abarcar todas as possibilidades fáticas do mundo da vida em disposições regráticas, o que se potencializa em sociedades cada vez mais complexas, na compreensão de Edgar Morin, a compreender a ideia de coisas e situações entrelaçadas, em interações e retroações, a alimentar a própria incerteza (2001, p.564-565). E complexidade se resolve com soluções complexas e não o inverso. É por isso que os princípios acabam por significar uma abertura normativa para a razão prática, a permitir a resolução adequada normativamente dos mais diversos litígios, já que não é

[23] Para Flávio Henrique Unes Pereira "sancionar significa impor determinada consequência desfavorável a alguém em razão do cometimento de ilícito" (PEREIRA, 2013, p. 78).

[24] Caso ocorrido no início da década de 90 do século passado, no qual o Conselho de Estado francês decidiu não ser admissível o arremesso de anões enquanto atividade de entretenimento. A decisão teve fundamento na dignidade da pessoa humana, a integrar o conceito de ordem pública. e a respaldar a atuação do prefeito de Morsang-sur-Orge no exercício da polícia administrativa.

permitido, seja na instância administrativa, seja na instância judicial, o *non liquet.* Em suma, os princípios, dotados de inescusável caráter normativo, se transformam em indispensáveis instrumentos para a resolução de problemáticas complexas, o que também requer um maior cuidado metodológico para a sua utilização, a fim de evitar a queda no panprincipiologismo decisionista.

A Lei 13.655/2018 alterou significativamente a denominada LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constante no Decreto-lei 4.657/1942, com o foco na aplicação das normas do regime jurídico de direito público, em todos os níveis da federação, para todos os poderes. Vincula expressamente as instâncias administrativa, controladora e judicial.

Nos acrescidos art. 20 e 21[25], que mais importam nessas considerações, se traz a necessidade de considerar as consequências práticas, jurídicas e administrativas, da decisão e a análise das respectivas alternativas. O art.20, por sua vez, refere-se às decisões que tenham por base decisões embasadas em valores jurídicos abstratos. O Decreto 9.830/2019, que regulamenta a lei em comento, no seu art. 3º, faz referência à "decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos", considerados esses, no seu parágrafo primeiro "normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração". Tal conceituação refere-se aos princípios e aos conceitos legais indeterminados,[26] muito presentes na contemporaneidade em razão da dificuldade de se conseguir, em sociedades cada vez mais complexas e multifacetadas em seus interesses, um regramento legislativo minucioso e preciso calçado em regras.

Observa-se a tentativa da busca de uma maior precisão quanto ao uso dos princípios e dos conceitos legais indeterminados, razão pela qual o decreto busca vincular a consideração das consequências quando a decisão tiver exclusivamente por base esses valores jurídicos

---

[25] Lei 13.655/2018: "Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos."

[26] A doutrina compreende os conceitos legais indeterminados como aqueles possuidores de elevado grau de incerteza, ambiguidade e imprecisão. É o caso de expressões como interesse público, alta relevância, dentre outros (OHLWEILER, 2000, p. 15-21; SOUZA, 1994, p. 25-29), que deve remeter a um processo hermenêutico para a sua determinação: "o controle jurisdicional dos termos indeterminados é uma atividade hermenêutica e dialética. Encontra-se inserido em um processo de fusão de horizontes com aquilo que se diz da Constituição Federal, impondo-se, assim, um constante processo de justificação e atualização de sua prática e que acaba gerando uma nova atividade de nomeação das normas jurídicas." (OHLWEILER, 2000, p. 156). Tais considerações fazem com que os valores abstratos também abarquem as chamadas cláusulas gerais, similares aos conceitos legais indeterminados, conforme Gustavo Tepedino (2002, p.XIX): "normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos.Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas." Em face de uma melhor redação, quando se utilizar conceitos indeterminados engloba-se, também, as cláusulas gerais.

abstratos. Entretanto, o regulamento restringe o que a lei não restringiu e o faz de forma a extrapolar os limites legais do exercício do poder regulamentar estampados no art. 84, IV da Constituição Federal, pois a regulamentação não pode inovar a ordem jurídica.[27] É o que a majoritária doutrina administrativista afirma, com as referências exemplificativas de José dos Santos Carvalho Filho (2016, 59-67), Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 313-343) e Diogenes Gasparini (2008, p. 120-127).

Isso porque a Lei 13.655/2018 requer a consideração das consequências quando uma decisão se utilizar de valores jurídicos abstratos, os chamados princípios e conceitos legais indeterminados, o que não significa a sua exclusividade normativa. Em diversas situações é possível e necessário decidir com o uso de regras e princípios, pois o direito é um sistema jurídico, muito mais do que um amontoado de normas. A própria ideia de sistema remete à interdependência dos seus elementos, conforme ensina Norberto Bobbio (2008, p. 37). Além disso, pode-se afirmar que "toda decisão a um caso concreto resulta de um processo de aplicação de valores abstratos" (JUSTEN FILHO, 2018, p.27). Por óbvio, se está a considerar, para a aplicação das alterações à LINDB, as incontáveis situações sem que os valores abstratos sejam usados com exclusividade ou que sejam utilizados com relevo argumentativo, a excluir situações subsumidas fortemente a dispositivos regráticos e exaustivos.

Assim, a seguir a regra do art. 20, decisões fundamentadas em princípios, mesmo que não exclusivamente, devem considerar as respectivas consequências práticas. Já o art. 21 faz referências ao exercício do controle de legalidade, que também requer a indicação das suas consequências jurídicas e administrativas. As reflexões abarcam ambos os artigos.

Deve-se cuidar para que argumentações consequencialistas não encontrem escopo em práticas sociais e possam "avançar para um espaço de argumentação moral sem qualquer linha demarcatória do Direito", sempre a lembrar os "compromissos democráticos inegociáveis" (MORAIS; ZOLET, 2018, p. 519-520).

De outra senda, decisões que tenham alicerce em princípios ou em conceitos indeterminados requerem uma ponderação que considere as questões fáticas para evitar a "consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir." (JUSTEN FILHO, 2018, p.23). É uma forma de evitar o ocultamento de decisões arbitrárias, decisões contraditórias nos diversos níveis decisórios e a própria insegurança jurídica. A decisão concreta e adequadamente correta imbrica fatos e valores, razão pela qual é relevante a transparência valorativa, que se faz através da motivação. Por conseguinte, a "previsão dos

[27] Constituição Federal: Art. 84, "IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato (JUSTEN FILHO, 2018, p. 26-29).

A análise das consequências deve decorrer de um raciocínio lógico, calçado no conhecimento e na experiência, decorrente de uma relação de causa e efeito. Tais efeitos devem ser analisados à luz da proporcionalidade e suas dimensões: adequação, necessidade e vedação de excesso. A motivação, assim, deve ser robusta e suficiente para dar conta dessas variáveis. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29-33).

Ainda importa salientar que avaliar os efeitos de uma decisão não é o mesmo que decidir com base nos efeitos sem considerar o suporte normativo incidente sobre a problemática, um cuidado a se ter.[28] Permite, isso sim, um melhor controle da decisão a considerar, na respectiva motivação, o suporte normativo e as consequências práticas, que devem se submeter ao jugo da proporcionalidade para a aferição da decisão correta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inquestionável a importância da empresa numa economia de mercado. Dinamiza as relações sociais. Impulsiona a geração de riqueza e empregos. Alavanca a economia. Empodera o cidadão para a concretização dos seus sonhos. Transforma realidades. Entretanto, importa salientar a submissão da ordem econômica a diversos princípios e valores constitucionais, como é o caso da função social, da sustentabilidade, dentre muitos outros.

Assim, a atividade econômica não pode subsistir por si, pois além de não ser um valor próprio e independente, deve obediência a princípios e valores postos pela ordem jurídica. É preciso, mesmo numa economia de mercado, algum grau de intervenção estatal, que pode se dar através da intervenção direta, em situações excepcionais, nos casos previstos na Constituição e quando houver relevante interesse coletivo previsto em lei; do fomento, via estímulo ao desenvolvimento econômico; e da disciplina ou intervenção indireta, o que possui mais relevo nesta pesquisa, já que diz respeito também ao exercício da polícia administrativa.

O exercício da disciplina requer uma normatividade prévia, que pode se dar através de vários instrumentos (leis, decretos, resoluções, dentre outras), tanto oriundos das pessoas políticas, como de entes autônomos, a relevar o caso das agências reguladoras. Por sucedâneo,

[28]"(...) pretender alçar as consequências jurídicas práticas à condição necessária para análise de juízos valorativos, que barram decisões utilitárias, pode significar uma opção de escala de prioridades que são questionáveis, pois as soluções só podem se apresentar como melhores ou piores, no juízo amparado em razão prática, em função das características do caso concreto, dado seu contexto peculiar." (NOHARA, Irene Patrícia Nohara. LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Minibook, Juruá Editora, 2018, p. 29-30, ID:27112 e 27112).

há o dever de fiscalização, a fim de garantir o cumprimento das limitações à liberdade e à propriedade dispostas na ordem jurídica. Há princípios e regras que norteiam a atuação estatal da polícia administrativa. Ao lado da fiscalização subsiste uma atuação preventiva, consistente na expedição dos conhecidos alvarás, que se entrelaça com a própria fiscalização. Ao se configurar infrações a esses limites legais, há o dever de agir repressivamente, com a imposição de sanções.

A problemática da pesquisa repousa nas alterações da lei 13.655/2018 efetuadas na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especialmente os art. 20 e 21, que requerem a análise das consequências práticas da decisão, como também das consequências administrativas e jurídicas, quando se utilizar valores abstratos - exclusivamente ou com relevo – ou se utilizar o instituto da anulação. Não olvidar que os dispositivos da referida lei abrangem as instâncias administrativa, de controle e judicial. Assim, se perscruta até que ponto se pode falar num avanço do consequencialismo, na perspectiva de as consequências vincularem e fundamentarem as decisões inferidas do regime jurídico de direito administrativo.

A hipótese foi confirmada, ou seja, a consideração das consequências não remete a uma postura consequencialista, mas ao aprimoramento das decisões. Se requerer, a partir das alterações feitas na LINDB, um esforço muito maior das autoridades administrativas, de controle e judiciais a fim ponderar adequadamente as consequências, o que reforçará o acerto da decisão. Mais do que isso, conduz ao crivo da proporcionalidade, em todas as suas dimensões, a complexizar ainda mais a decisão a ser tomada, ao mesmo tempo em que apresenta balizas para que melhor se encontre a decisão correta para o caso concreto. A motivação se agiganta, condição *sine qua non* para a concretude desses novos dispositivos legais e melhor eficácia do regime jurídico de direito administrativo.

Pode-se também afirmar que as inovações dos art. 20 e 21 da LINDB, devidamente analisados, por mais que signifiquem avanços, também devem ser cotejados com o Código de Processo Civil, pois o art. 15 deste diploma processual traz a sua aplicação subsidiária e supletiva diante da ausência de dispositivos específicos nos processos administrativos, o que também remete ao cumprimento do §1º do art. 489 do CPC, acerca das obrigações que todo o ato decisório judicial deve conter.

A ponderação das consequências práticas, jurídicas e administrativas reforçam o próprio regime jurídico de direito administrativo, sem significar a adoção de uma postura consequencialista e/ou utilitarista. Os compromissos constitucionais e infraconstitucionais com o desenvolvimento econômico e da empresa, mesmo quando cimentados totalmente ou parcialmente no que se convencionou chamar de valores jurídicos abstratos, não poderão

desconsiderar o arcabouço normativo que alicerça o direito administrativo sancionador, mais especificamente o uso da polícia administrativa.

É por isso que a atuação fiscalizatória, exemplificativamente, da polícia administrativa ambiental, não poderá deixar de impor as sanções pertinentes ao empreendimento poluidor, por mais que possa prejudicar a sua atividade econômica e a geração de empregos. Frisa-se a necessidade de se aprimorar mais e mais a carga argumentativa, relevando-se o princípio da motivação, pois é comum que ao lado das regras também se utilize de princípios e conceitos legais indeterminados para fundamentar a decisão administrativa.

Vislumbra-se, assim, um salutar campo de possibilidades de aprimoramento do regime jurídico de direito administrativo. Que assim seja!

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fabio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-126, 1996.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul/set 2001.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, out. 2001.

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

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.* 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Edipro, 2008.

BRASIL. *Constituição*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil3/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

_____. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 ago. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CHAGAS, Edilson Enedino das. *Direito empresarial esquematizado*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

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

FONSECA, João Leopoldino. *Direito econômico*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Revistas Dos Tribunais, 2015.

_____. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311>. Acesso em: 12 ago. 2019.

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

MAMEDE, Gladson. *Direito empresarial brasileiro: empresa e atuação empresarial* – 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. *Revista Jurídica Unicuritiba*, Curitiba, vol 04, nº 53, p. 497-523, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Os Princípios Constitucionais da Atividade Econômica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 45, p. 103-112, 2006.

MORIN, Edgar (Org.). *A Religação dos Saberes: desafios do séc. XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial* – 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOHARA, Irene. *Direito Administrativo*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. *LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Minibook*. Juruá Editora, 2018.

OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêuti*ca. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

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

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial Vol. 1* - 26ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de Direito Comercial – Parte Geral*. Tradução do Italiano pelo Prof. Cabral de Mendonça. São Paulo: Saraiva e C. – Editores, 1934. Saraiva, 2015.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário – volume 1* – 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.