

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Goiás

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)

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos; Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 23 e 30 de junho de 2020, foi e será sempre um marco não apenas para o CONPEDI mas para toda a comunidade jurídica e para os programas de pós-graduação em direito do Brasil, por ser o primeiro evento totalmente virtual e no meio de uma das maiores pandemias da história da humanidade, a Covid-19 - e que, nada obstante todas as adversidades, foi concluído com enorme sucesso. Um evento que ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um amplo, qualificado e plural conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

Com efeito, a Covid-19 e seus desdobramentos foram a tônica dos debates e das comunicações, mas não somente isso! A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e na respectiva atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões informadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DESLEGALIZAÇÃO E DEMOCRACIA
2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA À LUZ DA RESERVA DO POSSÍVEL
3. OS REFLEXOS DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
4. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA ADMINISTRATIVA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA JUDICIAL
5. A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DA AUTARQUIA INSS PARA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS VERSOS A EFICIÊNCIA E MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

6. A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM DIÁLOGO COM AS FONTES DO DIREITO E COM AS NOVAS TECNOLOGIAS
7. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIAS PARA ARRENDAMENTO DE ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS
8. ANÁLISE ESTRUTURAL DO CONTRATO DE TRANSIÇÃO EM ÁREAS OPERACIONAIS DOS PORTOS BRASILEIROS
9. A DEVOLUÇÃO DO BEM PÚBLICO SUBTRAÍDO E A DESCARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
10. A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA
11. O REGIME JURÍDICO PÚBLICO SOBRE O REGIME PRIVADO: UMA ANÁLISE DAS CLÁUSULAS EXORBITANTES
12. A PRÁTICA DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO BRASIL
13. GOVERNANÇA CORPORATIVA DE EMPRESAS ESTATAIS: EFEITOS PRODUZIDOS A PARTIR DA LEI DAS ESTATAIS FRENTE AOS DESAFIOS DE MITIGAÇÃO DE FRAUDES E CORRUPÇÃO
14. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS: UM ESTUDO DE CASO
15. (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA A ADVOGADOS PÚBLICOS
16. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AS PENAS – ARTIGO 12
17. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS UNIDADES DE PRONTO ATENDIMENTO: RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INTERNAÇÕES

18. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAR POLÍTICA PÚBLICA DE MANUTENÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA EM DETRIMENTO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO DE INDIVÍDUO PORTADOR DA COVID-19

19. POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 E OS MECANISMOS PARA SUA TUTELA À INFORMAÇÃO SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA CORRETA

20. AS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS E A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização desse primeiro encontro virtual - um espaço que proporcionou relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas temáticas!

De Florianópolis (SC), de Passo Fundo (RS) e de São Luiz (MA), junho de 2020.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de

Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal -
publicacao@conpedi.org.br.

**A INTERVENÇÃO ESTATAL DESPROPORCIONAL NAS ATIVIDADES
EMPRESARIAIS E A VIOLAÇÃO À LIVRE INICIATIVA**
**DISPROPORTIONAL STATE INTERVENTION IN BUSINESS ACTIVITIES AND
VIOLATION TO FREE ENTERPRISE**

Leticia Lobato Anicet Lisboa ¹
Juliana Patricio Da Paixão ²

Resumo

Esse artigo tem por objetivo a análise da intervenção estatal nas empresas, por meio da regulação, e, a possibilidade de violação ao princípio constitucional da livre iniciativa em caso de desproporcionalidade. Utilizou-se o método dedutivo, e a pesquisa teve caráter bibliográfico-documental. Inicialmente, conceituou-se intervenção estatal e seus fundamentos. Seguidamente a empresa foi examinada, bem como os princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência. Finalmente, verificou-se pela jurisprudência que atos regulatórios desproporcionais geram violações ao princípio da livre iniciativa e do Estado Democrático de Direito. Concluiu-se que é necessária implementação de novos processos de governança pública com vistas à eficiência econômica.

Palavras-chave: Intervenção estatal, Regulação, Empresa, Livre iniciativa, Governança

Abstract/Resumen/Résumé

This article's objective is the analysis of state intervention in business activity, and the possibility of violating the constitutional principle of free enterprise in case of disproportionality. The method used was deductive, and the research was of bibliographic-documentary nature. Initially, state intervention and its foundations were conceptualized. Then, entrepreneurship was examined, as well as the constitutional principles of free enterprise and competition. Finally, it was verified by the jurisprudence that disproportionate regulatory acts generate violations free enterprise and Rule of Law. It was concluded that it is necessary to implement new public governance processes with a view to economic efficiency.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State intervention, Regulation, Business, Free enterprise, Governance

¹ Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Doutora e Mestre em direito de empresa na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

² Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduada em direito pela EMERJ e em Gestão Urbana e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

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 da 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.

Cumpra ao Estado, a estipulação de regras de conduta para condução das atividades empresárias, assim como a fiscalização dos atos e imposição de eventuais sanções. Portanto ao Estado cumpre o exercício dessas funções, através da intervenção estatal indireta nas empresas.

Na prática, verifica-se que a intervenção estatal na atividade empresarial apresenta efeitos diversas vezes não convergentes com a realidade dos empresários, considerando a falta de informações dos entes reguladores e a necessidade de mecanismos de governança que permitam a assimetria de informações e compreensão sobre a realidade setorial.

Considerando-se a globalização dos mercados e a expansão das atividades empresariais, há uma necessidade urgente de convergência de informações para intervenção estatal eficiente, de modo que as empresas não sofram tantas medidas restritivas de sua liberdade para atuar na economia.

O objetivo geral do presente artigo é a análise da intervenção estatal nas empresas por meio da regulação, e a possibilidade de violação ao princípio constitucional da livre iniciativa em caso de desproporcionalidade. Tal objetivo será explorado por meio de três capítulos com objetivos específicos.

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 primeiro capítulo terá como objetivo específico a conceituação de intervenção estatal na ordem econômica, bem como a investigação sobre os critérios de legitimidade para tal atuação estatal em sentido estrito. Para tanto, serão apresentados os fundamentos da Constituição Federal de 1988, notadamente o artigo 174 que informa a regulação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada pelo Estado.

Por conseguinte, o segundo capítulo versará sobre a atividade empresarial, pela

interpretação do conceito de empresário do art. 966 do Código Civil que trouxe a teoria da empresa do direito italiano. Outrossim, a atividade empresarial tem fundamento constitucional basilar no princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo certo que não obstante a necessária atuação do Estado, ao intervir nas empresas, essa atuação sempre será limitada aos referidos princípios.

Por fim, ultrapassados os conceitos de intervenção estatal indireta, regulação, além de empresa e liberdade econômica, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, o terceiro capítulo versará sobre a intervenção estatal na atividade empresária através do exame de dois Acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a regulação desproporcional pode gerar uma limitação excessiva e inadequada às empresas (atividades econômicas), violando os princípios da livre iniciativa e do Estado Democrático de Direito.

Diante das incoerências regulatórias, serão analisadas as recentes Leis nºs 13.848, de 25 de junho de 2019, que disciplina a organização das agências reguladoras, e, 13.874, de 20 de setembro de 2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Ao final, o estudo versará sobre a urgente necessidade de renovação dos processos de governança pública para orientação das entidades em prol do desenvolvimento das atividades empresariais no Brasil.

1. CRITÉRIOS DE LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

A intervenção estatal foi conceituada por Eros Grau como “atuação estatal no campo da atividade econômica em área de titularidade do setor privado”, enquanto a atuação estatal é considerada “a ação do Estado no campo da atividade em sentido amplo” (GRAU, 2010, p. 100). Nessa toada, o Estado não está realizando intervenção quando presta ou regula a prestação de um serviço público, pois está atuando em área de sua própria titularidade na esfera pública.

Quando o Estado está intervindo diretamente na economia, mas não é o titular natural daquela atividade econômica, ocorre a intervenção direta na economia, prevista no art. 173¹, caput da Constituição Federal, *in verbis*: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida

¹ Cf. Importante também destacar o Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 que dispõe sobre a Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e estabelece no art. 4º a estrutura da administração federal direta e indireta.

quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. No entanto, a intervenção direta na economia é medida excepcional adotada pelo Estado, porque a atividade econômica é própria do regime privado onde os particulares assumem riscos e ônus, cabendo àquele atuar apenas em casos de interesse coletivo ou segurança nacional (NEVES; SANTANA, 2017, p. 332).

A intervenção indireta do Estado é realizada por meio de normas emanadas deste “que têm como finalidade fiscalizar, incentivar ou planejar” (FONSECA, 2017, p. 179). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, 2019, p. 192) a intervenção estatal indireta significa a “a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada”.

A Carta Magna de 1988 prevê a intervenção estatal indireta na economia 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”. Eros Grau (2010, p. 107) complementa, ainda, que a Constituição no art. 174, utiliza a expressão atividade econômica em sentido amplo para contemplar que o Estado deve garantir efetividade à normatização direcionada:

Alude, o preceito, a atividade econômica em sentido amplo. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido[...]

Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento.

A regulação é a forma mais comum de intervenção estatal indireta no âmbito econômico. O objetivo da regulação é adequar a conduta dos sujeitos que desempenham atividade econômica, controlando e 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 (2013, p. 420):

[...] 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 desejáveis.

A regulação enquanto intervenção indireta na ordem econômica também contempla o Estado enquanto agente normatizador, inclusive as medidas legislativas para orientação do mercado. No entanto, como introduz André Ramos Tavares (2011, p. 302) o Estado como agente normativo e regulador da economia, não deve exercer um poder de controle, mas manter um equilíbrio ou sua normalidade.

O contexto no qual se podem editar validamente leis econômicas é extremamente amplo para se pretender aqui realizar uma análise exaustiva. O Estado pode - e deve - interceder normativamente para regulamentar a economia. Contudo, um dos pontos que se apresentam como essencial é, como salientado anteriormente, a necessidade de proteger a economia nacional da "invasão desmedida e virulenta" de grandes empresas privadas estrangeiras.

É preciso pontuar que 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 (2008, p. 33):

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-regulamentável.

Ocorre que na prática há diversos atos de intervenção estatal indireta nas atividades empresariais, que acabam gerando prejuízos para os empresários. Esses atos não estão restritos à fiscalização dos empresários pra coibição de atos ilícitos, mas ocorrem na edição de atos normativos desconexos com a realidade que afetam a livre iniciativa daqueles. No terceiro capítulo serão analisados dois casos concretos que indicam a violação do princípio da livre iniciativa por atos regulatórios.

Por conseguinte, 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 norteiam a liberdade inerente às atividades econômicas.

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 para regular as atividades comerciais de forma específica² (COELHO, 2012, p. 34).

O art. 966 (BRASIL, 2002, s.p) conceitua empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços”. Dessa maneira, a empresa não apresenta conceito em tal codificação, podendo ser deduzido do mesmo art. 966 que a empresa é a atividade economicamente organizada, o sujeito do direito mercantil.

Eros Grau (2010, p. 181) indicou que a ordem econômica transposta na Constituição Federal de 1988 mantém a hegemonia capitalista e demonstra um regime liberal com mercado organizado, sendo certo que a intervenção estatal no mercado apenas deve ocorrer em situações excepcionais, como as infrações à ordem econômica³.

[...] 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 [...].

² Cf. Sobre as atividades econômicas empresariais, cabe destacar que o Direito empresarial é nomenclatura hodierna relativa ao direito comercial que adota a Teoria da Empresa no art. 966 do Código Civil. Nesse sentido, Fábio Ulhôa Coelho afirma: “Note-se que não apenas as atividades especificamente comerciais (intermediação de mercadorias, no atacado ou varejo), mas também as industriais, bancárias, securitárias, de prestação de serviços e outras, estão sujeitas aos parâmetros (doutrinários, jurisprudenciais e legais) de superação de conflitos estudados pelo direito comercial. Talvez seu nome mais adequado, hoje em dia, fosse direito empresarial. Qualquer que seja a denominação, o direito comercial (mercantil, de empresa ou de negócios) é uma área especializada do conhecimento jurídico”. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, V. 1, direito de empresa. 16.ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p.34.

³ Cf. 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. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 fev. 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 08 de março de 2018. Ver. 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 [...].

À atividade empresária são aplicáveis os princípios constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência dispostos na Carta Política 1988. Nesse sentido, o texto constitucional possibilitou que diversos agentes possam desenvolver livremente suas respectivas atividades empresariais, podendo competir no mercado. Por conseguinte, o próprio Estado Democrático de Direito tem como fundamento os valores sociais e da livre iniciativa, como se verifica na redação do art. 1º (BRASIL, 1988, s.p.) *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

[Grifos do autor.]

O Art. 170 (BRASIL, 1988, s.p.), 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).

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.

Também a jurisprudência é pacífica no sentido de que mesmo que o Estado tenha a função de estipular regras, fiscalizar e impor sanções às violações à ordem econômica, ainda sim, 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, buscando o desenvolvimento econômico da sociedade civil.

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, porque cabe ao Estado a defesa dos interesses da sociedade, coibindo infrações à ordem econômica, assim como estimulando a concorrência sadia, fiscalizando a atuação dos empresários e defesa do mercado em questão.

O princípio da livre iniciativa deve ser entendido em um contexto constitucional 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 constituinte harmonizou o livre desenvolvimento da atividade empresarial com a repressão aos atos de infração à ordem econômica.

O princípio da livre concorrência, também possui limites, é incentivado pelo Estado desde que inexista afronta à ordem econômica, o abuso de poder e o aumento arbitrário e desproporcional de lucros.

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”. Desse modo, o princípio da livre iniciativa deve ser entendido em um contexto da Constituição Federal. Portanto, o princípio da livre concorrência, também possui limites, é incentivado pelo Estado desde que inexista afronta à ordem econômica.

Sem embargo, os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa não devem ser interpretados de forma absoluta, mas em consonância com outros princípios do ordenamento, como a boa-fé, da função social e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, conforme leciona Alexandre de Moraes (2007, e-book), a atuação do Estado não se daria apenas 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. 173 (BRASIL, 1988, s.p)⁴.

[...] 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 coletivo.

O Estado tem o poder-dever de limitar a atividade dos empresários por meio da edição de regras de conduta pelo Poder Legislativo, mediante edição de leis, 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

⁴ Cf. BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. 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.

normas, porém sempre devem observar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência no tocante ao empresário e sociedade.

3. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA PELA INTERVENÇÃO ESTATAL INDIRETA E A NECESSIDADE DE GOVERNANÇA PÚBLICA

Ultrapassada a análise acerca da legitimidade de intervenção estatal na ordem econômica e observados os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, passa-se ao exame das particularidades e estudos de caso quanto à extrapolação da intervenção estatal na atividade empresarial.

Inicialmente, destaque-se o Acórdão no Recurso Extraordinário nº 422.941-2 proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 2006⁵, no qual a Segunda Turma decidiu que a intervenção estatal na economia por meio da regulação dos setores econômicos deve respeitar, sobretudo, o princípio da livre iniciativa.

Em suma, 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 1965⁶, cabia ao instituto a fixação dos preços dos produtos do setor, mediante o levantamento de custos de produção agrícola e industrial.

Sucedeu que restou comprovado nos autos que o Instituto do Açúcar e do Alcool contratou a Fundação Getúlio Vargas para realização do levantamento de custos, mas o

⁵ Cf. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º. I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. II. – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. III. – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º. IV. – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica. V. – RE conhecido e provido. In: STF – Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 422.941/ Distrito Federal**. Min. Rel. Carlos Velloso. J: 06/12/2005. DJ: 24/03/2006.

⁶O 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. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, DF, 05 maio. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99240.htm> Acesso em 31 de janeiro de 2018.

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 (STF, 2006, s.p) entendeu que tal fixação de preços poderia ser encarada como violação ao livre exercício de atividade econômica, conforme explicitou o Ministro:

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[...].

Em outro caso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF, 2014, s.p) decidiu em 2014 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093⁷ de São Paulo que a Lei Estadual nº 12.623/2007, que o comércio de itens de conveniência, em farmácias e drogarias, era constitucional, seja com base no princípio da livre iniciativa, seja em relação à competência suplementar dos estados para legislar sobre defesa de saúde (o art. 24, XII, da Constituição da República).

Para fins de estudo do caso, o Governador do Estado de São Paulo propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei Estadual nº 12.623, de 2007 que disciplinava o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias naquela unidade federativa. Os

⁷ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI ESTADUAL Nº 12.623/2007. DISCIPLINA DO COMÉRCIO DE ARTIGOS DE CONVENIÊNCIA EM FARMÁCIAS E DROGARIAS. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. IMPROCEDÊNCIA. A Lei Federal 5.991/73, ao dispor sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, destinou a farmácias e drogarias a exclusividade na comercialização de tais produtos sem proibir, contudo, a oferta de artigos de conveniência. A mera disciplina acerca dos produtos de conveniência que também podem ser comercializados em tais estabelecimentos não extrapola a competência supletiva estadual. O Plenário desta Corte já enfrentou a questão ao julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pelo Procurador-Geral da República contra diversas leis estaduais - que também disciplinavam a comercialização de artigos de conveniência em farmácias e drogarias -, concluindo pela constitucionalidade das normas impugnadas, seja pela natureza - comércio local-, seja pelo legítimo exercício da competência suplementar dos legisladores estaduais no campo da defesa da saúde - a que se refere o art. 24, XII, da Constituição da República-, seja pela desproporcionalidade da limitação ao exercício da livre iniciativa requerida. Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida. A norma regulatória deve se compatibilizar com a ordem legal, integrar a espécie normativa primária, adaptando e especificando o seu conteúdo, e não substituí-la ao inovar na criação de direitos e obrigações. Em espaço que se revela qualitativamente diferente daquele em que exercida a competência legiferante, a competência regulatória é, no entanto, conformada pela ordem constitucional e legal vigente. As normas da ANVISA que extrapolem sua competência normativa - como é o caso da proibição de comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias - não se revelam aptas a obstar a atividade legiferante dos entes federados. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. In: STF - Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093/São Paulo**. Min. Rel. Rosa Weber. J: 24/07/2014. DJ: 24/07/2014.

argumentos para tal inconstitucionalidade estavam lastreados no art. 24, XII, da Carta Política e na Lei Federal nº 5.991/1973.

Complementarmente, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) prestou informações à referida ação, com base no art. 20 da Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999⁸, e defendeu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 12.623/2007, em razão da Resolução nº 328/1999 editada por aquela agência, e alterada pela Resolução nº 173/2003⁹, posteriormente revogada pela Resolução RDC nº 44/2009. A Resolução nº 328/1999 dispunha que era vedado às farmácias e drogarias a comercialização de itens que não fossem medicamentos, na forma do arts. 5.4 e 5.4.2, *in verbis* (ANVISA, 1999, s.p):

5.4.É vedado à farmácia e drogaria:

[...]

5.4.2 Expor a venda produtos alheios aos conceitos de medicamento, cosmético, produto para saúde e acessórios, alimento para fins especiais, alimento com alegação de propriedade funcional e alimento com alegação de propriedades de saúde; (Redação dada pela Resolução – RDC nº 173, de 08 de julho de 2003).

Diante desse cenário, a Ministra Relatora Rosa Weber (STF, 2014, s.p.) expôs, em seu voto, que há competência suplementar dos estados para legislar suplementarmente à Lei Federal nº 5.991/1973 sobre a defesa da saúde e comercialização de produtos em farmácias. Além disso, em relação à “pretendida limitação à livre iniciativa em prol do direito à saúde, resultou destacada, no *leading case*, a inocorrência da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida requerida”. Em outras palavras, a dita inconstitucionalidade geraria uma limitação à livre iniciativa dos empresários (farmácias e drogarias), sem qualquer fundamento de proporcionalidade ou risco à saúde.

Por fim, a relatora entendeu que a ANVISA havia extrapolado suas funções reguladoras ao legislar e não normatizar, porque havia conflito entre as citadas resoluções e a Lei Estadual nº 12.623/2007. Portanto, o “poder normativo atribuído às agências reguladoras

⁸ Cf. Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. In: BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 14 de abril de 2020.

⁹ A Resolução RDC nº 328 de 1999 foi revogada pela Resolução RDC nº 44 de 2009 que permite o comércio de itens de conveniência, conforme Art. 29, *in verbis*: “Além de medicamentos, o comércio e dispensação de determinados correlatos poderá ser extensivo às farmácias e drogarias em todo território nacional, conforme relação, requisitos e condições estabelecidos em legislação sanitária específica”.

não lhes faculta inovar *ab ovo* na ordem jurídica, mormente para impor restrições à liberdade igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas”.

Depreende-se dos casos anteriormente analisados, que a intervenção estatal pode gerar prejuízos ao empresário, a depender do grau de desproporcionalidade da atuação do Poder Público em relação ao mercado. Nos casos em tela, uma regulação vedou o comércio de produtos em farmácias, impedindo que aquelas sociedades e empresários lucrassem e a outra regulação fixou preços incompatíveis com o setor regulado, gerando ônus desmedidos àqueles.

Em vista disso, intervenção estatal na ordem econômica deve observar os interesses sociais e humanos do Estado Democrático de Direito, buscando soluções consensuais e que se adéquem à realidade das organizações. Apenas desta forma, a regulação será eficiente e acarretará menos encargos e ônus para as organizações reguladas, conforme expõe Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 420):

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 infrações.

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, controle, administração e poder de governo. Como assevera Enrique Saravia (2010, p. 21), “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 técnicas” .

Em síntese, governança significa a aplicação dos instrumentos institucionais com objetivo de otimização do desempenho administrativo, maior eficiência e democratização das políticas públicas. É a forma de operação das políticas governamentais, considerando o contexto de complexidade e de pluralidade em que irão incidir e de como torná-lo eficiente e efetivo.

Com objetivo de obter maior eficiência dos atos da administração, 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 o setor privado e público. Portanto, a efetivação da boa governança pressupõe a aplicação necessária de técnicas e instrumentos que permitam ao Estado agir conforme frequência, rapidez e imprevisibilidade das transformações sociais, políticas, econômicas, internacionais e tecnológicas.

A governança implica a assimilação de todas as tecnologias de informação e comunicação às políticas públicas, no intuito de introduzir agilidade e eficiência à interação entre o Estado e a sociedade. Como estimuladora da cooperação entre o setor privado e o público, a governança visa à estabelecer novos acessos das pessoas (reguladas) à decisão, implementação e fiscalização públicas, logo, resultando em transparência e participação.

Entretanto, para a consecução da governança, para uma intervenção estatal eficiente, é necessário que o Estado regulador utilize a cooperação do setor privado na prestação dos serviços e atividades públicas na execução de seus atos, assegurando a defesa dos direitos do cidadão e seu acesso universal a esses serviços, assim como coordenando os interesses das sociedades empresárias e da administração pública.

Para Sérgio Guerra (2011, p. 15), 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 governamental.

A evolução dessa ideia culminou na edição da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (BRASIL, 2019-A, s.p) que dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, e dentre outras disposições estabelece no art. 4º *in verbis* que “a agência reguladora deverá observar em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público”.

Nessa mesma perspectiva, foi editada em setembro de 2019, a Lei nº 13.874, a

chamada a Lei de Liberdade Econômica (BRASIL, 2019-B, s.p)¹⁰. A referida Lei, previu no art. 4º algumas limitações à atuação da Administração Pública em relação à atividade empresarial, no intuito de evitar abuso de poder regulatório e no art. 5º a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório, *in verbis*:

Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente [...]

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

A hodierna legislação busca coibir a intervenção estatal irrestrita e desproporcional que viola diretamente o princípio da livre iniciativa, garantindo a liberdade das atividades econômicas, bem como que a atuação do Estado seja subsidiária e excepcional. Coaduna com tal entendimento a exposição de motivos da Medida Provisória nº 881, de (BRASIL, 2019, s.p), posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 30 de abril de 2019:

A presente proposta versa também sobre o ambiente regulatório sob dois prismas. Primeiramente, no art. 4º, se estabelecem requisitos objetivos, agora previstos em lei, que visam a garantir que o exercício regulador pelo Estado, conforme determina o art. 174 da Constituição Federal, não atuará em sentido contrário ao da liberdade econômica.

No aperfeiçoamento de normas, estabelece-se a obrigatoriedade de, quando alcançados determinados critérios, a edição de uma regulação que limitar a liberdade do cidadão será precedida por Análise de Impacto Regulatório, que consiste em um processo sistemático baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos .

Como exposto, o Estado regulador deve propor medidas que atendam aos requisitos de adequação, necessidade e proporcionalidade para implementação da boa governança pública. Os atos estatais serão excessivos se resultarem em “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (ÁVILA, 2014, p. 110). A intervenção estatal que seja excessiva afronta o sobreprincípio do

¹⁰ A Lei nº 13.874, de 2019 foi objeto de conversão da Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019 e instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. A referida lei estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, inclusive com a inclusão no art. 2, III do princípio de intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas. IN: BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 09 de abril de 2020.

Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal¹¹), bem como o princípio do devido processo legal em sua visão substantiva (art. 5º, LIV da Constituição Federal¹²).

Logo, a regulação deficiente, como nos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, é resultado de processos de governança obsoletos e divergentes da realidade econômico-social dos empresários. Tal regulação precária colide com o próprio princípio da livre iniciativa, e deve ser superada de forma urgente pelos agentes públicos, visando o desenvolvimento da atividade empresarial.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a atividade empresarial, de acordo com seu segmento de atuação, é regulada pelo Poder Público, que indiretamente realiza tais atribuições normativas, de fiscalização e aplicação de sanções por meio dos entes reguladores, entre eles agências reguladoras.

A intervenção estatal pode ser conceituada como a atuação do Estado no campo da atividade econômica em área de titularidade do setor privado. Ela poderá ser direta quando ele excepcionalmente intervém diretamente na economia, na forma do art. 173 da Constituição Federal, o que normalmente ocorre pela atuação das Empresas Estatais, ou, pode ser indireta quando o Estado atua como agente normatizador e regulador da atividade econômica.

Conforme previsto no art. 174 da Constituição Federal, a intervenção estatal indireta contempla a fiscalização, o incentivo e planejamento (indicativo) das atividades econômicas de natureza privada. Desse modo, a regulação é a forma mais comum de intervenção estatal indireta, contemplando as medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais e econômicas, pelas quais o Estado influencia e restringe as atividades econômicas em sentido amplo, o que engloba as empresas (atividades empresariais econômicas).

Seguidamente, inferiu-se que a empresa é fundamental para o desenvolvimento do país e isso requer uma atualização constante e regras claras para a regulação das atividades,

¹¹ Cf. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de abril de 2020.

¹² Cf. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. *In*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de abril de 2020.

além de que a intervenção estatal deve ser restrita, considerando os princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, que permitem a atuação ampla da empresa a qualquer indivíduo, assim como a competição sadia dentro de um determinado mercado.

Efetivamente, a regulação da atividade empresária torna-se prejudicada por normas ineficientes e pelos órgãos e entidades, que não foram capazes de revisá-las, porque não realizam processos de governança pública eficientes. Essa conclusão restou demonstrada pela investigação dos Acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 422.941/ Distrito Federal e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093/São Paulo.

Em ambos os casos, a regulação ineficiente gerou prejuízos diretos e/ou indiretos aos empresários dos respectivos setores, em clara violação ao princípio da livre iniciativa constitucional, porque os atos normativos foram editados sem a observação de necessidade, adequação e proporcionalidade. Os entes reguladores (órgãos e entidades) devem editar seus atos regulatórios observando as experiências dos empresários, buscando uma normatização eficiente, com aplicação de sanções equilibradas, especialmente com novos procedimentos de governança pública.

A percepção dessa problemática culminou na novel legislação que fixou a positivação do princípio de intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas no art. 2º, III da Lei nº 13.874/2019, assim como no art. 4º da Lei nº 13.848/2019 que determinou a observância da adequada adequação entre meios e fins para a edição de atos interventores pelas agências reguladoras. No entanto, como tais estatutos são recentes, ainda não existem resultados concretos a serem discriminados, concluindo-se pela necessidade de pesquisa futura sobre a eficácia empírica das Leis e seus impactos.

REFERÊNCIAS

ANVISA – AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução nº 328, de 22 de julho de 1999. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RES_328_1999_COMP.pdf/ead78ff5-7923-4273-9c7c-e61ecdcc2448. Acesso em 14 de abril de 2020.

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

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 de abril de 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. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de maio de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99240.htm. Acesso em 31 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 00083/2019 ME AGU MJSP**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em 14 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 08 de abril de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm. Acesso em 08 de abril de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 09 de abril de 2020.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, V. 1, direito de empresa. 16.ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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**. Relatório final apresentado para a conclusão do (Pós-Doutorado em Administração) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14^a ed. São Paulo. Malheiros. 2010.

MORAES. Alexandre de. **Direito constitucional**. 33.ed. São Paulo. Atlas. 2017. E-book.

NEVES, Antônio Francisco Frota; SANTANA, Hector Valverde. A intervenção direta e indireta na atividade econômica em face da ordem jurídica brasileira. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, V. 7, N.2, Brasília, Uniceub, 2017.

RAMOS, André Tavares. **Direito Constitucional Econômico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

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

STF – Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário nº 422.941/ Distrito Federal**. Min. Rel. Carlos Velloso. J: 06/12/2005. DJ: 24/03/2006.

STF – Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.093/São Paulo**. Min. Rel. Rosa Weber. J: 24/07/2014. DJ: 24/07/2014.