

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MESTRADO EM DIREITO

**O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: O PAPEL DO ESTADO NA CONCILIAÇÃO ENTRE A NOVA
ECONOMIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

**Mestrando: Marcelo Borges Rodrigues
Orientador: Prof. Dr. Fabio Costa Morosini**

Porto Alegre

2017

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: O PAPEL DO ESTADO NA CONCILIAÇÃO ENTRE A NOVA
ECONOMIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Mestrando: Marcelo Borges Rodrigues

Orientador: Prof. Dr. Fabio Costa Morosini

Porto Alegre

2017

Marcelo Borges Rodrigues

**O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS
ESTRANGEIROS: O PAPEL DO ESTADO NA CONCILIAÇÃO ENTRE A NOVA
ECONOMIA E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre
em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Banca Examinadora

Porto Alegre, _____ de _____ de _____.

Prof. Dr. Fabio Costa Morosini

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Sergio e Rosane, e ao meu irmão, Ramiro, que me acompanham e apoiam meus passos desde o início.

Aos professores e colegas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que contribuíram enormemente para o meu aprendizado, em especial ao professor Fabio Costa Morosini, pela orientação contributiva e democrática. E estendo esse reconhecimento a todos os colegas e professores de outras jornadas.

Especialmente, agradeço à Rebeca pelo seu apoio dedicado, que soube entender as ausências necessárias e que me acompanhou tão amorosamente nessa jornada.

RESUMO

As inovações tecnológicas em um mundo globalizado estão alterando o papel do Estado e as relações sociais. As relações jurídicas brasileiras também sofrem consequências de uma economia cada vez mais internacional. De outra banda, toda regulação econômica do Brasil deve observar a Constituição Federal. A Constituição brasileira possui diversos princípios, trabalha com conceitos que devem ser interpretados em seus contextos e mirando os objetivos constitucionais. Não há na Constituição palavras inúteis e a alteração promovida pela Emenda Constitucional n.º 85/2015 busca harmonizar a regulação com a nova economia baseada na inovação que mitiga a importância das distâncias geográficas na economia global e respeita as liberdades individuais. De todos os temas da economia internacional o que mais estressa a relação entre Estado e empresas é o investimento estrangeiro, cuja escala tem exigido novas respostas regulatórias. O Brasil determina que toda a regulação dos investimentos estrangeiros seja disciplinada com base no interesse nacional, de modo que este conceito precisa ser definido juridicamente.

O presente trabalho tem por objetivo estudar a estrutura regulatória do Estado brasileiro, o que é essa nova economia, a relação desta com a regulação estatal, a regulação dos investimentos estrangeiros, para que ao final, consigamos propor um conceito de interesse nacional que deve nortear as leis que disciplinam o investimento estrangeiro no Brasil, com um recorte especial para esse contexto da nova economia que surge com mudanças bastante significativas comparadas a outras eras econômicas. Nesse contexto, entendemos que o interesse nacional deve ser identificado da seguinte forma: observados os princípios da administração pública, os princípios que regem as relações internacionais, os princípios da ordem econômica, e o dever de fomentar a inovação inclusive nas empresas, e respeitando as liberdades individuais garantidas constitucionalmente e os respectivos deveres, interesse nacional é a soma dos interesses dos nacionais nas suas buscas individuais ao desenvolvimento econômico e à vida digna, em uma sociedade livre, justa e solidária, visando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promovendo o bem de todos sem nenhuma forma de discriminação.

Palavras-chave: Brasil - Constituição – Interesse Nacional – Inovação – Investimentos Estrangeiros – Nova Economia

ABSTRACT

Technological innovations in globalized world have been changing State role and social relations. Brazilian legal relations have been suffering consequences from an each time more international economy. In other perspective, every Brazilian economic regulation must observe it's Federal Constitution. Brazilian Constitution have many principles and works with concepts that shall be interpret within contexts and aiming constitutionals goals. There are no useless word in Constitutional text, and Constitutional Amendment n. ° 85/2015 pursuit harmonizing the innovation based new economy that mitigate geographical distances relevance in global economy and respect individual liberties. From all international economy subjects, the one that most stress State-companies relations its foreign investment, what has been requiring new regulatory answers. Brazil set that all foreign investment regulation shall be based under national interest, requiring this concept definition.

This text aims research regulatory structure of Brazilian administration, what is this new economy, this new economy relation with public regulation, foreign investment regulation, so that, at the end, it can be settle national interest concept that shall guide foreign investment regulation in Brazil in an new economy context that upraised significant changes comparing to other economic eras. In this context, we understand that national interest shall be identified as: observed public administration principles, international relations principles, economic order principles and the legal duty to promote innovation (also in companies), and observing individual liberties constitutionally guaranteed and its counterparties duties, national interest is the sum of interests of national citizens in theirs individual pursuits of economic development, dignity in life, in a fair, solidarity and free society, seeking to end poverty and reduce inequalities, promoting the well being for all without any form of discrimination.

Key-words: Brazil - Constitution – National Interest – Innovation – Intervention – Foreign Investments – New Economy

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. O BRASIL, SUA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL: INOVAÇÕES E INTERPRETAÇÕES	15
2.1 ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL	15
2.1.1 A evolução histórica do Estado e o seu papel na ordem econômica internacional.....	15
2.1.2 Investimentos estrangeiros e a ordem econômica internacional.....	27
2.2 A REGULAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO	39
2.2.1 A Constituição econômica brasileira.....	39
2.2.2 O papel do Estado brasileiro na economia	48
2.3 CONCEITOS SOBRE A NOVA ECONOMIA, DIREITO E INOVAÇÃO	63
2.3.1 A nova economia e consequências para o direito: inovação e tecnologia versus planejamento e intervenção	63
2.3.2 Conflitos entre a globalização, a inovação tecnológica a interpretação histórica da legislação brasileira	76
3. A REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E A NOVA ECONOMIA	87
3.1 A ESTRUTURA REGULATÓRIA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO VIGENTE NO BRASIL.....	87
3.1.1 Conceitos sobre a regulação do investimento estrangeiro no Brasil.....	87
3.1.2 Regulamentações, casos e instituições sobre o investimento estrangeiro no Brasil	98
a) Propriedade sobre terra e arrendamento por estrangeiros, bem como consequências bancárias.....	99
b) Assistência à saúde	101
c) Comunicação social	101
d) Recursos mineiras e potencias de energia hidráulica	102
e) Transportes	103
f) Segurança privada	104
g) Setor financeiro	105
h) Financiamento de empresas de capital estrangeiro por bancos públicos e o alto interesse nacional na discricionariedade do Poder Executivo	106
i) Das instituições, segurança jurídica e credibilidade.....	109
i) Considerações preliminares sobre o sistema regulatória ora incidente sobre investimentos estrangeiros no Brasil	110
3.2 A REGULAÇÃO DA NOVA ECONOMIA NO BRASIL.....	112

3.2.1 A nova economia globalizada e o papel do Estado brasileiro na regulação e atração de investimentos estrangeiros	112
3.2.2 Aspectos regulatórios da nova economia no Brasil	129
a) O caso Uber	129
b) O Marco Civil da Internet e a regulação da nova economia	139
4. O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL	148
4.1 ELEMENTOS PARA A ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE INTERESSE NACIONAL	148
4.1.1 Interesse nacional na regulação de investimentos estrangeiros: a construção da interpretação jurídica brasileira vigente, teoria da escolha pública e críticas	148
4.1.2 Breves considerações sobre diferentes conceitos de interesse nacional e o papel do desenvolvimento econômico nesse contexto.....	168
4.2 PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO DE INTERESSE NACIONAL PARA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIRO NO BRASIL E A NOVA ECONOMIA.....	176
4.2.1 Conceitos e construções para uma proposta de interesse nacional atualizada.....	176
4.2.2 Por uma proposta brasileira atualizada de interesse nacional que concilia a nova economia e a Constituição Federal	202
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	218
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	223

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho parte da premissa que não existem palavras inúteis na Constituição, e que quando esta estabelece que as leis disciplinam os investimentos de capital estrangeiro com base no interesse nacional este conceito jurídico deve ser estudado com profundidade para ofertar respostas sociais e jurídicas pertinentes. Fazemos um recorte nesse estudo para definirmos o que é interesse nacional no âmbito da nova economia que surge, buscando definições para o papel do Estado brasileiro enquanto agente que deve fomentar a inovação ao mesmo tempo que procuramos conciliar esse novo mundo que exsurge dos fatos com os anseios individuais e da sociedade, também cristalizados constitucionalmente. Dessa forma, o objetivo desse trabalho é construir contribuições para a definição do conceito de interesse nacional que sirva de base para regular o investimento estrangeiro na nova economia em um âmbito de Estado democrático brasileiro com uma Constituição Federal que deve ser interpretada e compreendida ao mesmo tempo em que concilia demandas de diferentes pessoas e grupos. Este texto é também fruto de uma inquietação sobre os rumos do Brasil e o papel do Estado na conciliação entre essa economia de base inovadora e a Constituição pátria, em um contexto que parece exigir mudanças institucionais importantes na tradição político-jurídica do país.

Para essa jornada, iniciamos o primeiro tópico com um estudo histórico sobre a evolução do papel do Estado na ordem econômica internacional. Dos clãs até as organizações supranacionais, o papel do Estado teve evoluções importantes ao longo da história. Noções caras a natureza do Estado, como soberania, tem sido desafiadas por outros agentes públicos, como as uniões entre nações, bem como há perceptível crescimento da relevância dos agentes privados nas relações internacionais seja pelo papel das empresas transnacionais na estrutura econômica global, seja pelo desenvolvimento da fortificação de princípios que exigem respeito aos direitos humanos, em especial a dignidade humana, e que trazem consigo seu próprio conjunto de dificuldades emanadas desses novos fenômenos.

Subsequentemente, apresentamos uma introdução a um dos temas mais relevantes da ordem econômica internacional: os investimentos estrangeiros. Em um cenário de globalização e rápida evolução tecnológica, mudanças sociais decorrentes desse cenário afetam o papel do Estado. Segundo a UNCTAD, este mercado movimentava mais de um trilhão de dólares anualmente, nessa operação que é a relação empresarial internacional que mais exige dos agentes envolvidos porque se trata de uma relação contínua entre os Estados, os empresários, os funcionários, os clientes e todos os demais envolvidos. No caso brasileiro, os

investimentos estrangeiros envolvem dezenas de bilhões de dólares (reais, yuans, euros, etc), o que demonstra a importância do assunto para a economia nacional. Ainda, a nova economia que surge afeta os investimentos estrangeiros diretos, posto que a tecnologia embarcada gera consequências no mercado mas também na relação entre os envolvidos, o que motiva esse recorte mais atento às organizações exponenciais, economia de compartilhamento e indústria 4.0, fenômenos dessa nova economia. Para nossa pesquisa, adotamos que a nova economia é o conjunto de esforços que visa transformar as indústrias da economia do século XX em atividades mais eficientes utilizando intensivamente para tanto tecnologias de comunicação, transmissão de dados e uso destes, alicerçadas na internet, que automatizem processos e cadeias produtivas, ainda que parcialmente, em especial nas atividades repetitivas que tradicionalmente usam mão-de-obra pouco qualificada e que podem ser substituídas por tecnologias com capacidade de auto-aprendizagem e tomada de decisão via algoritmos.

Na sequência, adentramos no tema Brasil. Toda a estrutura econômica brasileira da regulação econômica tem como norte a Constituição Federal. Temos na Carta Magna diversas disposições que afetam a economia, inclusive diretamente o tema dos investimentos estrangeiros, seja por outorga de monopólios em alguns mercados, seja por restrições ou facilitações, seja pela apresentação de princípios e de objetivos constitucionais, incluindo aqui a forma e a competência sobre as leis pertinentes ao tema.

No Brasil não basta uma simples leitura da Constituição e da regulação, se fazendo necessário compreender ao longo da história a evolução do papel do Estado, bem como suas relações. A Constituição impõe uma série de regras, assegura uma série de princípios, mas tem uma textura aberta à interpretação. Por causa disso, a tradição jurídica da interpretação e da regulação econômica é relevante objeto de estudo. O papel do Estado na economia enseja e/ou permite interpretações, e enfrentaremos temas espinhosos, contrapondo diferentes visões entre o que cabe, e como, ao Estado fazer para que a regulação do desenvolvimento gere uma sociedade livre, justa e solidária. Entendemos ainda que o Estado brasileiro não é contrário ao investimento estrangeiro, mas que tem regulações que oscilam no tema, a nosso ver, por meio de uma tradição de centralização da decisão econômica nas mãos das autoridades públicas e no interesse destes e dos grupos de interesses que os cercam. Ainda, somente construções históricas permitem compreender como ainda é dominante da doutrina brasileira ideias como “permissões fracas” para a discriminação ao capital estrangeiro em sede de legislação infraconstitucional ao mesmo tempo em que há um dever constitucional expresso de não discriminar estrangeiros, por exemplo. Essa evolução permite compreender mais adequadamente como se dá a interpretação jurídica de conceitos abertos e nos dá espaço para

contrapor críticas a alguns temas que nos parecem importantes para a evolução da regulação que será necessário para os avanços propostos quanto a nova economia de base inovadora.

Essa nova economia é ponto central do terceiro item dessa primeira parte. A relação com os investimentos estrangeiros sempre exigiu um relacionamento complexo entre os envolvidos, mas a aceleração das relações que decorrem dessa nova economia, cuja capacidade tecnológica mitiga o impacto das distâncias geográficas traz consequências jurídicas muito relevantes. Ademais, apresentaremos nesse tópico importantes alterações sociológicas e administrativas dessa nova economia que afetam o âmbito jurídico e que estão contrapondo o *status quo* de algumas empresas importantes com a capacidade de inovação de novos agentes do mercado, especialmente quando o fomento desta e da absorção de tecnologias se estabelece enquanto dever constitucional.

Essa globalização e essa inovação por vezes se confrontam com a interpretação jurídica brasileira (e em outros muitos países). Vemos que há conflitos importantes na forma como a livre concorrência, a livre iniciativa e outros importantes princípios são interpretados quando as consequências jurídicas dessas interpretações afetam importantes agentes do mercado e da política nacional.

Essa primeira parte busca estabelecer as premissas do estudo: a compreensão do papel do Estado na ordem econômica internacional, e em especial papel do Estado em relação aos investimentos estrangeiros, a estrutura regulatória econômica do Brasil e a evolução histórica da interpretação jurídica dessa regulação do papel do Estado, bem como explicar as bases da nova economia e apresentar espaços de conflitos entre estes novos fenômenos econômicos e a tradição jurídica brasileira, bem como consequências sociais.

Na parcela subsequente adentramos em estudo mais aprofundado da regulação sobre os investimentos estrangeiros e a nova economia no Brasil. Iniciamos pela regulação dos investimentos estrangeiros, em entendimentos importantes ao tema, e depois a algumas áreas pormenorizadas inclusive na Constituição, bem como sobre quando esta abre expressamente para legislação infraconstitucional ofertar algumas respostas legislativas. Ressaltamos que todas as regulações infraconstitucionais, bem como o estabelecimento das práticas institucionais do país, devem respeitar o disposto constitucionalmente.

Dentro ainda dessa parcela de estudo, enfrentamos os temas da nova economia, que não é totalmente disciplinada no Brasil, em um primeiro momento com percepções mais amplas e relacionados a economia globalizada e atração de investimentos dentro desse contexto da nova economia, e em uma subdivisão do tema nova economia por meio de dois exemplos: o caso Uber, que foi o exemplo recente de regulação de maior comoção social da nova

economia no Brasil, sobre a possibilidade ou não desse tipo de empresa prestar serviços no país, e, posteriormente, sobre o Marco Civil da Internet, lei que regula o setor da internet que é base fundamental da nova economia.

Quando estudamos a regulação econômica do Brasil precisamos entender as instituições, os papéis do Estado e até de alguns pontos mais específicos como monopólios e subsídios de financiamento via bancos públicos. Esse contexto traz consequências sociológicas relevantes para o estudo, em especial no debate de como fomentar a inovação nas empresas, crucial para a nova economia e um novo dever do Estado. A nosso ver a nova economia estava exigindo do Brasil a construção de novos marcos regulatórios, e principalmente de novas interpretações jurídicas a alguns conceitos. A Emenda Constitucional n.º 85/2015 foi a positivação dessa mudança necessária, e assim exige um reajuste interpretativo em várias áreas da regulação econômica, inclusive na atualização do conceito de interesse nacional, objeto do capítulo final.

Depois de estabelecidas as premissas conceituais do Estado brasileiro e do papel de regulação econômica que este tem em um âmbito histórico, a inovação disruptiva que existe no mercado globalizado e altamente tecnológico, os aspectos regulatórios dos investimentos estrangeiros e da nova economia, abordaremos o objetivo fundamental deste trabalho, que é melhor compreender o que é interesse nacional.

Iniciamos esse ponto falando sobre temas que são muito relevantes para a construção do entendimento. Definimos como se estabelece “quem somos” para definir um interesse nacional, em um contexto de conflitos entre grupos de interesse que pressionam e influenciam o Estado, a teoria da escolha pública e os princípios jurídicos inerentes a construção desse conceito.

Partimos de uma hipótese: a tradição jurídico-política brasileira se estruturou de tal modo que o entendimento de interesse nacional se estabeleceu a partir da ideia proteger algumas empresas controladas por alguns nacionais, por vezes aliados com alguns grupos estrangeiros, com o objetivo de receber benefícios públicos e mitigar, quando não abolir, os efeitos da concorrência internacional para que estes grupos empresariais consigam liderar a economia nacional, gerando cenários nos quais foi possível a essas empresas garantir lucro mesmo sem gerar riqueza condizente para aquele grupo, ainda que para isso fosse necessários subsidiá-las pelo tesouro público, quer seja via regulação protetiva, taxaço e/ou financiamento com condições mais vantajosas que a média do mercado nacional e que isto afeta negativamente a capacidade de inovar das empresas brasileiras diante da nova economia. Nossa visão é crítica sobre o tema, mas a doutrina majoritária é favorável a essa perspectiva, entendendo que há

mais benefícios do que malefícios, em especial na proteção da indústria nacional. Interesse nacional é um conceito jurídico que tem elementos ambíguos e por vezes pouco transparentes; nos parece que, em especial no que tange a desenvolvimento econômico e tesouro público, a noção de interesse nacional “caso a caso” é incompatível com a transparência e a impessoalidade exigida da administração pública de adequada governança do século XXI. Sobre esta hipótese de interesse nacional, pretendemos apresentá-la como inadequada à nova economia, o que enseja espaço para a construção de um novo conceito.

Visitamos ainda experiências internacionais sobre o que seria o interesse nacional, em um viés de desenvolvimento econômico. Estas diferentes visões não podem ser transplantadas puramente, mas podem servir como inspiração para a construção de uma definição própria.

Apontamos que há essa tradição no Brasil de transformar interesse nacional em interesse circunstancial de grupos de nacionais a pretexto de bem comum. A Constituição exige dos operadores do direito que a regulação do investimento estrangeiro, inclusive dessa nova economia, seja disciplinada com base no interesse nacional. Pretendemos aqui analisar a Constituição brasileira como um todo para que interesse nacional seja compreendido como parcela importante da regulação econômica e como um escudo social, em especial pela preocupação que temos com os movimentos que buscarão onerar a sociedade em benefício de alguns grupos que sejam ameaçados pela inovação, que deve ser protegida nos recentes termos constitucionais.

Ademais, partimos de que é possível a mutação constitucional de conceitos com texturas abertas e que este é um processo lícito e por vezes, como a nosso ver nesse caso, oportuno. Subsequentemente, partimos para a construção de uma proposta que contribua para atualização da interpretação jurídica do conceito de interesse nacional, a partir da perspectiva de que este deve ser feito em benefícios de todos os nacionais, sem discriminar os estrangeiros, e não por simples altruísmo, mas inclusive porque isto beneficia a sociedade, de modo transparente, responsável fiscalmente, que promova a inovação, conciliando o desenvolvimento da nova economia com os princípios democráticos e com a noção de que o desenvolvimento econômico precisa estar conectado com a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, embora saibamos que este é um entendimento em aberto na doutrina que ora disputamos. Esse estudo se justifica principalmente porque se construirmos uma definição satisfatória de interesse nacional para regulação dos investimentos estrangeiros, devido à estrutura constitucional, poderemos dar ou negar constitucionalidade a uma série de regramentos econômicos infraconstitucionais, que a nosso ver surgirão como força de oposição ao desenvolvimento econômico em defesa do *status quo* de alguns agentes

econômicos. Nesse sentido, utilizamos para tanto uma revisitação de parcela atinente da interpretação da estrutura constitucional, visando ofertar maior liberdade aos indivíduos, obedecer princípios consagrados e atentar a novas exigências expressas, reduzir a lesividade de arbitrariedades de autoridades públicas para a consecução dos objetivos constitucionais, em um recorte da disciplina do investimento estrangeiro dessa nova economia no Brasil.

Temos, portanto três grandes tópicos nessa dissertação após esta introdução: um começo compilando premissas, denominado item 2 cujo título é O BRASIL, SUA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL: INOVAÇÕES E INTERPRETAÇÕES, versando sobre o papel do Estado e a atração de investimentos estrangeiros, a regulação econômica do país e sua tradição de interpretação das normas que afetam a economia e as bases da nova economia; subseqüentemente, o item 3, nomeado: A REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL E A NOVA ECONOMIA, enfrentando as legislações constitucionais, infraconstitucionais, as instituições e exemplos importantes da regulação sobre o investimento estrangeiro internalizado no Brasil; e, após, o item 4, titulado O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL, no qual adentramos no tema do conceito jurídico que deve servir de base para a regulação do investimento estrangeiro, propondo uma visão deste para a nova economia.

Para que o estudo seja concretizado, buscamos desde autores clássicos até matérias jornalísticas recentes porque o mercado dinâmico exige contemporaneidade na pesquisa; visitamos os estudos de autoridades públicas, ex e atuais ministros, com atuação nos tribunais e na atividade executiva e legislatória do país, assim como bebemos em fontes estrangeiras; trazemos decisões judiciais e alguns dados econômicos sem perder de vista elementos fundamentais da teoria do direito, compondo em nossa metodologia a visita aos clássicos mas com um viés interdisciplinar e das práticas de mercado, para que ao fim consigamos, sem ser necessariamente definitivos mas esperançosos de em alguma maneira contribuímos, estabelecer um debate sobre um conceito constitucional cujo estudo pode ajudar a criarmos novas respostas jurídicas a novas exigências sociais bem como consagrar objetivos constitucionais. Ao término, apresentamos nossas considerações que buscam conciliar o interesse nacional, a Constituição e a regulação dos investimentos estrangeiros com a nova economia e a difusão dos efeitos positivos que esta pode proporcionar aos indivíduos para a consecução do objetivo de termos de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

2. O BRASIL, SUA REGULAÇÃO ECONÔMICA E A ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL: INOVAÇÕES E INTERPRETAÇÕES

2.1 ORDEM ECONÔMICA INTERNACIONAL

2.1.1 A evolução histórica do Estado e o seu papel na ordem econômica internacional

Das relações entre os indivíduos geraram-se os clãs, subsequentemente os grandes grupos até que se pudesse, após séculos de evolução se falar em um Estado-Nação. Temos aqui a longa jornada do estado de natureza para o Estado de direito. Se no início as relações eram exclusivamente entre iguais, as construções socioeconômicas começaram a afetar as relações entre os envolvidos, ao se constituírem grupos organizados, tal equilíbrio foi mais profundamente afetado, inclusive quanto ao aspecto de normatização. Quem pode punir, quem pode reger, quais os limites das liberdades e o que seja abuso, são indagações prementes a vida social. Para LOCKE¹, “o fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade”, entendendo-se por propriedade suas vidas, liberdades e bens.

Nesse tema, há de se citar a *rule of law*, precursor do Estado de direito, sintetizado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO² como ausência do poder arbitrário pelo governo, pela igualdade perante a lei, e pela ideia de que a Constituição é consequência e não a fonte dos direitos individuais, sendo a Constituição o resultado da lei comum do povo. O império da lei encaminha a concepção de limite ao governante, assegurando liberdades aos indivíduos, e demonstrando a concepção de que é possível a ilegalidade da legislação. A ideia de um Estado-Nação, com um poder central, determinador de marcos regulatórios, com povo e território próprio, consistia no estabelecimento de algumas premissas como a soberania e a independência política em face de outros povos, que também pouco a pouco foram se estruturando como Estado-Nação.

Nesse diapasão, pontuamos o trabalho de HOBBS³, que celebra o Estado como elemento de racionalização e centralização do poder de fato em nome da defesa dos indivíduos, em oposição a outros poderes externos e postulados por direitos naturais, como a

¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad.: FISCHER, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 495.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, a forma e o poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad: D'ANGINA, Rosina. São Paulo: Ícone, 2008.

força religiosa do Papa. Para KELSEN⁴, o Estado é um fenômeno jurídico, sendo uma “comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade”. O Estado é fruto da comunidade jurídica, decorre da lei mas também por suas estruturas escolhe a lei que se aplica ao povo que o forma, dentre as relações jurídicas possíveis⁵.

Com a criação do Estado-Nação surge também a relação dos indivíduos com os Estados, que por sua vez passam a ser detentores de direitos e deveres. Ainda, ao estabelecerem-se diversos Estados-Nação começaram as relações entre estes e com isso a necessidade de estruturar como se darão esses relacionamentos contínuos.

As primeiras concepções sobre como se estabelece a relação de direito entre nações se preocupa com a paz e com a guerra, sendo esta última o estado dos indivíduos que resolvem suas diferenças pela força⁶. Se o Estado é soberano, é especialmente na guerra que esta soberania se manifesta⁷. O Estado moderno que vai surgindo ao apagar das luzes do feudalismo traz consigo uma realidade de fortalecimento das cidades como centros de concentração de pessoas, com um renascimento cultural, social e econômico, nos quais os aglomerados urbanos passam a ser o entroncamento de rotas comerciais e inovações sociais. Soberania⁸ é o elemento que marca o surgimento desse Estado moderno.

As relações comerciais começam a exigir unificações sobre conceitos de pesos, medidas e normas legais, emergindo debates como a necessidade uniformidade linguística, por exemplo. Os Estados consolidam unidades territoriais e políticas, ao passo que geram as condições para o fortalecimento desse novo modelo de sociedade. Essa sociedade começa a desenvolver mais atividades externas ao seu território, e com a complexização das relações o debate sobre se uma guerra seria ou não justa passou a coexistir com a perspectiva de como solucionar as controvérsias entre as nações por meios pacíficos, para dar azo as aspirações multifacetadas dos Estados.

Esse conjunto estruturado de poderes que consolidou a concepção de território e soberania em oposição a outros conjuntos de poderes com seus territórios e sua respectiva

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 262.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

⁶ GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad: MIORANZA, Ciro. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 72.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 478.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 9.

soberania passou a ter o próprio ajuntamento de regras e costumes das relações entre os Estados-Nação. Essa fase da ordem econômica mundial estabeleceu a premissa de que todos os países, assim reconhecidos, têm um valor em si e na relação com os outros, de modo que todos valem tanto quanto o seu vizinho, posto que soberanos.

O Estado de direito, estrutura basilar da civilização ocidental recente, é pautado pelo princípio da legalidade. Obedece a lei que é escolhida nos termos de sua estrutura. Busca garantir a liberdade, na medida proposta por MONTESQUIEU⁹, que afirma que a liberdade seria o direito de fazer tudo que as leis permitem, pois se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, posto que os outros também teriam esse poder. Posteriormente, a evolução jurídica organiza que liberdade de fazer o que está previsto em lei é regra para o administrador público, ficando para os privados o direito de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe¹⁰. Do princípio da legalidade e do objetivo de liberdade, decorre a igualdade perante a lei e perante este Estado. O império da lei oferta previsibilidade as relações, em especial a proteção da coerção da violência. Previsibilidade nas relações é fundamental para os negócios, de modo que podemos afirmar que o Estado, ao assegurar o direito de propriedade e a legalidade, facilitou o desenvolvimento econômico do ocidente. Se antes qualquer nobre poderia arrancar recursos dos vassallos por meio da força e por motivos de mera liberalidade, com o império da lei e com o direito de punir restrito ao Estado a espoliação do povo se organizou.

Assim, primeiro aos poucos e depois rapidamente, a primeira revolução industrial permitiu o incrível aumento da capacidade de produção de bens e serviços e mudou drasticamente as relações entre os indivíduos e entre as nações. O comércio entre países foi cada vez mais fortalecido, com a criação de mecanismos legais que facilitavam o empreendedorismo, as exportações e as importações de bens e serviços em grandes quantidades. Toda a tese de ADAM SMITH¹¹, alicerce do pensamento econômico ocidental¹²,

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad.:MURACHCO, Cristina. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

¹⁰ “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador público deve fazer assim”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Trad.: LIMA, Norberto de Paula. São Paulo: Hemus, 2008.

¹² Pontua-se que KHALDUN já havia, em 1377, proposto para o pensamento político-econômico islâmico, a divisão do trabalho e a cooperação via mercado como elemento de melhoria da vida dos cidadãos.

“However, the power of the individual human being is not sufficient for him to obtain (the food) he needs, and does not provide him with as much food as he requires to live. Even if we assume an absolute minimum of food—that is, food enough for one day, (a little) wheat, for instance—that amount of food could be obtained only after much preparation such as grinding, kneading, and baking. Each of these three operations requires utensils and

sobre a divisão do trabalho e o foco naquilo que seja especialidade de cada nação como fonte de prosperidade pressupõe o comércio entre os países dos seus produtos e serviços excedentes em troca dos excedentes de outro país se alicerça no comércio internacional. Sobre essa etapa de formação do capitalismo, CASAGRANDE¹³ afirma que a empresa capitalista só “foi possível pelo desenvolvimento de instituições que pudessem continuar fornecer à empresa os insumos necessários para sua atividade: trabalho, terra e dinheiro (moeda)”.

Ao falarmos sobre instituições não podemos dispensar de citar a obra escrita por HAMILTON, JAY e MADISON¹⁴, primeiros dos líderes norte-americanos, que perceberam na república uma força que preconiza o direito de autodeterminação dos indivíduos, inclusive como um freio que se opõe a usurpação do poder por facções. Entendendo que as facções são inevitáveis, sustentam os autores, há de se criar freios a tendência do abuso do poder, vendo no Estado um ente coordenador dos conflitos de interesse interno, mas com grande preocupação de controle sobre quem governa.

Essas relações multi-interessadas não excluíram o uso da força bélica, que até hoje existe nas relações internacionais, mas ao colocar em evidência todas as diferentes facetas das relações fez surgir sistemas para solucionar diferentes tipos de obrigações e controvérsias. Passamos então a não mais ter apenas países nas relações internacionais, mas também alianças entre tais países, inicialmente de caráter bélico, mas que foram ampliando seu escopo e passaram a também abranger questões sociais, culturais e econômicas.

Nesse cenário, a capacidade de inovação tecnológica tem instrumentalizado a aproximação nas relações entre aqueles distantes geograficamente. A aceleração dessa vivacidade nas relações entre distantes fez urgir melhores mecanismos de relação entre os países. Assim, surge a concepção de entes supranacionais, o que permitiu a criação de órgãos com ambições mundiais, como a Organização das Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial do Comércio. Aqui a concepção de que

tools that can be provided only with the help of several crafts, such as the crafts of the blacksmith, the carpenter, and the potter. Assuming that a man could eat unprepared grain, an even greater number of operations would be necessary in order to obtain the grain: sowing and reaping, and threshing to separate it from the husks of the ear. Each of these operations requires a number of tools and many more crafts than those just mentioned. It is beyond the power of one man alone to do all that, or (even) part of it, by himself. Thus, he cannot do without a combination of many powers from among his fellow beings, if he is to obtain food for himself and for them. Through cooperation, the needs of a number of persons, many times greater than their own (number), can be satisfied” KHALDUN, Abd Ar Rahman bin Muhammed ibn. *The Muqaddimah*. Trad. ROSENTHAL, Franz. 1377. Disponível em < https://asadullahali.files.wordpress.com/2012/10/ibn_khaldun-al_muqaddimah.pdf>. P. 87.

¹³ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. São Paulo. 2015. (Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em direito econômico, financeiro e tributário), faculdade de direito, Universidade de São Paulo, p. 18.

¹⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad.: OLIVEIRA, Hiltomar. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

cada país vale tanto quanto o outro no âmbito mundial é ligeiramente enfraquecida no âmbito prático, uma vez que existem países que tem direito de veto no conselho de segurança da ONU, seu mais influente órgão para tomada de decisões, o que não é estendido a maior parte dos demais países. No pós segunda guerra mundial, iniciativas como o Sistema de Bretton Woods catalisaram o componente econômico nas relações internacionais.

Adentramos aqui no que COMPARATO¹⁵, inspirado em Touraine e Bell, qualificou de capitalismo pós-industrial, no qual há uma mudança de foco da produção industrial para a prestação de serviços, supremacia de indústrias baseadas em alto saber tecnológico, como informática e robótica, e uma nova estratificação de poder social, advindo de uma elite com notável saber técnico. COMPARATO¹⁶ cita ainda a importância do Consenso de Washington, e de pensadores como Milton Friedman, Friedrich Hayek e líderes políticos como Margaret Thatcher como precursores do que vê como o neoliberalismo que fortalece a globalização, como uma acentuada redução dos poderes do Estado na regulação da vida e abolição de regulamentos administrativos em matérias econômicas, tecendo suas críticas a estes.

Aqui ainda há o debate sobre o papel do Estado, na medida que o Estado liberal de garantias das liberdades individuais tem sua concepção fortemente alterada pelo Estado de bem-estar social, com quem duela por espaço, sem prejuízo das demais formas de governo existentes. Para o Estado de bem-estar social, a Constituição não é mais um reconhecimento de direitos, tendo o condão de estabelecer direitos e normatizar a sociedade, rumo a um destino projetado politicamente. Há previsão constitucional de vitórias simbólicas¹⁷, assim como há empresas estatais. Há capacidade de intervenção econômica e pretensão de regulação tal que permita até impedir os avanços globalizantes em alguns casos, em nome de interesses políticos. A esse segmento que dispõe sobre a ordem econômica no seio da Constituição Federal, chamamos de constituição econômica¹⁸, que oferta grandes quantidades de poderes aos governantes. O Brasil se sobressai como um exemplo de país cuja Constituição possui vigorosa normatização de simbolismos e projetos nacionais, ao passo que estabelece ampla capacidade de intervenção econômica ao ponto de estabelecer a soberania como princípio especificamente da ordem econômica e ditar termos que restringem negócios internacionais no seu texto de modo analítico e extenso.

¹⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 246

¹⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 248.

¹⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

¹⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 117.

Não apenas órgãos mundiais se concretizaram ao longo do século XX e início do século XXI, como também blocos de países com interesses mútuos, como o Mercosul e a União Europeia, e a ampla construção de acordos bilaterais e plurilaterais entre países se transformou numa realidade, uma vez que os interesses, em especial os econômicos, exigiram que se determinassem marcos regulatórios que dessem maior previsibilidade aos negócios internacionais. Aqui passamos a ter uma ordem econômica mundial não mais apenas estabelecida pelos interesses de países, mas agregamos a tais relações os interesses de blocos de países combinados com as construções estabelecidas por órgãos como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu. Cumpre observar que a concepção de que cada país tem a mesma soberania que a dos demais países aceita ponderações, já que a União Europeia estabelece na sua governança uma concepção de proporcionalidade, de modo que todos os entes do bloco se equivalem em participação, contudo alguns com maior prestígio político naquele contexto, como a Alemanha, têm mais cadeiras em alguns órgãos representativos do que outros países, como Luxemburgo¹⁹. Também observamos que a própria capacidade de legislar coercitivamente foi parcialmente outorgada por alguns países europeus em favor da União Europeia, relativizando a soberania em nome da prosperidade do povo (ao menos em uma das visões políticas possíveis).

Sem relegar aos Estados o papel de coadjuvantes, a dinâmica da economia mundial oportunizou que as empresas ganhassem grande repercussão econômica, social e política. Algumas empresas se transformaram em grandes corporações com atividades além das fronteiras originais do seu capital constituinte e passaram a influenciar em maior escala, chegando em algumas circunstâncias ao nível global. Há casos de empresas que conseguem prestar serviços em mercados regulados e restritos de países nos quais sequer estão fisicamente presentes com estabelecimentos, o que é decorrente dos avanços tecnológicos, e que tem estimulado novos debates sobre os marcos regulatórios que envolvem os negócios com alguma característica de internacionalização. Inequivocamente a tomada de decisão de alocação de investimentos internacionais por algumas empresas é mais relevante do que posicionamentos político-econômicos de alguns países inteiros. Assim, os agentes privados, em especial as empresas transnacionais, passaram, também, a ser agentes relevantes da ordem econômica internacional²⁰.

¹⁹ Sobre a dinâmica do direito da União Europeia ver em JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁰ HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory Shaffer. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Ao dispormos sobre a ordem econômica internacional e o papel do Estado precisamos necessariamente apontar a evolução tecnológica como fenômeno de impacto nas estruturas sociais e seu regramento. A inovação que traz a disrupção, um dos pontos mais relevantes da nova economia enquanto capacidade de romper tradições e dar novos caminhos, do mercado afeta a regulação positiva do Estado; inovação muda a vida das pessoas e as perguntas e respostas jurídicas são parte dessa vida. Nesse sentido, apontamos que a 1ª revolução industrial mudou drasticamente o papel da sociedade e de como o Estado alcança seus objetivos. Estamos adentrando na 4ª revolução industrial²¹, na qual mais do que máquinas mudando a produtividade, temos máquinas gerenciando e otimizando máquinas com capacidade de aprendizagem independente, inteligência artificial, cruzamentos entre o homem e a tecnologia de maneiras que afetam a produção dos bens e serviços até no âmbito biológico, reduzindo custos de produção e em última análise alteram até mesmo os mecanismos que permitem a perfectibilização do princípio da dignidade humana. Por exemplo, o direito à saúde é completamente distinto desde a difusão da penicilina. Existe íntima relação entre a miopia não ser uma epidemia pública com soluções de custos inalcançáveis pelo Estado e com impacto na vida de milhões de brasileiros e a difusão tecnológica do acesso a um, hoje simples outrora inovação disruptiva, óculos de grau. O que poderemos fazer com o conhecimento sobre o DNA e outras tecnologias assistivas e disruptivas está intimamente conectado com a liberdade de empreender e difundir essas tecnologias por meio do mercado. Nesse diapasão, a capacidade de inovação combinada com as escolhas trágicas do orçamento público estão intimamente ligadas; a reserva do possível²² e a redução dos custos marginais de produção²³ relacionam-se com o papel do Estado em um ambiente globalizando de rápida transferência tecnológica via mercados internacionais e sistema de preços²⁴.

THOMAS FRIEDMAN²⁵ está convencido de que “o mundo vem se encolhendo e se achatando desde há algum tempo, e que esse processo se acelerou acentuadamente nos últimos anos”; com isso quer dizer que as distâncias geográficas estão sendo menos relevantes

²¹ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016.

²² SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30.

²³ RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. New York: Palgrave/Macmillan, 2014.

²⁴ HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Trad. CAPOVILLA, Anna Maria; STELLE, José Italo; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 70.

²⁵ FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p. 349.

ao passo que a tecnologia tem aproximado pessoas e mercados, o que aumenta a relevância social e econômica dos negócios internacionais.

A esse movimento decorrente do avanço tecnológico que tem por finalidade aproximar pessoas geograficamente distantes, acelerando as relações comerciais e sociais denominamos globalização. Dada a complexidade do tema ante um sistema global de governança e das relações entre agentes internacionais, partimos da perspectiva de que toda síntese corre o risco de ser parcial e portanto incompleta. Contudo, para AGUILLAR²⁶, globalização é uma forma de definição, que

significa o fenômeno econômico de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político de crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do frequente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em outros, o fenômeno tecnológico da revolução informática e de telecomunicações, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturação dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado e do direito em todos os países envolvidos.

CAMARGO²⁷ demonstra sua preocupação com esse fenômeno, posto que seria “acompanhada de grandes movimentos de concentração” expondo seu entendimento de que “deve haver limites para a globalização”. Inequivocamente, a globalização²⁸ afeta, também, o mundo jurídico, posto que as tecnologias têm se demonstrado mais ágeis do que os sistemas legais, que não conseguem adequadamente catalogar algumas atividades em antigos ordenamentos e moldes e RODRIK²⁹, em sua crítica à globalização, ainda pontua que o capitalismo não tem um único modelo, propondo ainda que os governos tem o direito de se proteger da globalização, sem que necessariamente esse direito fira de morte os benefícios do processo de economia de escala global.

Por meio desse mundo globalizado o desenvolvimento dos negócios se acelera. Empresas ingressam em outros países, prestando serviços, comprando e vendendo bens e levando consigo uma série de inovações sociais e tecnológicas, mas também exportando elementos culturais que em algumas oportunidades são diferentes das dos países receptores e

²⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 60.

²⁷ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 143.

²⁸ RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of world economy*. Nova York: W. W. Norton Company, 2011.

²⁹ RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of world economy*. Nova York: W. W. Norton Company, 2011.

que influenciam os povos daquelas regiões. As mudanças sócio-político-econômicas que derivam do processo de globalização fazem com que tenham aqueles que as defendam e aqueles que protestam por sua limitação, tendo até mesmo aqueles que defendem o direito ao não-desenvolvimento das nações³⁰. STREECK³¹ possui forte críticas ao capitalismo, colocando em dúvida sua compatibilidade com a democracia. Tampouco podemos ignorar que os movimentos antiglobalização não são exclusivos daqueles que defendem uma cultura contrária ao capitalismo escalável nem se resumem aos países em desenvolvimento; a recente votação do povo da Reino Unido pela sua maioria em se retirar da União Europeia também teve componentes daqueles que entendiam que a liberdade de circulação pessoas deveria ter um limite por motivos ligados a ideologias conservadoras³², sendo o ponto de interligação dessas correntes a defesa do Estado nacional robusto e apto para se opor aos movimentos culturais da globalização. Interessante que as propostas de oposição à globalização vão desde movimentos globalistas que propõe um governo central mundial³³, defensores de um direito que administre o mundo globalmente³⁴ ou simplesmente Estados fortes que usem sua soberania como força de oposição a liberdade econômica.

Ainda em que pese a criação de mecanismos internacionais de relacionamento das partes envolvidas, os países ainda não possuem um sistema de governo global³⁵, tampouco legislações globais que possam ser coercitivamente exigidas. Não olvidamos que a Organização Mundial do Comércio eventualmente determine que um país pague a outro indenizações por má-práticas comerciais³⁶ ou que os acordos internacionais não serão cumpridos, mas com a ciência de que a *ultima ratio* da guerra entre nações ainda está na mesa

³⁰ “In recent years it has been argued that “development” itself is the trojan horse and that the ideology it embodies is responsible for third world peoples and States being willingly drawn into the imperial embrace”. CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. In: ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, pp. 47-73.

³¹ STREECK, Wolfgang. *How will capitalism end? Essays on a failing system*. Estados Unidos: Verso books, 2016.

³² Nesse sentido, ver o papel do UKIP no Brexit Disponível em <http://www.bbc.com/news/uk-politics-eu-referendum-36574526>; e http://www.ukip.org/ukip_launches_immigration_policy.

³³ COMPARATO propõe um parlamento mundial, com assembleia de cidadãos do mundo, um senado mundial, um conselho executivo mundial, um conselho de planejamento mundial e um poder judiciário mundial. COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 300-302.

³⁴ Sobre o direito administrativo global, ver: KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law *Law and contemporary problems*. Vol. 68, verão/outono, 2005, pp15-61. Disponível em <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>

³⁵ KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The emergence of global administrative law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692628>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

³⁶ Sobre o tema, ver a decisão da Organização Mundial do Comércio que determinou que os Estados Unidos da América indenize o Brasil pelas práticas de dumping no mercado do algodão - <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/10/contencioso-entre-brasil-e-estados-unidos-e-encerrado>.

de negociações e que as normas internacionais ainda são construídas com muito tato e cautela, aquilo que a doutrina chama de *soft law*.

Sobre os efeitos correlatos da globalização econômica, FRIEDMAN³⁷ postula a teoria Dell como influência para a paz global: se dois países estão em uma mesma cadeia produtiva é menos provável que iniciem uma guerra entre si, uma vez que isso seria ruim para os negócios entabulados e haveria pressões daqueles que trabalham nessa cadeia produtiva para evitar alguma agressão mútua. Uma releitura modernizada da visão Kantiana³⁸. Este é um claro exemplo de benefício social da globalização acompanhado de um apontamento: os Estados são fortemente influenciados por agentes privados. Em uma visão pessimista sobre essas influências, KENNEDY³⁹ dispõe de que as estruturas internacionais são guiadas por Estados que não são unos em sua construção de interesse nacional, tendo seus centros e suas periferias dentro de suas próprias estruturas.

A União Europeia e os Estados Unidos⁴⁰ têm obtido sucesso em liderar a ordem econômica mundial nas últimas décadas pós guerra fria, não sem que Rússia e China venham tentado multipolarizar esta ordem. Todos estes utilizam investimentos estrangeiros como parte de suas estratégias, sem que para tanto ponham em desuso suas forças militares. Sem se limitar a isto, mas os Estados Unidos, que possuem também uma forte presença bélica internacional, atuam com diversas tecnologias ligadas ao mercado pós-industrial⁴¹ bem como grandes cadeias produtivas com vantagens competitivas de escala, enquanto a União Europeia tem trabalhado com fortes e tradicionais indústrias, como a automobilística⁴² e a moda. De outra banda, a China parece que centrar seus esforços em infraestrutura⁴³, extração mineral, terras agriculturáveis e energia⁴⁴, algo muito similar ao que uma presença militar imporia, só que desta vez por meio da aquisição nos termos capitalistas, talvez tendo encontrado sua oportunidade de influência no capitalismo exatamente em sua essência, na liberdade econômica dos seus agentes. Sem a pretensão de forte concorrência aos grandes agentes da

³⁷ FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

³⁸ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

³⁹ KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48.

⁴⁰ HORN, Mavroidis *et al.* *Beyond the WTO? Anatomy of EU and US preferential trade agreements*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1411066>. 2009.

⁴¹ Sobre o avanço do Uber na Alemanha, <http://www.reuters.com/article/us-uber-germany-cities-idUSKCN0SO2R620151030>

⁴² Sobre o investimento estrangeiro europeu no mercado automobilístico brasileiro, <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/12/volkswagen-anuncia-r-1-5-bilhao-em-investimentos-no-brasil>

⁴³ Sobre os recentes investimentos estrangeiros chineses, <http://www.economist.com/news/business/21723164-overpaying-commodities-and-trophy-assets-has-become-norm-chinese-companies-weak-record>

⁴⁴ Sobre o investimento estrangeiro dos chineses no mercado de energia brasileiro, <http://exame.abril.com.br/revista-exame/o-setor-eletrico-brasileiro-caiu-no-colo-dos-chineses/>

ordem econômica mundial mas ainda tentando criar o seu espaço e com uma agenda própria, destacamos diferentes modelos: Brasil, Índia e África do Sul têm postulado influenciar alguns mercados sem a ambição e poder destes últimos, mas buscando criar narrativas alternativas⁴⁵. No Brasil⁴⁶, esse esforço internacional em especial com países africanos e outros latino-americanos se chamou de agenda Sul-Sul. De outra banda, países como o Chile procuraram se enquadrar nas agendas de países como o Estados Unidos, procurando uma maior integração econômica por meio de uma maior aderência a esses termos propostos.

IANNI⁴⁷ explica que no sistema de interdependência dos Estados que hoje vigora, os Estados-Nação continuam a exercer um protagonismo apesar de frequentemente desafiados pelas corporações e conglomerados. Uma visão estatista propõe uma perspectiva que qualquer forma de expansão de jurisdição pressupõe consentimento estatal, contudo a prática da Organização das Nações Unidas⁴⁸ durante o período pós-colonial revela a persistência de uma antiga tradição europeia na qual pensar em lei, jurisdição e poder não deriva simplesmente de controle, território e soberania. Dada a importância dos agentes privados na ordem econômica internacional, observamos a importante aceleração dos movimentos de construção de normas pelos particulares, ao que apontamos a *Transnational Legal Orders*, escola acadêmica de direito internacional que reconheceu aos agentes privados a possibilidade de “construir direito internacional” por meio da “*private lawmaking*”⁴⁹, que seria a capacidade dos próprios agentes particulares criarem as suas normas⁵⁰. Coaduna esta visão a explicitação decorrente das relações internacionalmente estabelecidas pelos indivíduos que buscam interesses privados, não necessariamente os mesmos (por vezes até contrários) dos Estados nos quais estão sediados, o que impõe consequências sociais e jurídicas. Pontuamos que a mera substituição de um modelo estatista de construção jurídica para um modelo privatista não é em si garantia de evolução, mas sim de alteração dos polos de poder.

Observamos os movimentos históricos uma vez que esse estudo serve de base não

⁴⁵ MOROSINI, Fabio Costa.; BADIN, Michelle Raton Sanchez. *Reconceptualizing international investment law from the global south*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

⁴⁶ MOROSINI, Fabio. Costa; XAVIER JUNIOR, E. C. . Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, p. 421-447, 2015

⁴⁷ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008, p. 79.

⁴⁸ ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 285

⁴⁹ Sobre o tema ver: HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory Shaffer. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

⁵⁰ Nesse sentido, ver também sobre a Lex Mercatoria, sobre o qual HUCK lança uma visão pessimista sobre a concepção de um direito supranacional. HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatória - horizonte e fronteira do comércio internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 87, p. 213-235, 1992.

apenas de compreensão da atualidade mas também dos argumentos que procuram legitimar comportamentos e normas sociais. Na atualidade, falar em ordem econômica mundial não é mais apenas falar sobre relações entre países e sobre os direitos dos tributos do pós-guerra. Falar sobre a ordem econômica mundial é falar sobre as relações entre países, blocos econômicos, órgãos mundiais e também agentes privados, sociedade civil, ressaltando a importância do conteúdo dos acordos internacionais bem como das constituições e legislações de cada uma das nações envolvidas no caso que estiver sob análise, em uma conjuntura onde não há um poder coercitivo supraestatal mas uma constante negociação entre os envolvidos e com cada vez mais importante peso dos indivíduos. ORFORD⁵¹ aponta que os advogados internacionalistas continuamente oscilam em compreender a ordem internacional, ora apontando para as liberdades individuais ora apontando para o bem comum às coletividades.

Fundamental pontuar que a concepção de um direito internacional como algo externo aos países se demonstra insuficiente: diversas normas internas possuem o condão de afetar a ordem econômica internacional, e inclusive são realizadas exatamente para isso. Por vezes programas de incentivos da indústria nacional com caráter protecionista, sem para o qual tenha sido promovido nenhum acordo internacional, é objeto inclusive de sanção internacional ao país⁵². Trabalhamos assim com a clara perspectiva de que ordem econômica internacional vai para além dos tratados internacionais, sendo tudo o que afeta as relações econômicas globalmente, desde a formação de um acordo multilateral de países em diferentes continentes até um decreto local que busque regulamentar a economia interna de um país.

KELSEN⁵³ explica que “O Estado é definido como um relacionamento em que alguns comandam e governam, e outros obedecem e são governados”. Existem Estados democráticos e plurais assim como existem aqueles centralizadores e até ditatoriais, cada um com suas dificuldades próprias e naturais. Destacamos que novas tecnologias têm afetado enormemente a capacidade do Estado em ofertar respostas jurídicas suficientes para comando e controle social dos negócios apesar dos esforços extremamente fortes e contínuos, e que os investimentos estrangeiros têm papel fundamental nessa rotina de mudanças regulatórias. As relações internacionais crescem e se aceleram, ao passo que os novos agentes privados ganham relevância onde outrora era exclusividade estatal.

⁵¹ ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 287.

⁵² O programa Inovar Auto (Decreto n.º 7819/2012 e Lei 12546/2011) bem como a Lei de Informática (conjunto de leis, que se inicia na Lei 8.248/1991 e foi recentemente alterada, também, pela Lei n.º 13.023/2014) foram objetos de consulta internacional e posterior repressão pela Organização Mundial do Comércio, no caso DS472.

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 268.

2.1.2 Investimentos estrangeiros e a ordem econômica internacional

MOROSINI e BADIN⁵⁴ explicam que a ordem econômica internacional é definida por um conjunto de regras – nacionais, internacionais e transnacionais – que governam as relações econômicas entre países, incluindo áreas como comércio, investimentos e finanças. No cenário de globalização que apontamos previamente, destacamos que a aceleração do desenvolvimento tecnológico acelerou o espectro econômico em uma escala mundial. MOROSINI e FERREIRA⁵⁵ destacam que “Teoricamente, o livre trânsito de recursos permite que eles sejam eficientemente alocados e melhor aproveitados, de acordo com as especificidades e capacidades de cada região, fomentando-se, assim, o desenvolvimento das nações como um todo”. Existem diferentes formas de negócios que envolvem aspectos da ordem econômica internacional, como por exemplo a exportação/importação, tratados internacionais, financiamentos bancários e inversões de capital estrangeiro em outros países. Há até uma de tradição ocidental, fortalecida nos últimos séculos, que propõe uma espécie de direito natural (reforçado em muitas normas positivadas) ao comércio internacional pacífico, ligado a capacidade de sociabilidade dos povos. Na literatura liberal há forte destaque para o ponto de que o aumento das relações negociais entre diferentes países propõe previsibilidade e cooperação, sendo um espírito que exige uma relação continuada e pacífica que se opõe à um espírito bélico entre os povos, seja porque a lucratividade dos negócios gera um custo adicional à guerra seja porque o espírito de ordem pacífica coletiva mundial inspirada em Kant encontra fundamento nas noções cosmopolitas intrinsecamente ligadas aos negócios internacionais. Nesse momento, destacaremos o caso dos investimentos estrangeiros, que é a espécie de negócio internacional que exige maior interação contínua entre os diferentes países/agentes envolvidos.

A Constituição brasileira dispõe sobre investimentos de capital estrangeiro, enquanto a doutrina costuma abarcar em sentido amplo investimento estrangeiro e dividir este conceito entre investimento estrangeiro de portfólio e investimento estrangeiro direto (IED), sendo o de portfólio como o movimento de capital destinado a adquirir ações em empresa localizadas em outros países, enquanto o direto ocorre quando é mantida a participação societária duradoura

⁵⁴ “is defined as a set of rules – international, national and transnational – that governs economic relations within and across countries, and encompasses areas such as trade, investment, and finance”. MOROSINI, Fabio Costa; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. An introduction. In: MOROSINI, Fabio Costa; BADIN, Michelle Rattón Sanchez (Orgs.). *Reconceptualizing international investment law from the global south*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p.8.

⁵⁵ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 62.

na gestão do empreendimento em economia diversa do investidor. Hoje, percebemos ainda a influência enorme de empresas que não são exatamente investimento estrangeiro direto no formato tradicional de instalação de fábrica e grandes montantes de recursos investidos, mas cujo papel econômico pode ser ainda mais relevante no país receptor, por meio de serviços de alto investimento tecnológico e grande capacidade de penetração nas economias locais.

O investimento estrangeiro direto, ora objeto do que discorreremos, é um dos pontos mais controversos da ordem econômica internacional. ROSE-ACKERMAN⁵⁶, em conjunto com TOBIN, dispôs a seguinte explicação:

Investidores sempre enfrentam riscos porque preços e oportunidades não podem ser perfeitamente previstas ex ante. Entretanto, em muitos países em desenvolvimento esse risco vai além do risco comum de mercado [...]. Investidores reclamam que as regras são pouco claras e mudam ao longo do tempo (traduzimos)

Alguns países são extremamente abertos ao capital estrangeiro por meio da atração de investidores estrangeiros assim com outros são absolutamente fechados a essa possibilidade. Sobre o tema, KLÄGER⁵⁷ explica as diferentes visões, desde as que se opõe fortemente

⁵⁶ “Investors always face risks because changes in market prices and opportunities cannot be perfectly predicted ex ante. However, in many developing countries the risk goes beyond ordinary market risk. Investors may have little trust in the reliability and fairness of property rights and government enforcement, and conversely, local businesses, citizens, and politicians may have little confidence in the motives and staying power of international business. Investors complain that the rules are unclear and variable over time. Critics in the host country worry that international investors will reap most of the gains and will flee at the first sign of trouble. In the extreme, the distrust on both sides can be so large that little or no investment takes place, even when this investment would be beneficial to both parties”. ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jennifer. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School: Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁵⁷ “It is important to recognize that there are two diametrically opposed theories underlying the whole debate on foreign investment. ‘The classical theory’ assumes that foreign investment has mainly positive effects on host countries. The inflow of foreign capital into the host country entails the introduction of new technologies, know-how and management skills that, in time, are diffused in the economy. Furthermore, new foreign facilities create additional employment, strengthen the diffusion of such skills and improve the infrastructure. Local enterprises then benefit not only as component suppliers, but also from the new infrastructure. The additional purchasing power of the people gives further impulses to the national economy. Eventually, this process leads to an enlargement of the government’s tax base and thus, overall, provides for great benefits for the society of the host state as whole. The ideologically converse ‘dependency theory’ denies positive effects of foreign investment on the economic development of host countries. Foreign investment is made mainly by multinational corporations which normally have their headquarters in the central developed economies of the world. Such multinational enterprises make host states get more and more caught in a vicious circle causing them to scale down to peripheral economies serving the interests of home states. In developing states, only the elite classes may benefit from foreign investment building alliances with new capital, in order to suppress the people. What is more, foreign investors ham the developing state by a potential rise in corruption, additional economic damage, and a possible severe constriction of sovereignty. In the end, economic development that is independent of the interests of elite circles and the economically advanced deemed impossible. Today, irrespective of one’s political preferences, it is of course quite well recognized that foreign investment involves both costs and benefits for states”. KLÄGER, Roland. “Fair and equitable treatment” in international investment law. Nova York:

contra o investimento estrangeiro até a que consideram estratégico para o desenvolvimento social e tecnológico de nações inteiras.

Percebemos que existem diferentes resultado possíveis, condicionados enormemente a qual relação pretende o país hospedeiro ter com o investidor estrangeiro: pode o país querer atrair muitos investidores assim como pode o país entender que deve repelir tais empreendedores com veemência. SCHLEE⁵⁸ compreende que o investimento estrangeiro direto “é a categoria que deveria ser mais firmemente patrocinada, principalmente por países em desenvolvimento”, já que traz como benefícios a transferência de tecnologia e de capital além de criar empregos no país hospedeiro. Por sua vez, MARILDA RIBEIRO⁵⁹ define a relação entre o investimento estrangeiro com o Estado hospedeiro como “síndrome de amor e ódio” em razão do impacto causado, onde a atração pelos recursos estrangeiros que possibilitam um maior desenvolvimento econômico se contrapõe ao medo da influência de uma poderosa multinacional com interesse que podem ser conflitantes ao do Estado e que está instalado no seio da sociedade que hospeda o investimento, extraindo riquezas e poluindo o meio ambiente desta.

Coadunamos da posição de MOROSINI e FERREIRA⁶⁰, que declaram que “A dinâmica do mundo globalizado conduziu à competitividade das nações na atração de investimento estrangeiro direto. Os investidores, por sua vez, seguindo uma lógica de racionalidade econômica, enviam o seu capital para os locais que apresentam melhores possibilidades de retorno financeiro. Dessa maneira, somente as nações que demonstram qualidade em suas instituições, representada pela existência de um ambiente de estabilidade jurídica e política, poderão se beneficiar desse fluxo de investimentos”.

Na linha de ACEMOGLU⁶¹, entendemos que conceituar instituições é difícil e que a perspectiva da premissa impacta no resultado final proposto, mas este professor propõe que podemos compreender instituições como os mecanismos que “regram o jogo”, sendo instituições econômicas as que definem as regras do jogo econômico e instituições políticas como as que definem as regras do jogo político. Para NORTH⁶², por sua vez,: “*Institutions*

Cambridge University Press, 2013, p. 23-24.

⁵⁸ SCHLEE, Paula C. . Investimento Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber O. (Org.). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 259-288.

⁵⁹ RIBEIRO, M. R. S. . As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. p. 455-492. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes ; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado ; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁰ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77.

⁶¹ ACEMOGLU, Daron. *Political economy lecture notes*. Disponível em <economics.mit.edu/files/8753> p. 13

⁶² NORTH, Douglass. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)". Instituições que asseguram estabilidade jurídica e política são elementos de primeira importância para atração de investimentos.

Para COSTA⁶³, a ausência de um organismo internacional para investimentos estrangeiros, tal qual a Organização Mundial do Comércio é para o comércio, gera um cenário onde os agentes, em especial, as empresas multinacionais buscam seus objetivos em um ambiente onde a capacidade regulatória está nos Estados. Isso explica que a relação entre Estados gera objeto de relevante atenção no tema investimento estrangeiro.

Como forma de atração de investimentos, muitos países firmaram os denominados tratados bilaterais de investimentos⁶⁴ (BITs), nos quais os países signatários firmam como se darão as relações entre o país hospedeiro e o país exportador de capital, prevendo o relacionamento das empresas com o país hospedeiro e algumas premissas conceituais. Muito se discute hoje se a assinatura desse tipo de tratado traz verdadeiro impacto positivo na atração de investimentos e na relação entre os países. Por vezes, e até afirmamos que o mais das vezes, é a estrutura legal interna do país para fazer negócios que realmente importa. O Brasil, ainda tentando construir um agenda internacional por meio de acordos, mas que seja diferente e mais adequado a sua nova perspectiva promoveu alterações no seu formato, saindo dos tradicionais tratados bilaterais para o que chamou de Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos, em especial com países de sua agenda Sul-Sul⁶⁵. THORSTENSEN⁶⁶ diz ainda que o Brasil deve incentivar temas como transferência de tecnologia e inovação via convergências regulatórias.

A crítica de RODRIK⁶⁷ sobre os diferentes tipos de capitalismo abre um flanco

⁶³ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V 49. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>.

⁶⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jeniffer. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School: Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁶⁵ MOROSINI, F. C. ; XAVIER JUNIOR, E. C. . Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, p. 421-447, 2015.

⁶⁶ THORSTENSEN, Vera; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. Coerência e convergência regulatória no comércio exterior. 2017. Disponível em <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/images/Eventos/ConvRegulatoria/RELATORIO-FINAL-Vol-4---Sintese-e-Concluses.pdf>>. p. 53.

⁶⁷ RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of world economy*. Nova York: W. W.

importante de debate no tema regulação dos investimentos estrangeiros: o *policy space* de cada país, que foi definido⁶⁸ como o “o escopo para políticas domésticas, especialmente nas áreas de investimento comercial e desenvolvimento industrial, o que pode ser enquadrado por disciplinas e compromissos internacionais, bem como por considerações globais de mercado”. Nesse sentido, MOROSINI e XAVIER JÚNIOR⁶⁹ ressaltam que as negociações dos tratados internacionais que reduzem o *policy space* devem se certificar que essa redução seja compensada pelas oportunidades geradas pelo investimento. Pontuamos que o Brasil não tem por tradição ratificar os BITs, optando por resolver as estruturas jurídicas via direito interno.

Sobre a influência interna da legislação no contexto do direito econômico internacional, em uma perspectiva pró-desenvolvimento e atração de investimentos estrangeiros, COOTER e ULEN⁷⁰ explicam que “os mais fundamentais corpos do direito transnacional são a propriedade e os contratos [...] tornar eficientes esses corpos de leis promove o crescimento unindo ideias inovadoras e capital. Os países com leis de propriedade e contratos eficientes estabeleceram o fundamento jurídico para a inovação e o crescimento”. Nesse sentido, se o país tem essas instituições estruturadas de modo inclusivo⁷¹, isto é, ofertando liberdades econômicas e políticas, o país passa a ser interessante para o desenvolvimento de atividades empreendedoras; se o país possui estruturas extrativistas, interessadas em direcionar o sistema legal para a manutenção do *status quo*, esses países somente atrairão aqueles que quiserem participar e puderem comprar o seu acesso a essa estrutura, ou no caso em que o potencial mercado seja tão grande que valha o risco de enfrentar o próprio sistema jurídico econômico do país hospedeiro e utilizar a destruição criativa⁷² do mercado como solução. Se em algum momento foi justificado pensar que só as corporações gigantes que possuíam interesse/capacidade de inovação, tal pensamento se esvaziou ante a nova economia; perfilamos ao entendimento de ARROW⁷³ quanto a concorrência ser elemento que promove a inovação e conseqüentemente o desenvolvimento.

Ressaltamos ainda o tema do país hospedeiro assegurar o direito de propriedade na

Norton Company, 2011.

⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. São Paulo Consensus. 25 de junho de 2004. Disponível < http://unctad.org/en/Docs/td410_en.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁶⁹ MOROSINI, Fabio Costa; XAVIER JUNIOR, E. C. . Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, p. 421-447, 2015, p. 426.

⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Trad: SANDER, Luis Marcos; COSTA, Francisco Araújo da. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 72.

⁷¹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

⁷² SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1911.

⁷³ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

tomada de decisão de um estrangeiro investir em outro país. Para PERRONE⁷⁴, propriedade representa controle que indivíduos possuem sobre recursos, em uma estrutura jurídica local que depende do espaço-tempo definido pela comunidade, mas que por sua incompletude exige sistemática interpretação, o que também afeta a relação entre Estado e investidores estrangeiros em um contexto de expectativas de parte a parte. Em outro sentido, COOTER e ULEN⁷⁵ explicitam que “do ponto de vista jurídico, a propriedade é um *conjunto de direitos*. Esses direitos descrevem o que as pessoas podem e não podem fazer com os recursos que possuem; até onde eles podem possuir, usar, desenvolver, melhorar, transformar, consumir, exaurir, destruir, vender, doar, legar, transferir, hipotecar, alugar, emprestar ou excluir outros de sua propriedade”. Esse ponto é de altíssima relevância aos países que buscam atrair investidores estrangeiros. O respeito a propriedade e aos contratos pelos tribunais chega a ser um dos motivadores para estabelecer qual o local da sede da empresa dentro de um país⁷⁶; quanto menos respeito aos direitos contratados e de propriedade, maior dificuldade de atração de investimentos.

Em uma perspectiva do século XX, BARBOSA LIMA SOBRINHO⁷⁷ dizia que “não há aliança mais frequente do que a ditadura com o capital estrangeiro”, contudo uma visão mais atualizada parece encaminhar que há, como regra, um interesse maior da ordem econômica internacional em redução da corrupção nos países hospedeiros de investimentos do que na possibilidade de formação de alianças espúrias. Nesse sentido, WEI⁷⁸ entende que uma reforma anticorrupção pode ser mais eficiente na atração de IED do que oferecer incentivos fiscais; assim também, MOROSINI e FERREIRA⁷⁹ afirmam que “o fenômeno da corrupção é, no entanto, a antítese do bom clima para proliferação da IED” e que a “A implementação de políticas anticorrupção pode ser uma opção interessante para incrementar a

⁷⁴ PERRONE, Nicolas Marcelo. *The international investment regime and foreign investor's rights: another view of a popular history*. Londres, 2013. London School of economics and political science.

⁷⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Trad: SANDER, Luis Marcos; COSTA, Francisco Araújo da. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 92.

⁷⁶ Nesse sentido, matéria do site Conjur sobre o estudo realizado pelo escritório Machado Meyer Advogados, que identificou que as empresas analisam as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho para tomada de decisão de alocação de investimentos no Brasil. Em que pese a metodologia pareça insuficiente para avaliar que a decisão seja essencialmente com base nessa informação, propõe indícios desse comportamento. *Empresas analisam quais TRTs são menos rigorosos antes de estabelecer sedes*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-30/empresas-escolhem-sede-base-trts-rigorosos>> 30 de março de 2017.

⁷⁷ LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *A nacionalidade da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Revista brasileira de estudos políticos, 1963, p. 275.

⁷⁸ WEI, Shang-Jin. Corruption and Globalization. Brookings policy brief series, n.79, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/2001/04/corruption-wei>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017, p. 5.

⁷⁹ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77

capacidade de atração de IED”⁸⁰. Perfilamos as fileiras que entendem que o ambiente sem corrupção é melhor mecanismo de atração do investidor estrangeiro, em especial porque atrai o investidor estrangeiro que interessa atrair para uma democracia, fomentando a livre concorrência e a liberdade de iniciativa no Estado de direito.

Assim, no médio prazo, se objetivam construir relações duradouras e proveitosas com investidores estrangeiros, de nada adianta os países incharem a economia com disponibilização de recursos públicos e isenções pontuais de responsabilidades aos investidores, se as leis não respeitam o direito à propriedade e não impõe eficácia aos contratos validamente firmados e de forma transparente. Os países que buscam atrair investidores estrangeiros para relações duradouras e proveitosas devem focar seus esforços em transparência e em normas previsíveis e confiáveis, com agentes públicos honestos e respeito à impessoalidade institucional.

Em outra perspectiva, há quem entenda como inadequada a atração de investidores estrangeiros, posto que estes estariam a afetar negativamente a economia nacional. Não são poucos os que se opõem a globalização e seus efeitos, bem como acreditam que os países devem resguardar juridicamente seus mercados, portanto defendendo uma intervenção forte do Estado por meio de políticas públicas e legislações que restrinjam os mercados internos que devem ser protegidos. O professor WASHINGTON SOUZA⁸¹ afirma que “não se pode tecer considerações sobre capitais sem o posicionamento inicial do direito de propriedade sobre os mesmos, o que oferece a opção pelo lado ideológico, capitalista ou não”. Interessante observar que para CHANG⁸², que não é inteiramente contrário ao investimento estrangeiro, a segurança do direito de propriedade não pode sequer ser encarada “como algo bom em si”, e “havendo grupos capazes de utilizar melhor certas propriedades do que seus proprietários, é possível que convenha mais à sociedade não proteger o direito de propriedade”, alterando um dos pilares do ambiente favorável ao investimento.

Os que pretendem restringir os investimentos estrangeiros são usualmente os que defendem a centralização do poder nas mãos do Estado, mantendo um amplo controle do *policy space* na mão dos legisladores locais e restringindo a opção direta do povo de escolha pelo sistema de preços do mercado, escolhendo centralização do controle político em detrimento de liberdades econômicas. Muitos destes o fazem imaginando que assim

⁸⁰ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77

⁸¹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Capitais estrangeiros: regime jurídico e modelo econômico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 26/27, 1983-1984, pp. 112-184, p. 181.

⁸² CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004, p.144.

conseguirão desenvolver a indústria local, ou proteger de alguma forma seu projeto político-jurídico de nação.

Em uma visão da relação africana-chinesa, o investimento estrangeiro é defendido por GARCIA⁸³, professor da Universidade de Macau, como elemento que elevou a “qualidade de vida de muitos africanos ocidentais contribuindo para o fornecimento de produtos mais baratos ao consumidor” sendo um “alívio”, apesar das acusações dos que se opõe a esse processo de “imperialismo”. MOROSINI, BADIN e XAVIER⁸⁴ entendem que é razoável países africanos como Angola terem na atração do investimento estrangeiro parte de sua estratégia de desenvolvimento, mas pontuamos que há bibliografia de relevante importância acadêmica⁸⁵ que aponta para efeitos negativos, em especial em uma perspectiva histórica do colonialismo e suas consequências, do investimento estrangeiro na África.

Não podemos esquecer que na tomada de decisão do investidor também está o apetite de risco deste versus o mercado potencial. Se um país tem um mercado mais interessante ao empreendedor, existe uma maior chance de que este realize o investimento ainda que existam outros elementos que contribuam negativamente para a decisão. Os elementos jurídicos são condições para a tomada de decisão mas não são os únicos, posto que alguns mercados se tornam tão atraentes para alguns empreendedores que ainda que existam potenciais restrições estes optam por tentar empreender naqueles países, como parece ser o caso do Brasil. Contudo, a opção por um Estado forte para restringir os investidores estrangeiros capaz de estancar os efeitos globalizante tem esbarrado nos interesses da sociedade por alguns serviços, em especial dessa nova economia de alta base tecnológica e presença facilitada por essas tecnologias de uso da onipresente internet que surge, e obrigado alguns países a rever legislações e mecanismos de atuação pública de relação com investidores estrangeiros e/ou enfrentar os interesses de parcela significativa dos nacionais interessados em consumir tais serviços/produtos e/ou trabalhar com tais empresas.

Inobstante os interesses de um país em atrair ou restringir os investidores estrangeiros,

⁸³ GARCIA, Augusto Teixeira. Investimento directo em África: algumas breves notas. In: DAN, Wei; JONA, Orquidea Massarongo. *Questões jurídicas contemporâneas relativas ao comércio e investimento China-África*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 21-28, p. 25.

⁸⁴ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Rattón Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. O ACFI face a determinantes históricos de regulação sobre investimentos estrangeiros em Angola e Brasil. In: MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Rattón Sanchez. *A nova diplomacia econômica nas relações Brasil-Angola: desvendando instrumentos políticos, jurídicos e econômicos*. Brasília: IBDC, 2017, pp. 71-93, p. 89.

⁸⁵ Nesse sentido, entre outros, a escola do *Third World Approaches to International Law*, como CHIMNI, B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. In: ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, pp. 47-73; e, SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

a tecnologia tem mudado as perguntas e transformado em obsoletas algumas respostas. A noção de investimento estrangeiro de portfólio e direto também já não responde mais as dificuldades trazidas ao mundo jurídico pelas empresas que por meio online exportam serviços de forma contínua e em massa. Elencamos para fins de exemplo que a empresa que mais cresce no mercado antigamente denominado de televisão a cabo não tem cabos tampouco precisa de televisão (Netflix), a principal inovação na comunicação por celular não é uma operadora de telefonia (Whatsapp), a empresa que fomenta a maior discussão sobre mobilidade urbana e transporte individual não possui veículos próprios (Uber), a empresa que mais cresce globalmente em disponibilidade de leitos para turismo não é proprietária dos hotéis (Airbnb). Quando empresas realizam inovações tecnológicas ou criam modelos de negócios que afetam tão gravemente a dinâmica de um mercado qualificamos essa inovação como disruptiva⁸⁶. Enfatizamos que esses exemplos de inovação disruptiva são ainda mais caros ao mundo jurídico porque são mudanças em mercados que não apenas estavam restritos aos investidores estrangeiros, mas que dependendo do país exigiam autorizações especiais para operar negócios no setor. A destruição criativa do seu mercado é o maior receio que as grandes empresas possuem; se os consumidores preferem os concorrentes, a capacidade de reação das grandes é muito menor do que quando a discussão é sobre a influência junto a marcos regulatórios⁸⁷. Restrição aos investimentos estrangeiros por influência de empresas dominantes naqueles mercados por vezes é a única solução que resta para evitar que os consumidores abandonem uma empresa que não presta serviços ao preço e/ou a qualidade que o mercado exige quando tem opções.

A ênfase na inovação disruptiva é crítica para assuntos regulatórios. Em muitos casos, os disruptivos têm a habilidade de conquistar milhões de consumidores ao mesmo tempo em que atuam em áreas limítrofes da legalidade. Não por que seus negócios deveriam ser ilegais, mas porque nos países onde há forte intervenção e indicação estatal para a econômica, os inovadores normalmente estão enfrentando aqueles que tem modelos de negócios orientados a atender as regulações, os campões nacionais ou até em casos mais graves os mais próximos dos governos e protegidos em seus mercados pela lei, por vezes em nome do conceito um tanto nebuloso de interesse nacional. Os exemplos que trouxemos são de empresas estrangeiras que invadiram mercados regulados brasileiros de forma inovadora e disruptiva,

⁸⁶ Nesse sentido, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras; Uber, Whatsapp, Netflix, : quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Jota. Info, p. 1 - 8, 26 jan. 2016. Disponível em < <http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/26/2016/05/uber-whatsapp-netflix-floriano.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁸⁷ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

propondo a destruição criativa de modelos de negócios tradicionais. Empresas são organizações que aprendem, e a concorrência é um dos melhores professores.

As barreiras clássicas aos investimentos estrangeiros, como negar licenças de operação, ou postergá-las mediante condições de difícil consecução não têm sido suficientes para impedir os modelos de negócios disruptivos adentrarem mercados em países hospedeiros com maior grau de intervenção na economia e proteção de empresários nacionais de alguns setores. Tampouco essas dificuldades são exclusividade de países em desenvolvimento. O Uber tem enfrentando os protecionismos de mercados e operado em países antes de receber todas as licenças exigidas por autoridades públicas mesmo nos casos de superpotências globais⁸⁸, sendo inclusive objeto de críticas tão firmes que propõe o seu fim⁸⁹. Ainda, chegamos a um mundo no qual é possível que o líder de um mercado de serviços seja por uma empresa que sequer tenha sede física no país hospedeiro: Whatsapp e Facebook operaram dessa forma em diversos países.

É pertinente perceber que os negócios disruptivos, em especial os de serviços contínuos, usualmente são qualificados como ilegais por seus competidores quando começam a ameaçar os grandes agentes de um mercado. O sentimento de ameaça aos gigantes desperta a busca regulatória para impedir os negócios disruptivos. E usualmente o país hospedeiro, e esse é um modelo muito praticado no Brasil, utiliza de leis tributárias⁹⁰ para legalizar as operações disruptivas, buscando com essas taxas reequilibrar o mercado conforme o interesse político, mantendo o hábito estatal de crescimento da sistemática coleta de tributos.

Entendemos, portanto, que o aumento da circulação de capital em escala global acelera os investimentos estrangeiros⁹¹, permanentemente em busca de consumidores. Os tratados bilaterais de investimentos não são o ponto fundamental na atração dos investimentos, bem com sua não assinatura não repele os mesmos, embora reconheçamos a importância do hospedeiro e do investidor terem regras claras sobre expropriação, relacionamento e solução

⁸⁸ Sobre as licenças do Uber na Alemanha. <http://www.reuters.com/article/us-uber-germany-cities-idUSKCN0SO2R620151030>

⁸⁹ Nesse sentido, EDELMAN, Benjamin. Uber can't be fixed – it's time for regulators to shut it down. *Harvard Business Review*. 21 de junho de 2017. Disponível em < <https://hbr.org/2017/06/uber-cant-be-fixed-its-time-for-regulators-to-shut-it-down> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁹⁰ Nesse sentido, a lei complementar n.º 116/2016, que aumentou o rol de atividades sobre as quais incide o imposto sobre serviços para que seja tributado serviços como o Spotify e Netflix. Ainda, o governo federal buscará ampliar a tributação sobre o Netflix, com estudos que apontam a possibilidade arrecadar adicionalmente até R\$300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) em tributos nos próximos anos. Ver: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/tv/noticia/2017/03/governo-avalia-cobrar-r-300-milhoes-em-taxas-da-netflix-brasil-ate-2022-9732499.html>

⁹¹ UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2016*. < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_en.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

de controvérsias entre os envolvidos, por exemplo. Ainda, parte importante do crescimento do volume de investimento estrangeiro registrado globalmente em 2015, que alcançou 1,8 trilhão de dólares americanos, se deve ao fato de que 85% das legislações produzidas naquele ano forma no sentido de liberalizar o mercado e promover a circulação dos investimentos.

Apontamos que os investidores estrangeiros não adentram em um país porque querem fazer bem aquela população, mas sim porque entendem que aquele mercado consumidor é interessante para eles. Isso não impede que nessas negociações a visão proposta seja o “*economic win-win*”⁹², no qual ambas as partes ganham. O marco regulatório sobre empreendedorismo, e todas suas atividades correlatas, é assaz importante para a tomada de decisão e da análise de risco. Negócios muito capacitados tecnologicamente e com grande potencial de crescimento acelerado, com empreendedores com alto apetite de risco toleram mais a imprevisibilidade do mercado, mas a melhor maneira de atrair investimentos que ajudem no desenvolvimento do país é criando um ambiente de mercado com instituições inclusivas, que respeitem as liberdades de mercado, e ofertam segurança jurídica para propriedade e contratos estabelecidos, livre de corrupção e intervenções inadequadas. Devemos afastar a ingenuidade, e vemos que uma vez estabelecidos em um determinado mercado, é possível, e em alguns mercados até comum, que os empresários junto com os políticos tentem criar barreiras jurídicas para entrantes, quer sejam eles estrangeiros ou nacionais, uma vez que o livre comércio só é interessante para os consumidores e para as empresas com soluções mais adequadas às demandas do consumidor naquele momento, e estas empresas nem sempre são as maiores empresas ou com maior capacidade de influência política, em especial pelo dinamismo do mercado, aprofundando-se a necessidade de mecanismos de defesa jurídica das “vítimas invisíveis”⁹³. Mas sobre os defeitos dos investidores estrangeiros entendemos que são, potencialmente, bastante similares aos dos investidores nacionais: dependem da casuística, crescem quando o Estado pode intervir conforme o caso a caso, e quanto mais usam a coerção do poder do Estado para se livrar da concorrência e restringir a livre iniciativa pior fica para os consumidores/indivíduos.

Adentraremos mais profundamente, mas o espaço de regulação econômica do Brasil embora contemple negociações internacionais, precisa respeitar os termos constitucionais. Dessa forma, há de se interpretar essa estrutura dentro dos princípios jurídicos que nos

⁹² MACHAVA, Almeida. A estratégia da China para África e a integração econômica do continente africano. In: DAN, Wei; JONA, Orquídea Massarongo. *Questões jurídicas contemporâneas relativas ao comércio e investimento China-África*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 175-196, p. 189.

⁹³ BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Trad. NOGUEIRA, Vera. Rio de Janeiro: IL, 2000. p. 24-25.

norteiam, e observadas as regras, também. Assim como a administração brasileira não deve criar regras inconstitucionais, tampouco pode firmar tratados internacionais que não se ajustem aos mandamentos constitucionais⁹⁴.

Pontuamos ainda que a visão que traremos deve ser criticada e nos parece oportuno apontar aos menos para algumas delas: ao liberar a economia via legislações internas sem negociações de reciprocidade, o país abre mão de sua *policy space* mais restritiva, e com isso reduz seu espectro negocial via tratados internacionais, abrindo mão de “moedas de troca” objetivas em sua diplomacia internacional. Além disso, embora a escola de *economia comportamental*⁹⁵ nos demonstre que há certa irracionalidade/emocionalidade se sobrepondo a razão lógica pelo indivíduo inclusive nas suas escolhas no mercado, é razoável supor que o consumidor vai buscar o serviço/produto que melhor atenda suas demandas sem para tanto preocupar-se diretamente com a defesa dos empresários nacionais, de modo que exigirá mais (qualidade, preço, atendimento, ou outro elemento) dos mesmos sob pena de abandonar os locais em favor negócios eventualmente internacionais. Os países têm enfrentado o dilema: inserção econômica global, liberdade e concorrência ou proteção à indústria nacional e controle político, cada qual com suas vantagens e desvantagens.

Antes de adentrarmos na nova economia, nos parece importante compreender alguns aspectos relevantes da regulação econômica brasileira em uma perspectiva histórica, entendendo o desenvolvimento econômico e social como um processo cuja política e a regulação tem papel assaz relevante. Sobre esse prisma e compreendendo a relevância constitucional para a economia, que aprofundaremos o próximo tópico.

⁹⁴ Pontuamos, contudo, sem aprofundar já que não é objeto direto desta dissertação, a relevância caráter especial do tema dos direitos humanos em âmbito de tratados internacionais no contexto constitucional brasileiro.

⁹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad.: LEITE, Cássio. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; THALER, R.H; SUSTEIN, C.R.. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

2.2 A REGULAÇÃO ECONÔMICA BRASILEIRA E A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

2.2.1 A Constituição econômica brasileira

Inspirada na visão de Kelsen, a Constituição brasileira é a norma fundamental da ordem jurídica nacional, que pauta e orienta todas as estruturas abaixo dela, propondo um ordenamento social por meio da lei⁹⁶. A obra organizada pelo ministro GILMAR MENDES⁹⁷ dispõe ainda que a Constituição “há de ser compreendida não apenas como Lei Fundamental do Estado, mas também como principal instrumento de construção da sociedade do porvir”.

A Constituição brasileira é um instrumento amplo que enfrenta muitos assuntos. Baseada em sua autodeclarada e reconhecida soberania, a Constituição brasileira não permite que normas internacionais⁹⁸ estejam acima dela na pirâmide ficcional de poderes legislativos e esses tratados devem observar os termos constitucionais para que sejam inseridos na estrutura jurídica pátria.

Nossa carta possui em seu corpo normas da mais alta relevância como a estruturação dos poderes, materialmente constitucional, assim como disposições sobre a federalização de um colégio específico⁹⁹, disposição que somente é constitucional em sua forma.

As constituições são fruto de suas circunstâncias. A de 1988, ora vigente, é uma expressão absolutamente heterogênea de diferentes grupos de interesse que entendiam que assegurar seus direitos e/ou privilégios na Constituição seria a solução para seus problemas ou pela simbologia¹⁰⁰ de uma sociedade que queriam pautar. Segundo o ministro BARROSO¹⁰¹, isto nos levou a uma carta que “mais do que analítica, é prolixa e corporativa”.

Nosso texto constitucional é vasto sobre muitos temas, em especial assegurando direitos fundamentais aos cidadãos. O artigo 5º é amplo rol que assegura a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e incluindo brasileiros e estrangeiros residentes, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,

⁹⁶ Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167 e ss.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

⁹⁸ Dessa forma, tratados internacionais firmados pelo executivo precisam passar pelo processo legislativo do Congresso para que tenham sua devida qualificação legal e eficácia interna.

⁹⁹ Artigo 242, parágrafo 2º da Constituição dispõe sobre o caráter federal do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro.

¹⁰⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361.

chegando a identificar detalhamentos como a gratuidade de alguns documentos, sem a pretensão de ser exaustivo apesar das dezenas de incisos, assegurada sua aplicabilidade imediata, seguindo a tradição de países como a Alemanha, Espanha e Portugal¹⁰². Os direitos e garantias individuais são inclusive cláusulas pétreas de nossa Constituição, nos termos do artigo 60, de modo que embora não sejam superiores às demais normas constitucionais tampouco podem ser suprimidas¹⁰³.

A enorme quantidade de dispositivos legais na nossa Constituição teve o seguinte efeito: temas usualmente infraconstitucionais foram constitucionalizados; os debates sobre o direito civil, o econômico e o penal, por exemplo, foi tomado pela discussão sobre sua constitucionalidade. Embora compreensíveis as circunstâncias de quando foi estabelecida a nossa Constituição, as críticas a esta são inevitáveis e importantes. Reconhecemos e saudamos a importância que os constituintes deram ao tangibilizarem no texto alguns temas tão importantes como o direito ao devido processo legal, a livre associação para fins pacíficos, o objetivo de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a princípios norteadores como dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e da livre iniciativa, mas o fato é que houve profunda extensão de direitos e privilégios sem uma equilibrada adequação de deveres aos cidadãos.

Para que isso fosse ajustado, e dentro de uma concepção que o Estado fora vilão em razão da ditadura, oneraram ao Estado o dever de prestar auxílio aos cidadãos nas mais diferentes esferas. A impressão que dá a quem observe a forma como a Constituição é interpretada por diversos agentes políticos e que Estado possui recursos ilimitados, parecendo ignorar de que os recursos do Estado são essencialmente aqueles que o Estado toma dos pagadores de impostos, que por sua vez, cada vez que pagam os tributos, ficam com menos recursos. Como se para punir a antiga ditadura estivessem onerando o Estado, esquecendo-se que após a saída dos militares do poder, quando se onera o tesouro público se onera a sociedade, que a subsidia por meio dos tributos. Paradoxalmente, para reduzir os efeitos da imposição que o Estado teve durante a ditadura, a Constituição outorgou direitos e privilégios aos cidadãos que deveriam ser suportados pelo Estado, e para garantir que o Estado pudesse assegurar materialmente esses direitos e privilégios, a Constituição outorgou ao Estado enorme poder e capacidade de intervenção na vida dos cidadãos, o que era o problema a ser combatido desde o início.

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 285.

¹⁰³ Nesse sentido, a Adin 815/DF, disponibilizada em 10 de maio de 1996, relatada pelo ministro Moreira Alves.

Ainda, apontamos que a administração pública, em todas suas esferas, possui limitações e orientações de princípios para o seu agir, na forma do artigo 37 da Constituição Federal. Cabe ao Estado, em sentido amplo, obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Quando adicionamos conceitos como eficiência ao agir estatal estamos também trazendo à tona a necessidade de adequação orçamentária às políticas, uma vez que mescla a necessidade de resultados positivos, racionalização da máquina pública e proporcionalidade nos gastos e esforços dos agentes públicos e de suas políticas.

Diante dos simbolismos que diferentes grupos pleiteiam, a estrutura social vigente permite uma interpretação das leis que autorize algo que seja muito próximo de um esquema de pirâmide financeira, no qual pouco importa quem seja o novo entrante, o importante é que tenham outros que a custeiem em favor de quem organiza a estrutura da sociedade. Essa estrutura de privilégios outorgados em favor dos cidadãos pelo Estado, mas custeado pelos cidadãos é uma realidade que minora a lição de BASTIAT¹⁰⁴: “É impossível enriquecer a todos às custas dos demais, tornar a espoliação universal a pretexto de organizá-la”.

Essa estrutura econômica só é sustentada, se é que seja sustentável, com um Estado com grande capacidade de tributação e intervenção econômica. TORELLY¹⁰⁵ explica que “o Direito Econômico possui assento especial no texto constitucional”, destacando como elementos fortemente vinculados a ordem econômica constitucional, ao menos, os seguintes dispositivos: artigos 1º, 3º, 4º, 5º, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXIX, XXXII, LIV, LXXI, 6º a 11, 21, 24, I, 37, XIX e XX, 103, parágrafo 2º, 149, 170 a 183 e 193 a 232, ao que acrescentamos destaque a toda a estrutura de direito tributário, financeiro e previdenciário, por sua forte influência econômica. Para que contextualizemos, a Constituição brasileira chega a intervir na nacionalidade do funcionário que dirige a programação e seleção do que seja veiculado em empresas de radiodifusão¹⁰⁶.

O papel do Estado brasileiro na economia é, na forma da lei, de liderança. Cabe à União desde manter as relações com Estados estrangeiros e optar entre a paz e a guerra (atribuições clássicas do Estado) até a emissão de moeda e administração das reservas cambiais do país, por meio do Banco Central, autarquia cuja escolha do presidente é de caráter discricionário do Presidente da República, ainda que aprovação requeira a opinião do

¹⁰⁴ BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Trad: LEVY, Eduardo. Barueri: Faro Editorial, 2016, p.47.

¹⁰⁵ TORELLY, Paulo Peretti. O direito e a síntese entre o público e o privado. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas; TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, pp. 79-144, p. 81.

¹⁰⁶ Artigo 222 da Constituição Federal.

Senado Federal. Ressaltemos o poder que o governo possui sendo o único que pode emitir moeda¹⁰⁷⁻¹⁰⁸.

Cabe a União, com exclusividade, explorar ou conceder, os serviços de telecomunicações, radiodifusão sonora, e de sons e imagens, os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; os portos marítimos, fluviais e lacustres. Ainda, autorizar e fiscalizar a produção de material bélico, bem como organizar e manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, e explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, ainda que sob regime de permissão, possa outorgar a privados negociar e produzir alguns tipos de radioisótopos. Sem prejuízo das competências da União, aos Estados é permitido explorar ou conceder os serviços de gás canalizado. Aparentemente extensa, esta é apenas uma lista parcial.

É verdade também, e fruto dessa heterogeneidade constituinte, que há dispositivos tentando regular e restringir a ânsia estatal. O artigo 173 dispõe o seguinte: “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”. COMPARATO¹⁰⁹ afirma que em que pese a Constituição de 1988 seja indubitavelmente mais nacionalista que as precedentes, ao discorrer sobre vastidão da ordem econômica e sobre todas as diretrizes que dispõe para a economia, chegou a identificar que face o artigo 173, são inconstitucionais as empresas estatais que não sejam necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Aqui, conforme FIGUEIREDO¹¹⁰, resta claro o caráter

¹⁰⁷ Interessante observar que no mundo, essa exclusividade de emissão de moeda está sendo posta em xeque pelas tecnologias, como no caso do Bitcoin. Nesse sentido, ver a decisão judicial da Corte Distrital do Distrito Leste do Texas, Estados Unidos da American, processo 4:13-cv-00416. Decisão disponível em <<http://www.law.du.edu/documents/corporate-governance/securities-matters/shavers/SEC-v-Shavers-No-4-13-CV-416-E-D-Tex-Sept-18-2014.pdf>>

¹⁰⁸ O Banco Central do Brasil publicou o Comunicado n.º 31379, de 16 de novembro de 2017, sobre as criptomoedas, demonstrando que o tema já está na mira da regulação econômica pátria.

¹⁰⁹ COMPARATO, Fabio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 403-428, p. 418.

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.97.

excepcional e subsidiário da intervenção material do Poder Público em atividade econômica, mas desde já apontamos que a extensão constitucional permite ampla divergência de interpretação e é nessa interpretação que está a chave das construções política e jurídica do futuro brasileiro.

Ainda sobre o caráter subsidiário da atuação do Estado, o ministro GRAU¹¹¹ pontua que há de distinguir entre o que seja atividade econômica em sentido amplo e como gênero, entendendo que o serviço público é espécie desse gênero, assim como a atividade econômica em sentido estrito. Esse esforço permite maior ampliação do escopo de trabalho do Estado. Como consequência de aceitar essa visão, intervenção (vocábulo que determina a ação de agir sobre área de titularidade de outrem) econômica do Estado é quando ele atuar na atividade econômica em sentido estrito e não na atividade econômica em sentido amplo.

O artigo 174 determina o papel do Estado: “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”. Existe, portanto, um caráter de atuação do Estado na economia e sobre a economia que é constitucionalmente possível. JOSÉ AFONSO DA SILVA¹¹² explica que no início “tal processo dependia simplesmente da vontade do administrador, que poderia utilizá-lo ou não”. Claro que o quão indicativo é uma construção política: indicativo pode ser uma lei permitindo a livre iniciativa também para os estrangeiros, como foi promovido na área hospitalar recentemente¹¹³, ou injetar bilhões de reais em bancos públicos para a compra de empresas de alguns setores com subsídio de dinheiro público¹¹⁴.

Importante observar que além das normas com caráter de regras, existem os princípios. Pontuamos que o artigo 1º da Constituição traz como fundamentos da nossa república a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político, assegurando por meio do artigo 3º os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais regionais, bem como promover o bem de todos, sem discriminação.

O artigo 170 é fundamental na compreensão da estrutura econômica proposta pelos

¹¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, pp. 92 e ss.

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 737.

¹¹³ Lei 13.097/2015 autorizou que estrangeiros possam investir, inclusive controlar, empreendimento hospitalares no Brasil.

¹¹⁴ Lei 12.979/2014 injetou R\$24.000.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais) de recursos públicos no Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para indicar novos caminhos econômico para o setor privados.

constituintes e traz como princípios da ordem econômica a repetição de alguns fundamentos da república. Fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, consistem em princípios da ordem econômica os seguintes: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A Constituição estabelece que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, mas o que isso quer dizer? Para JOSÉ AFONSO DA SILVA¹¹⁵

Em primeiro lugar, quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a livre iniciativa, que, especialmente significa a garantia de iniciativa privada, é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado

Estressamos aqui que a livre iniciativa, combinada com a valorização do trabalho humano, é o fundamento constitucional da ordem econômica, sendo que o parágrafo único do artigo 170 a presume independente de autorização especial do poder público. Sobre os princípios, COELHO inspirado em REALE¹¹⁶ acentua que livre iniciativa e livre concorrência são princípios complementares mas diferentes entre si, de modo que livre iniciativa remete a projeção de liberdade individual no plano de produção e distribuição de riquezas enquanto livre concorrência significa que a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços não resulte dos atos cogentes das autoridades administrativas mas sim do livre jogo das forças na economia de mercado, mas relembra as preocupações do ministro GRAU sobre o poder econômico e a desigualdade entre as empresas. Nesse tema, nos perfilamos à visão de REALE¹¹⁷ que compreende que a desigualdade é própria da livre concorrência e inafastável, sendo que o princípio da livre concorrência somente sobrevive na desigualdade. Ser diferente inclusive é objeto de desejo das empresas e dos consumidores, sendo a diversidade

¹¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 724.

¹¹⁶ COELHO, Inocêncio Martins. Princípios da ordem econômica e financeira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1409.

¹¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. A ordem econômica na Constituição. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 12/134-142, 1995.

mecanismo que gera empreendedorismo e riqueza. Salientamos aqui que defender o empreendedorismo e defender algumas empresas ou setores não se confundem a nenhum tempo. O princípio constitucional que defende o empreendedorismo é a livre iniciativa, ao passo que normas legais que reservam mercado para este ou aquele tipo de pessoa defendem algumas empresas às custas do empreendedorismo.

Destacamos ainda a soberania, noção cara ao nacionalismo econômico e fonte de muitos comportamentos protecionistas. Segundo CAMARGO¹¹⁸, é o princípio que traduz a capacidade do Estado, sem instância superior, formular e executar sua política econômica.

Sem a pretensão de exaurir a exposição sobre todos os princípios constitucionais da ordem econômica, salientamos sua importância. JOSÉ AFONSO DA SILVA propõe uma interpretação dos princípios de defesa do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego como princípios de integração¹¹⁹, “porque todos estão dirigidos à resolver problemas de marginalização social ou regional”.

Sobre a interpretação constitucional, objeto que dedicaremos parcela substancial desse estudo, GRAU¹²⁰ propõe que não se interprete o texto normativo, mas sim o direito, e que não se interpreta a Constituição em tiras, além de reconhecendo o papel da ideologia na interpretação e no seu resultado, aponta o contínuo processo de adaptação, sendo a Constituição dinâmica; perfilamos ao seu entendimento sobre a Constituição ser interpretada de modo adaptável à dinâmica evolução social. Nessa linha, pontuamos que o artigo 172 da Constituição escuda-se no elemento interesse nacional para regular os investimentos estrangeiros e a busca por adaptar-se seja pela alteração do texto, seja pelos fatos da nova economia.

Sobre a constituição econômica brasileira, fundamental observar o disposto no artigo 4º do artigo 173, que define que a lei reprimirá o abuso do poder econômico. O Brasil tenta antever e propor uma série de comportamentos para os agentes econômicos por meio de leis. A preocupação com o abuso do poder econômico parece encontrar atenuantes se o monopólio vem da lei e/ou em benefício direto para o Estado, e suas empresas controladas. O controle do abuso de poder econômico encontra limites constitucionais; se a proteção a algum setor é constitucional, ela é válida no arcabouço jurídico pátrio, e somente pode ser alterada mediante

¹¹⁸ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 121.

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 728.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, pp. 165 e ss.

emenda.

O artigo 177 chega a ofertar monopólio ao Estado, na forma da União no caso, em algumas atividades econômicas, como: a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção de alguns radioisótopos. Nessa linha, a interpretação dada é que não há abuso de poder se for constitucionalmente previsto em favor do Estado.

Chegamos a seguinte constatação: a Constituição econômica brasileira se estabelece por meio de diferentes grupos de poder que chegaram ao poder depois de muitas décadas ansiando por tal momento, combinada com outros que se perpetuam dentro da zona de influência da regulação econômica. Ao contrário de ver os problemas do passado na intervenção econômica, que historicamente atrasaram o Brasil por meio daquilo que FAORO¹²¹ explicou como o fenômeno do capitalismo orientado, os constituintes acreditaram que o problema não era o sistema, mas sim quem controlava o sistema. Nesse cenário, estabeleceram uma Constituição que outorga ao governante enormes poderes econômicos para juntar recursos para intervir socialmente em tantas outras áreas.

Assim, a Constituição brasileira é um instrumento que autoriza a livre iniciativa na maior parte dos casos mas que consolida no Estado poderes suficientes para influenciar a economia conforme seus julgamentos. Possui regras claramente defendendo a intervenção pelo Estado e dispõe sobre princípios que vem sendo interpretados a luz do intervencionismo, apesar de que sua ordem econômica se baseie na livre iniciativa privada.

WALD¹²² percebe uma evolução no regime constitucional rumo a abertura da nossa economia e pelo crescimento da parceria com o capital estrangeiro, salientando a importância da dignidade humana e de sua liberdade de escolha. A interpretação constitucional é processo evolutivo que acompanha a sociedade. A nova economia, de base inovadora, já vinha pressionando a regulação econômica brasileira. A Emenda Constitucional n.º 85/2015

¹²¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

¹²² WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de informação legislativa*. v. 45, n. 179, p. 403-410, jul./set. 2008.

positivou a necessidade de conexão entre a regulação, a relação com as empresas e o papel fundamental de promover a inovação e o avanço tecnológico, em simbiose do agir estatal e do agir privado. Exemplo disso é o artigo 219 da Constituição Federal, que estabelece o mercado interno como integrante do patrimônio nacional e que o seu parágrafo único dispõe um dever ao Estado de estimular e a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, a constituição dos parques tecnológicos bem como demais ambientes promotores de inovação, criação, absorção difusão e transferência de tecnologia.

Esta mudança constitucional requer dos operadores do direito mudanças interpretativas para adequação, conciliando o fomento da inovação e da absorção de tecnologias com a regulação estatal. Dentro desse diapasão, para que pensemos nessa conciliação precisamos compreender como tem sido a construção histórica da interpretação, objeto do próximo item.

2.2.2 O papel do Estado brasileiro na economia

Em sua obra clássica, RAYMUNDO FAORO¹²³ explica a construção da sociedade brasileira desde seu início. Apenas ressaltamos alguns pontos importantes para a compreensão deste trabalho. Desde o começo, o Brasil, primeiramente influenciado por Portugal, teve uma estrutura econômica baseada na ocupação de espaços políticos frutos de relacionamento próximos com os governantes, em um ciclo vicioso de autoridades públicas com rendas estatais e governantes intervenientes, sendo mais importante/lucrativo às empresas agradar ao governo do que aos consumidores. A fim de justificar essa estrutura, o Estado intervinha, e intervém, fortemente na economia, auxiliando empresas e pessoas e serem referência e próceres em seus mercados. Explica o pesquisador brasileiro¹²⁴:

A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio, nem o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. O bonapartismo meteórico, o pré-capitalismo que supõe certo tipo de capitalismo, não negam que, no cerne, a chama consome as árvores que se aproximam de seu ardor, carvão para uma fogueira própria, peculiar, resistente. O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa, impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzindo, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupados com novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternos, e como o bom príncipe, dispensário da justiça e da proteção. A lei, retórica e elegante não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva escolha entre opções que não formulou.

¹²³ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

¹²⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012, p. 837.

Quanto mais próximos os empresários fossem desse estamento político com controle estatal, maior a chance de que as licenças fossem adquiridas mais rapidamente, os empréstimos por meios de bancos públicos, facilitados, e outras benesses, na forma da lei. Assim, o Estado orienta alguns empresários, que entendem que mais importante do que terem consumidores satisfeitos é ter aliados no controle da máquina estatal. GUDIN¹²⁵, na década de 1950, denunciava uma minoria privilegiada se beneficiando de um regime de altos preços, baixa competição e baixa produtividade.

Temos um Estado paternalista e patrimonialista. A esse fenômeno no qual muitos dos líderes de mercado são líderes porque o governo os auxilia e eles auxiliam o governo, FAORO denominou capitalismo orientado. Nesse sentido, LAZZARINI¹²⁶ vê no Brasil um capitalismo de laços, onde há aspecto relacional de grupos familiares/empresariais no controle comum de diversas empresas, com uma relação íntima com o Estado, cenário no qual o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES tem tido um papel de aproximação do Estado com esses grupos de interesse, além de outras atividades próprias do banco.

Nos parece que a mitigação da concorrência e uma iniciativa nem tão livre nos colocam mais próximo de algo entre “socialismo para ricos”¹²⁷ e o corporativismo: nos termos de HAYEK¹²⁸, o corporativismo como hipótese na qual o conluio do Estado, de empresários e de trabalhadores organizados estipula algumas ações monopolistas dentro dos sistemas legais e de modo hostil a concorrência, deixando os consumidores a mercê dessa ação; socialismo de mercado, seguindo a escola austríaca¹²⁹, como sistema “que buscavam estabelecer no mundo real o modelo teórico de competição perfeita, em um ambiente no qual firmas estatais tomam decisões levando em conta preços artificiais, gerados seja por um sistema de equações, por um mecanismo centralizado de fixação de preços por tentativas e erros ou preços fixos por monopólios setoriais”. O Brasil mescla um mercado com setores politicamente estratégicos monopolizados ou ao menos oligopolizados e muitos outros alicerçados na livre iniciativa.

Mas muitos são os que defendem o papel do Estado ativamente indutor do

¹²⁵ GUDIN, Eugênio. Produtividade. *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 9-70, set. 1954, p. 22.

¹²⁶ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹²⁷ Expressão do Ministro BARROSO, “Vivemos um modelo de capitalismo que não gosta nem de risco nem de competição. Isso não é capitalismo, isso é socialismo para os ricos”. Matéria do Jornal El País em 24 de maio de 2016. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/23/politica/1464029905_693663.html.

¹²⁸ HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. Trad.: CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 61.

¹²⁹ BARBIERI, Fábio. *A economia do intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p. 87

desenvolvimento. LIST¹³⁰ é um dos nomes precursores da história em defesa do papel do Estado interventor como solução para o desenvolvimento, entendendo como fundamental que o estado assegure espaço para que a indústria nacional possa se desenvolver sem a oposição das empresas de outras nações, posto que a liberdade só interessaria às nações já desenvolvidas naquelas indústrias. Na visão de LIST, países com foco em agricultura deveriam estimular suas indústrias a fim de que com o tempo alcancem as tecnologias das indústrias estrangeiras, ainda que no início seus produtos sejam imperfeitos e caros, protegendo essa indústria nacional.

Essa escola gerou uma visão denominada desenvolvimentista. O professor PEDRO FONSECA¹³¹ traz a seguinte definição, “entende-se por desenvolvimentismo a política econômica formulada e/ou executada, de forma deliberada, por governos (nacionais ou subnacionais) para, através do crescimento da produção e da produtividade, sob a liderança do setor industrial, transformar a sociedade com vistas a alcançar fins desejáveis, destacadamente a superação de seus problemas econômicos e sociais, dentro dos marcos institucionais do sistema capitalista”. Com a experiência de quem foi ministro, BRESSER-PEREIRA¹³² defende uma visão brasileira de intervenção econômica estatal. Para ele, há uma competição entre Estados e que o “ocidente” busca persuadir as elites nacionais em busca de mercado consumidor por meio de um imperialismo *soft power* que deve ser combatido com um Estado investidor e que estimule por meio de crédito e políticas de câmbio a indústria nacional. Na linha desenvolvimentista, o ex-ministro propõe uma estrutura deliberada de formulação de regulações que afetem o mercado conforme o planejamento do Estado, protegendo sua economia com recursos públicos, com base no interesse nacional, que deverá ser “examinado pontualmente, caso a caso”¹³³. MERCADANTE, também ex-ministro e pesquisador, prócere do “novo desenvolvimentismo”, entende que a capacidade de inovação será fundamental para o futuro mas que a abertura das economias e atração de investimento externo não redundam em ganhos expressivos na geração de inovação¹³⁴, e que o governo Lula era muito promissor por que “redefiniu e ampliou o espaço de atuação do BNDES”¹³⁵, que passou a “atuar como

¹³⁰ LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad.: CURY, Antonio. São Paulo: Abril, 1983.

¹³¹ FONSECA, Pedro C. D.. Desenvolvimentismo: a Construção do Conceito. In: Calixtre, A. B.; Biancarelli, A. M. ; Cintra, M. A. C.. (Org.). *Presente e Futuro do Desenvolvimento Brasileiro*. 1 ed. Brasília, 2014, v. , p. 29-78, p. 60

¹³² COMIN, A. A. ; MATTOS, P. T. L. . *Remando contra a maré: novo desenvolvimentismo e interesse nacional - Entrevista com Luiz Carlos Bresser-Pereira*. Plural (USP), 2015.

¹³³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160.

¹³⁴ MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, p. 45.

¹³⁵ MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-*

vetor fundamental de indução e expansão dos investimentos em setores estratégicos”, destacando-se os “campeões nacionais”, e que, na sua visão, esse modelo de Estado desenvolvimentista gera expectativas muito promissoras para o Brasil e outros países latino-americanos¹³⁶. Vemos portanto na combinação entre proteção do mercado e financiamento público de grandes agentes econômicos uma forte estratégia de criar indústria com competitividade na economia globalizada.

Defensor do papel do Estado como redutor de desigualdade, COUTINHO¹³⁷ vê no direito a capacidade de arranjo institucional que redistribua recursos e seja um vocalizador de demandas de políticas públicas desenvolvimentistas. O Ministro EROS GRAU¹³⁸ pontua que cabe ao Estado, dentre outras atividades, assegurar a produção industrial dentro da economia global, bem como a capacidade de competir internacionalmente. CAMARGO¹³⁹ postula que há um plano racional que encontra sua mais perfeita tradução no texto constitucional. Na Ásia, CHANG¹⁴⁰ busca posicionar a Coreia do Sul como país que se beneficiou do intervencionismo estatal, chegando a ver com bons olhos que o Estado promova cartéis empresariais para o desenvolvimento nacional em um ambiente de competitividade global. Precisamos reconhecer que o modelo sul-coreano com forte viés de intervenção estatal é um modelo com vitórias no desenvolvimento econômico. Ainda, o modelo de desenvolvimento chinês, protagonista nesse século XXI, é um exemplo de agir estatal combinada com regulação pró-empresas nacionais que ensejou um novo modelo de fazer negócios com sucesso no que tange a competitividade da indústria em escala global.

A premissa do papel do Estado protagonista também é defendida em uma perspectiva de que o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos deveria se dar de modo diferente dos países desenvolvidos, posto que estariam atrasados tecnologicamente. Nessa perspectiva, aos países subdesenvolvidos/em desenvolvimento, o foco seria buscar por meio da competitividade alcançar os países desenvolvidos¹⁴¹ e não focar em inovação de setores de

2010). Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, p. 208.

¹³⁶ FURTADO, Celso. *Ensaio sobre a Venezuela: subdesenvolvimento com abundância de divisas*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

¹³⁷ COUTINHO, Diogo. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100-103.

¹³⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p. 20.

¹³⁹ CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 117.

¹⁴⁰ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004.

¹⁴¹ “O crescimento das economias subdesenvolvidas é, sobretudo, um processo de assimilação da técnica prevalecente na época”. FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. Esse texto foi relançado, tendo seu original sido publicado na década de 1960.

alta tecnologia, que seria mais adequado focar nas inovações incrementais¹⁴² ao contexto do país em desenvolvimento, a política de *catch up* e engenharia reversa¹⁴³.

Pelas críticas que trazemos, precisamos também reconhecer o papel que as políticas desenvolvimentistas tiveram na indústria instalada no país. O Brasil vivia um modelo econômico fortemente agrário até os anos 1920, e nas décadas seguintes, com a presença do Estado mais firmemente na economia, ao que sobressaltamos as ações do Presidente Getúlio Vargas e do Presidente Juscelino Kubitschek, houve um crescimento de algumas indústrias na economia do país, inclusive com moderação estatal no relacionamento com algumas empresas automotivas estrangeiras, bem como no setor da Siderurgia, fomentando empresas como a Usiminas¹⁴⁴. Também nesse diapasão, mais recentemente, programas como o Inovar Auto¹⁴⁵ incentivaram a manutenção da presença de agentes globais na área automotiva no Brasil, com absorção de tecnologia de meio de engenheiros nacionais, o que contribui para o desenvolvimento tecnológico brasileiro. Em um mundo corporativo onde a o saber fazer é mais impactante do que o saber, a absorção de tecnologia está corretamente estabelecida como um anseio social, constitucionalmente cristalizada no artigo 219.

BRESSER-PEREIRA¹⁴⁶, em uma busca por identificar um interesse nacional para além da visão de investimentos estrangeiros, analisa da seguinte forma:

Em síntese, a partir de um novo diagnóstico do Brasil, é preciso definir com clareza uma nova estratégia de desenvolvimento. Esse novo diagnóstico nos diz que o Brasil é um país capitalista industrializado maduro. Seu subdesenvolvimento decorre menos da deficiência de acumulação e de desenvolvimento tecnológico, e mais do fato de que essa acumulação e esse desenvolvimento estão ainda limitados ao setor moderno e minoritário da economia brasileira. Nesses termos, três estratégias que puderam ter sua explicação no passado — o protecionismo substituidor de importações, a concentração de renda para permitir a acumulação capitalista primitiva, e o investimento direto estatal — estão superadas. Em seu lugar deveremos ter uma política industrial voltada para as exportações e para a competitividade internacional, baseada no investimento privado, e apoiada em uma política de distribuição de renda voltada para a ampliação do consumo de massa e a absorção dos setores marginalizados da sociedade brasileira.

¹⁴² CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. São Paulo. 2015. (Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em direito econômico, financeiro e tributário), faculdade de direito, Universidade de São Paulo, p. 33.

¹⁴³ MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, p. 45.

¹⁴⁴ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 151.

¹⁴⁵ Decreto n.º 7.819/2012 e Lei 12.546/2011.

¹⁴⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160.

De todos os argumentos em favor das políticas desenvolvimentistas, ainda há de se apontar firmemente para a correção de um diagnóstico: a economia de mercado apresenta falhas. Precisamos reconhecer que o sistema de mercado é imperfeito, e ainda por cima, quando não há instrumentos coercitivos de redirecionamento da economia é possível que suas correções demorem um tempo diferente do anseio de alguns grupos populares; exemplo recorrente: em um momento de depressão econômica que requeira uma retomada de investimentos para geração de empregos, é possível que os detentores de capital suficiente para tais investimentos não o façam por seus motivos particulares¹⁴⁷, e que isso gere uma manutenção de um status de desemprego a maior do que o desejado pelos governantes e de muitos populares, de modo que a solução proposta por essa visão permite ao Estado buscar remédios mais firmes e atendendo aos anseios político-sociais daquela circunstância para resolver conflitos importantes da sociedade, como por exemplo a desigualdade de oportunidades. Nesse sentido, KEYNES¹⁴⁸, um dos grandes nomes dessa visão, expõe que “Não constitui uma dedução correta dos princípios da Economia que o autointeresse esclarecido sempre atua a favor do interesse público”. Ainda, o desenvolvimentismo keynesiano¹⁴⁹ seria uma solução que, embora não igualitarista como a visão socialista/comunista, contribuiria de modo importante para o problema das desigualdades sociais e de ausência de pleno emprego, que o livre mercado não conseguiria eficientemente resolver. No caso do Brasil, cumpre salientar, falamos de uma visão inspirada no ensinamentos de Keynes, posto que sua preocupação primeira não era com a temática do desenvolvimento dos países subdesenvolvidos, de modo que uma das principais traduções dessa visão para América Latina veio por uma perspectiva que convencionou chamar-se de Cepalina¹⁵⁰.

Adicione-se a isto, o fato de que não há na história nações de economias capitalista puramente livres, uma vez que a própria garantia de direito à propriedade privada seja alguma espécie de intervenção na economia por meio de ente estatal. A intervenção à KEYNES e seus discípulos seria um mecanismo de construção com olhar prático, enquanto a concepção liberal seria um mito equivocadamente baseado na crença da racionalidade econômica¹⁵¹, que

¹⁴⁷ FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

¹⁴⁸ KEYNES, J. M. *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1978, p. 120.

¹⁴⁹ KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

¹⁵⁰ FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

¹⁵¹ FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v.

precisaria desprezar os conflitos inerentes aos seres humanos para se manter enquanto ideologia utópica. A tradição brasileira de interpretação tem oscilações próprias da política, mas essa visão inspirada em Keynes foi hegemônica na segunda metade do século XX, e nestes primeiros anos do século XXI; o Brasil tem políticas e regulações econômicas majoritariamente influenciadas pelos desenvolvimentistas, protegendo alguns setores da economia, embora alguns, também relevantes, movimentos em outras direções.

Explicado alguns elementos da visão desenvolvimentista, avançamos para outras perspectivas. De outra banda, sobre esse tipo de estrutura social protecionista e com uma perspectiva mais radical, BASTIAT¹⁵² exclamava sua aflição:

A corrupção da lei! E de todos os poderes coletivos da nação com ela. A lei, digo, não apenas desvirtuada de seu propósito, mas posta a serviço de um propósito inteiramente contrário! A lei transformada em instrumento de todo o tipo de cobiça em vez de seu freio! A própria lei culpada dos males que deveria punir!

ACEMOGLU e ROBINSON¹⁵³ explicam que as nações têm sucesso quando têm instituições inclusivas, sendo estas as que suportam as liberdades sociais e econômicas para todos, e que as nações fracassam quando suas instituições são extrativistas, isto é, quando suas elites por meio de leis buscam intervir na economia e nas liberdades para a manutenção do seu *status quo*, independente das forças de livre mercado. Ainda, um dos pontos mais significativos da obra de ACEMOGLU e ROBINSON¹⁵⁴ é que a falta de desenvolvimento é fruto de uma força, deliberada ao mais das vezes, para que o país não seja inclusivo, não se desenvolva e não inove.

Nesse sentido, os efeitos do desenvolvimentismo são apontados por GIANNETTI DA FONSECA¹⁵⁵: as dificuldades econômicas brasileiras neste momento são resultado do intervencionismo microgerencial que deu crédito aos amigos do bloco de poder por esse motivo, desorganizando o sistema produtivo e de incentivos econômicos de mercado, sendo o Brasil uma das economias mais fechadas do mundo. Algumas grandes empresas brasileiras, expôs GIANNETTI DA FONSECA¹⁵⁶, conseguem ser ricas sem criar riqueza, apenas atendendo aos interesses do Estado, o que desarranja o sistema produtivo, atrasando o

19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

¹⁵² BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Trad: LEVY, Eduardo. Barueri: Faro Editorial, 2016, p.23.

¹⁵³ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

¹⁵⁴ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

¹⁵⁵ GIANNETTI DA FONSECA, Eduardo. *O futuro da democracia*. Fórum da Liberdade. Porto Alegre, 10 de abril de 2017.

¹⁵⁶ Idem. *O futuro da democracia*. Fórum da Liberdade. Porto Alegre, 10 de abril de 2017.

desenvolvimento do país. Interessante é a reflexão RAND que relaciona a liberdade de expressão, princípio constitucional brasileiro, com o direito de não financiar seus antagonistas¹⁵⁷.

O ex-presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO¹⁵⁸, um dos expoentes da visão Cepalina, explica que a “A amálgama entre partidos governantes e máquina pública dispõe de instrumentos de controle para cooptar tanto o setor empresarial com os trabalhadores e as massas despossuídas”. Isso tudo decorre porque o nosso sistema jurídico possui disposições que regram a economia outorgando ao Estado essa faculdade e porque nossa interpretação dos princípios, em especial quando entram em colisão, está orientada pela visão¹⁵⁹ de que o Estado deve intervir e que isso seria uma solução adequada e desejável, ainda que aos custos das liberdades e garantias individuais.

Isso é juridicamente possível por meio da nossa legislação e em especial pela interpretação que é dada. HART¹⁶⁰ provavelmente qualificaria muitas das normas constitucionais como de textura aberta, suscetíveis a interpretação. Muitas normas possuem caráter objetivo de regras, mas os princípios da ordem econômica são fundamentos da constituição econômica brasileira, tais como a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a busca do pleno emprego a redução das desigualdades regionais e sociais.

HUMBERTO ÁVILA¹⁶¹ explica que as “regras instituem o dever de adotar o *comportamento descritivamente prescrito*, e os princípios instituem o dever de adotar o *comportamento necessário* para realizar o estado das coisas. A Constituição brasileira possui regras econômicas intervencionistas e princípios que hoje são interpretados dentro da sistemática intervencionista, pensando de que forma o Estado deve protagonizar essas mudanças.

Ao adentrarmos nos exemplos da regramentos infraconstitucionais das normas econômicas encontramos universo legislativo abrangente, que enfrentam realidades legislativas por vezes influenciadas por circunstâncias e grupos de interesse fortemente estruturados. A Constituição brasileira em sua amplitude permite interpretações para amplo

¹⁵⁷ RAND, Ayn. *The virtue of selfishness*. Nova York: Penguin, 1961, p. 94

¹⁵⁸ CARDOSO, Fernando Henrique. *Pensadores que inventaram o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 261.

¹⁵⁹ FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

¹⁶⁰ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 73

espectro de viés de desenvolvimentos econômico via indução estatal, e permitindo aos agentes públicos que o façam, a história legislativa pátria tem apontado que o fazem. Ainda mais, posto que baseados em ilustres doutrinadores, como estamos a apontar. Nesse cenário, como bem explica FERREIRA FILHO¹⁶² “A politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gera leis irracionais”, embora reconheçamos a dificuldade de encontrar leis puras da politização.

O princípio universal de que não é dado ao cidadão defender-se declarando desconhecer a lei é irreal¹⁶³. É muito difícil para os empreendedores conhecerem a integralidade do sistema normativo pátrio, e essa complexidade legislativa tem gerado externalidades negativas, a nosso ver. Isso decorre dessa cumulação de interpretações possíveis dos princípios constitucionais, com a concepção de que cabe ao Estado agir em intervenção na economia como ente central e racionalizante da dinâmica do mercado. Não que a ficção jurídica de que se presume que todos conheçam todas as leis¹⁶⁴ seja um mal em si: é ela que, por exemplo, impõe que um analfabeto não possa alegar desconhecimento da lei penal e com isso querer se eximir das responsabilidades de um assassinato; mas, em mesmo sentido, a ficção jurídica de um enormidade de leis a serem respeitadas por ficção tem por objetivo evitar assassinatos e acaba, também, por mitigar o empreendedorismo formalizado.

Caso muito significativo, objeto de aprofundamento nesse texto, é o artigo 172 da Constituição que se escuda no “interesse nacional” para regulamentar o investimento estrangeiro. A definir qual seja este conceito, mais ou menos investimentos estrangeiros poderão se instalar por estas terras. A urgência de definições sobre esse tema é tratada no Relatório de Conjuntura n.º 2¹⁶⁵, “Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público”, de novembro de 2017, que aponta, entre outros pontos a importância, de uma nova visão que propõe a facilitação dos investimentos estrangeiros por meio da adoção de políticas de “transparência, não-discriminação e não-restrição por parte da Fazenda e do Banco Central”.

No sistema financeiro nacional, nos termos do artigo 192 da Constituição combinado

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

¹⁶³ Estudo aponta que desde a Constituição de 1988, mais de 5,4 milhões de normas tributárias foram editados e publicados. AMARAL, Gilberto Luiz; et al; Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos desde a Constituição Federal de 1988. Curitiba. 2016. Disponível <<http://s.conjur.com.br/dl/estudo-ibpt-edicao-criacao-leis.pdf>>

¹⁶⁴ Artigo 3º do Decreto-lei n.º 4657/1942.

¹⁶⁵ BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral da presidência. *Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público*. Novembro de 2017. Disponível em <http://www.secretariageral.gov.br/relatorio_conjuntura_2-final_x1a-revisado-sem-marcas-de-corte.pdf> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

com a legislação infraconstitucional¹⁶⁶, exige-se um decreto do Poder Executivo para a entrada do capital estrangeiro em instituição como bancos. Essa regulação explica a concentração bancária que possuímos no Brasil e causa problemas enormes a economia nacional no campo do crédito; nos termos do presidente do Banco Central ILAN GOLDFAJN¹⁶⁷, referindo-se ao sistema regulatório que exige intervenção estatal para liberar o ingresso de capital estrangeiro em instituições financeiras, presumindo proibidas até que o Poder Executivo autorize por meio de decreto: “Os beneficiários do sistema são um grupo pequeno, e quem paga a conta é um grupo bastante difuso”.

HUMBERTO ÁVILA¹⁶⁸ explica quanto aos princípios: “a justificativa da decisão de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos da conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido”. Nesse sentido, o princípio da defesa do consumidor hoje é interpretado na perspectiva de que o Estado atue por meio de um regramento incisivo em favor dos consumidores, com órgãos especializados na sua defesa, de tal forma que existe em diversos mercados apenas algumas grandes empresas atuando, sendo sistematicamente autuadas mas ainda com milhões de consumidores, porque o governo estrutura as concessões públicas e restringe a concorrência, como no caso da telefonia¹⁶⁹. Será que uma interpretação que observasse a defesa do consumidor em harmonia com a livre iniciativa, que é fundamento da nossa república junto com a dignidade humana, e com objetivo de construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, não encontraria como solução uma abertura da economia tal que permitisse a livre concorrência no mercado de telefonia de modo que as empresas que não respeitam os consumidores seriam limadas do mercado pela falta de consumidores? Dito de outra forma, será que os Procons que consomem recursos públicos para atender consumidores insatisfeitos e posteriormente autuar as empresas de telefonia móvel não consumiriam menos recursos públicos se os consumidores pudessem escolher ao invés de entre poucas empresas no setor,

¹⁶⁶ Em especial o artigo 18 da lei n.º 4.595/1964.

¹⁶⁷ JORNAL VALOR ECONÔMICO. Governo estuda simplificar entrada de banco estrangeiro, diz Ilan. 24 de março de 2017. Disponível em < <http://www.valor.com.br/financas/4913436/governo-estuda-simplificar-entrada-de-banco-estrangeiro-diz-ilan> >

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 75.

¹⁶⁹ As poucas empresas de telefonia, com milhões de consumidores e baixa concorrência são também aquelas que são as mais autuadas pelos órgãos de defesa do consumidor. Empresas de mercados muito concentrados como aviação, também despontam nesses rankings. Mercados com maior concorrência, como restaurantes por exemplo, não concentram tantas reclamações em poucas empresas, porque quando empresas em setores com maior concorrência desrespeitam os consumidores estes facilmente mudam de fornecedor. Nesse sentido, links sobre os rankings dos órgãos competentes: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>; <http://www.procon.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/procon-divulga-lista-das-empresas-mais-reclamadas-em-2016>; http://sistemas.procon.sp.gov.br/transparencia/empresas_autuadas/

entre dezenas ou até centenas de prestadores de serviços?

Na mesma linha, a doutrina de mínimo existencial desenvolvido com base nos direitos sociais busca assegurar que exista um conjunto¹⁷⁰ de condições materiais essenciais e elementares como pressuposto da dignidade da pessoa humana. Ninguém há de ser contrário a que as pessoas tenham acesso a esse mínimo existencial e qualquer alma solidária torce por isso (em que pese as dúvidas sobre o que de fato seja a materialização do proposto). Entretanto, a ideia de que cabe ao Estado aumentar sua intervenção econômica para impedir empresas estrangeiras de entrarem no Brasil, aumentar os tributos da população para coletar mais dinheiro e com isso fazer políticas de prestação de serviços, subsidiar empresas com recursos públicos para que enfrentem a concorrência internacional mantendo empregos obsoletos como a solução para garantir esse mínimo existencial é a opção política vigente mas é no máximo UMA das interpretações possíveis do papel do Estado na economia ante os princípios constitucionais estabelecidos. O direito à educação é fundamental e constitucional, mas a alocação de recursos públicos em acesso à educação por meio de programas como o Prouni¹⁷¹ ou pela aquisição de terrenos, construção de centros educacionais e a contratação de professores via concurso, uma decisão política. Apontamos o exemplo da eficiência do investimento na educação pois temos que a nova economia se baseia fortemente na capacidade dos talentos competirem globalmente e a qualificação destes é patrimônio fundamental da construção do futuro.

Existem regras constitucionais fortemente intervencionistas como explicamos, mas há também a interpretação dada a muitas outras que poderiam ter outras interpretações do mesmo texto, em especial quando os princípios colidem e exigem do interprete solução para o mundo fático. Observemos ainda que os instrumentos da intervenção econômica vão muito além da interpretação da Constituição. Citamos a lei que permitiu o ingresso adicional de bilhões de reais para bancos públicos intervirem na economia recentemente, mas isso vai até o âmbito infralegal. Como pode um Estado sustentar a livre iniciativa e a livre concorrência criando as políticas dos “campeões nacionais”¹⁷², alguns dos quais até parcialmente estrangeiros? Porque, se não para aumentar o poder dos governantes, precisa o Estado injetar bilhões de reais para definir um líder em um mercado como o de carnes¹⁷³ por exemplo? Tais disposições

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

¹⁷¹ Programa de bolsas de estudo do governo federal, http://siteprouni.mec.gov.br/tire_suas_duvidas.php#bolsas

¹⁷² CASTELLAR, Armando. Campeões nacionais. *Jornal Valor Econômico*. 01 de fevereiro de 2013.

¹⁷³ MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. JBS: vale a pena um campeão nacional? *Estadão*. 07 de novembro de 2010. Disponível em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,jbs-vale-a-pena-um-campeao-nacional-imp-,636021> >

ocorrem em âmbitos administrativos do executivo, com leis que permitem mas não exigem que assim seja, de modo que esse comportamento não é um imperativo da Constituição. O Brasil precisa encontrar formas de conciliar o fomento do desenvolvimento econômico com políticas impessoais que não onerem a população mais necessitada em favor de alguns grupos empresariais.

Ainda, SCHUMPETER¹⁷⁴, em apologia ao sistema capitalista, nos traz importante reflexão sobre qual caminho seguir para interpretar e construir regulações econômicas: “A Rainha Elizabeth sempre teve meias de seda. A façanha do capitalismo não consiste em fornecer mais meias de seda para rainhas, mas sim em disponibilizá-las para as mulheres trabalhadoras em troca de quantidade de esforços continuamente decrescentes”. Concordar ou não com essa visão otimista sobre a capacidade de um sistema alicerçado na livre iniciativa e na livre concorrência altera radicalmente o como interpretar o papel da regulação econômica na construção de uma sociedade, bem como na perfectibilização dos direitos humanos e garantias constitucionais, lembrando que o artigo 170 da Constituição brasileira determina que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a existência digna a todos.

Qualificamos a Constituição brasileira como instrumento jurídico que norteia toda a estrutura social do Brasil, que na ânsia de assegurar direitos aos cidadãos em oposição a um Estado ditatorial que intervinha em excesso constituiu alguns privilégios somente custeáveis por um Estado ainda mais robusto. Como HAYEK¹⁷⁵ explicou os riscos, a centralização do poder combinada com a limitação da capacidade humana de um pequeno grupo controlar adequadamente a vida de milhões, gerou adicionais problemas. Contudo, a estrutura social-histórica do Brasil combinada com essas leis tem conduzido a uma interpretação de que ao invés de reduzir o papel do Estado para que se concretize os objetivos constitucionais, cada vez mais seja ofertado ao Estado poder de intervir para organizar as mazelas que em parte é ele quem constrói.

O ministro EROS GRAU¹⁷⁶, um dos grandes pensadores brasileiros, afirma que “é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas”. Nos parece que algumas externalidades desse pensamento favorável ao Estado interventor tem gerado mais dificuldades do que soluções, em especial pela forma como governo se relaciona

¹⁷⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

¹⁷⁵ HAYEK, Friedrich A.. *Direito, legislação e liberdade: norma e ordem*. Trad. BORGES, Maria Luiza, São Paulo: Ed. Visão, 1985; e, HAYEK, Friedrich A. . *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José. São Paulo: Ed. Visão. 1983.

¹⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p.48

com os amigos do rei¹⁷⁷. É como se o país (quase)¹⁷⁸ conscientemente criasse os problemas por meio de lei para resolver por meio de outra lei, mantendo sempre em alta o papel do governante e a necessidade de relação próxima entre empresário-governo. HAYEK¹⁷⁹ explica que após o período de intervenção corporativista vem as propostas de soluções que as pioram, como o minucioso e completo controle do Estado desses monopólios que ele mesmo está instituindo e coordenando.

ARROW¹⁸⁰ explica que a trajetória das instituições está vinculada ao seu passado e que não é, apenas, o sucesso que faz com que os comportamentos se repitam, mas que o nível de investimento e sua irreversibilidade é determinante para que as pessoas sigam naquela trajetória. Que por termos investido tanto em algo, tentamos fazer com que aquele investimento alcance sucesso, mas nem sempre isso é possível. Por exemplo: se eu investi dez bilhões de reais em um tipo de ferrovia, é provável que eu tente fazer essa ferrovia funcionar, mesmo que isso não seja a melhor ideia; se eu investi 100 anos construindo uma visão política, é provável que eu invista mais alguns, mesmo que ela não esteja certa. Por vezes, se faz necessário abrir mão de anos de investimento para poder desenvolver um país, assim como se faz necessário abrir mão de alguns vieses arraigados.

HAYEK¹⁸¹ propõe como alternativa que a coerção estatal seja reduzida ao mínimo, de modo que na maioria das situações o indivíduo não seja coagido, e quando a coerção seja inevitável seus efeitos perversos sejam removidos, trazendo previsibilidade e limitação ao agir do Estado, que se distancia da vontade arbitrária e levando a legislação para regras gerais e impessoais; a Constituição brasileira inclusive exige a impessoalidade republicana dos agires estatais e inclusive temos percebido alguns avanços pertinentes nas últimas décadas nesse sentido. Temos um grande desafio de promover desenvolvimento econômico em uma

¹⁷⁷ “A casta dos amigos do rei é a mais promíscua que integram a política, pois, além de fazer pouco corrompem muito”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 164.

¹⁷⁸ RAYMUNDO FAORO afirma que são opções históricas, enquanto FLORESTAN FERNANDES tem maior precaução em afirmar que estes problemas sejam criados deliberadamente: “*O presente (estrutura estamental) e o futuro (capitalismo) estão contidos, na mesma escala, nas opções históricas, conscientes ou não, que ficam por trás da absorção de um padrão de civilização*”. FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. São Paulo, Zahar, 1981, p. 49.

¹⁷⁹ HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. Trad.: CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010, p. 62.

¹⁸⁰ ARROW, Kenneth. Increasing returns: historiographic issues and path dependence. *The European Journal of the History of Economic Thought*, v.7, n.2, p.171-180, 2000. ARROW, Kenneth . Path dependence and competitive equilibrium. In: GUINNANCE, T.; SUNDSTROM, W. A.; WHATLEY, W. C. (Eds.). *History matters: essays on economic growth, technology, and demographic change*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2004.

¹⁸¹ HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José. São Paulo: Ed. Visão. 1983.

democracia plural, com milhões de pessoas precisando suprir necessidades básicas e um sistema tributário já complexo e com taxas acima da média mundial, ainda mais se comparado a países em desenvolvimento¹⁸². Países que não são democráticos não precisam preocupar-se com a princípios jurídicos que norteiam a administração pública, mas o Brasil, felizmente, precisa ter essas considerações na sua política de desenvolvimento e conceituação jurídica.

Nos parece realista a crítica de que as soluções liberais não tem todas as soluções para as imperfeições do mercado¹⁸³, que as desigualdades de oportunidades geram conflitos que precisam ser resolvidas socialmente, e que a racionalidade do homem econômico¹⁸⁴ é mais limitada do que gostariam os modelos econômicos clássicos. Nesse sentido, as soluções jurídicas de regulação dessa nova economia deverão visitar esses temas. Entretanto, para mudar sua trajetória nesse contexto da nova economia porvir, o Brasil precisa mudar e passar a se defender das interpretações dadas pelos líderes políticos que buscam intervir na economia em favor de alguns específicos capitalistas e agentes políticos em detrimento de todos os demais cidadãos, das regras criadas por políticos que alimentam o capitalismo orientado criticado por FAORO, e do discurso constitucional que preconiza que o Estado deve restringir os direitos e as liberdades individuais para aumentar o acesso aos direitos e às liberdades individuais, exigindo sistematicamente o pedágio estatal. Há de se estabelecer quem defendemos quando definimos o interesse nacional: os nacionais ou as empresas controladas por alguns nacionais.

Precisamos definir se Schumpeter estava certo ao ver no sistema da livre iniciativa e da livre concorrência os instrumentos de melhora na vida das pessoas mais simples ou se devemos insistir na visão de que o Estado deve conduzir a iniciativa empresarial e mitigar a livre concorrência em defesa de algumas indústrias nacionais para que assim se alcance aos objetivos constitucionais. Nos parece que a interpretação jurídica do capitalismo orientado/desenvolvimentista vem preconizando que a solução seja uma indústria nacional robustecida, ainda que via tesouro público, para que ao final essa indústria seja competitiva e com isso promova um desenvolvimento que reduza as desigualdade sociais, enquanto outro caminho possível é interpretar com maior relevância o papel da livre iniciativa e da livre concorrência para que este processo consiga promover o que Schumpeter apontou como maior relevância

¹⁸²Relatório sobre competitividade global: http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf

¹⁸³ FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, n. 3 (40), p. 425-447, dez. 2010.

¹⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad.: LEITE, Cássio. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; THALER, R.H; SUSTEIN, C.R.. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.

do sistema capitalista: acesso dos bens e serviços ao povo, em um contínuo processo de esforços decrescentes. Ambos cenários encontram guarida na Constituição, e a decisão interpretativa deve ser realizada por meio de outro princípio constitucional que norteia a administração pública: o princípio da eficiência.

Vemos na combinação entre os avanços tecnológicos e econômicos com a Emenda Constitucional n.º 85/2015 o espaço para discutir sobre a atualização de algumas interpretações constitucionais, uma vez que existem estes novos deveres do Estado para com a tecnologia e o fomento de sua difusão, procurando entender qual o papel do Estado na conciliação entre a nova economia e a Constituição, visando sempre a melhoria da qualidade de vida dos nacionais e garantindo suas liberdades.

2.3 CONCEITOS SOBRE A NOVA ECONOMIA, DIREITO E INOVAÇÃO

2.3.1 A nova economia e consequências para o direito: inovação e tecnologia versus planejamento e intervenção

Desde a sua fase imperial o Brasil possui relações internacionais de negócios. A abertura de portos promovida por Dom João é um dos primeiros grandes movimentos nesse sentido, quando o Brasil se abriu para as importações inglesas e já na década de 1830 as primeiras empresas inglesas começaram a investir no Brasil e suas riquezas naturais¹⁸⁵. No início do século XX, com baixos tributos de importação e poucas leis que restringiam a possibilidade de investimentos estrangeiros¹⁸⁶, o Brasil, ainda que com um mercado consumidor bastante incipiente, importante e nociva desigualdade social vinda de um período recente de escravidão e em um ambiente pré-globalização como conhecemos hoje, conseguiu ter “experiências de transformação do capitalismo de laços”¹⁸⁷, com um florescimento do capitalismo, empresas ingressando na bolsa, investimentos em infraestrutura, emissão de debentures e títulos de dívida para incentivo ao investimento, em um período descrito por Aldo Musachio como uma “democracia financeira”. Em que pese essa visão otimista de LAZZARINI, não podemos deixar de pontuar que não era uma panaceia de todos os males e em outro contexto global.

No pós-Primeira Guerra, alguns esforços de investimentos internacionais começaram a se desenvolver, e a necessidade de produção interna em razão dos esforços de reconstrução decorrentes das guerras também contribuiu. Nos anos 1920 e 1930 já se fortalece o movimento que prega o controle interno do mercado, combatendo o capital estrangeiro em favor dos nacionais¹⁸⁸. Então presidente na década de 1930, GETÚLIO VARGAS¹⁸⁹ afirmou: “Julgo ainda aconselhável a nacionalização de certas indústrias e a socialização progressiva de outras, resultados possíveis de serem obtidos mediante rigoroso controle de serviços de utilidade pública e lenta penetração na gerência das empresas privadas, cujo desenvolvimento esteja na dependência de favores oficiais”. Nessa época, algum das mudanças como a criação de ações sem direito à voto ampliação dos bancos estatais como suprimento à redução de

¹⁸⁵ MATTIOLI, Maria Cristina. *Investimentos Estrangeiros no Brasil*. Bauru: EDUSC, 1999.

¹⁸⁶ Nesse sentido, ver o Decreto 1.455/1905.

¹⁸⁷ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 197.

¹⁸⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012, p. 576.

¹⁸⁹ Essa frase é extraída de FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012, p. 803.

capitais internacionais alteraram de forma importante a dinâmica do capitalismo brasileiro¹⁹⁰.

A partir da década de 1950 que o Brasil, com o Plano de Metas e a política de substituição de importação pela industrialização local, promovida pelo Presidente Juscelino Kubitschek, que o país viu uma aceleração significativa da industrialização. Multinacionais foram atraídas pelas riquezas naturais, mão de obra abundante, isenções fiscais e empréstimos internos subsidiados¹⁹¹.

Na década de 1970 o Brasil era um dos principais países em desenvolvimento na recepção de investimentos estrangeiros. Contudo, o viés nacionalista da época mantinha-se forte até aqueles mais adeptos de uma economia mais livre, àquele contexto, como o ministro MARIO HENRIQUE SIMONSEN¹⁹², que afirmou:

O problema central deve ser solucionado: o de equilibrar o poder da empresa nacional com o da estatal e da estrangeira. (...) Frequentemente, as subsidiárias das empresas multinacionais, se deixadas ao livre jogo das forças de mercado, tendem a transformar-se em simples indústrias de montagem, importando das matrizes a maior parte dos componentes e insumos. Ou não procuram aproveitar as possibilidades de exportação, devido a divisões artificiais de mercado, estabelecidas pelas matrizes

O Brasil já com mercado consumidor relevante, teve um crescimento significativo nos negócios internacionais na década de 1990, quando o Presidente Collor retirou algumas restrições, como no campo da informática, e o Presidente Fernando Henrique, continuou com algumas facilidades ao ingresso do capital estrangeiro, em especial as reformas constitucionais¹⁹³, o Programa Nacional de Desestatização e a estabilização da economia por meio do Plano Real¹⁹⁴. Em que pese tais rumo à uma economia mais globalizada, LAZZARINI¹⁹⁵ pontua que a formatação das privatizações não contemplou soluções para os problemas do capitalismo de laços, tendo apenas incluído multinacionais nesse contexto.

¹⁹⁰ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 198.

¹⁹¹ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V 49. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>.

¹⁹² Extraído de LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹⁹³ Nesse sentido, as Emendas Constitucionais de nº 5 a 9, realizadas em 1995, que permitiram acesso a alguns mercados por investidores estrangeiros.

¹⁹⁴ Na concepção do Plano Real o presidente Fernando Henrique ainda era Ministro da Fazenda do Presidente Itamar Franco.

¹⁹⁵ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 39.

EMILIO ODEBRECHT¹⁹⁶, um dos grandes empresários envolvidos nesses laços, foi um dos que se opôs a esse processo de abertura para o capital estrangeiro, afirmando: “Entendo a desnacionalização dos sistemas produtivos dos países em desenvolvimento mais como uma questão política do que como uma questão econômica. Sua principal consequência de curto prazo é a mudança dos centros decisórios para os pontos do planeta onde não estão em pauta nossos problemas específicos”. Embora a crítica tenha elementos relevantes, sabe-se que havia também interesses individuais de algumas empresas que orientam essa visão contrária a abertura concorrencial para investidores estrangeiros.

Pontuamos contudo que o processo de privatização das telecomunicações, por mais cabíveis que sejam as críticas, conseguiu contribuir de forma importante para a disseminação da internet no país, que é base fundamental da nova economia. Não seria necessário falar em regulação da nova economia no país não fosse a disseminação da internet.

Para MOROSINI e FERREIRA¹⁹⁷, estabilidade econômica é fundamental para atração do fluxo de investimentos estrangeiros; nós afirmamos que o Plano Real teve esse caráter junto aos agentes da ordem econômica mundial. Convém ressaltar porém que embora tenha sido realizado um esforço de atração desses investimentos, muitos setores continuaram com as restrições que vemos até hoje vigentes.

O Brasil sempre teve um histórico de atração de investimentos estrangeiros fortemente vinculado as suas riquezas naturais e uma industrialização¹⁹⁸ para atender o seu mercado consumidor interno, em forte parceria com os governos federais por meio de subsídios e incentivos fiscais para alguns grupos determinados politicamente. Aponta JAEGER JUNIOR¹⁹⁹, “Estado, pelo seu poder de distribuir subsídios públicos, representa um cerceamento sempre em potencial para a liberdade de concorrência”. Dessa forma, como vimos, o governo brasileiro intervém sistematicamente na economia, seja para atrair, seja para repelir investimentos estrangeiros, mantendo o *status quo* de interesse do governo. RABELLO DE CASTRO²⁰⁰ explica que “quando se compara a abertura comercial existente

¹⁹⁶ Extraído de texto de GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 208.

¹⁹⁷ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77.

¹⁹⁸ Phillip Schiemer, presidente da montadora alemã Mercedes-Benz no Brasil declarou que se o Brasil se abrir a políticas liberais no setor automotivo corre o risco de ver a indústria fechar no Brasil. Nesse sentido, ver: <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,se-mercado-for-aberto-industria-automotiva-fecha-diz-presidente-da-mercedes,70002100177>

¹⁹⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. Para uma quinta liberdade econômica fundamental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* (UFRGS), Porto Alegre, v. 2, p. 149-168, 2004, p. 162.

²⁰⁰ RABELLO DE CASTRO, Paulo. *O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p. 461.

no Brasil com a dos países que estão na vanguarda da inovação tecnológica fica nítido que o relativo protecionismo do mercado doméstico brasileiro funcionou, de certo modo, como um desestímulo à inovação”. Importa observar que o estudo de LAZZARINI²⁰¹ demonstra o quanto o capitalismo de laços brasileiro ainda é forte, sendo mecanismo que envolve grandes grupos econômicos nacionais, os governos, fundos de pensão e bancos públicos, cujo impacto na inserção global da economia brasileira tem enorme influência, inclusive por vezes condicionando o sucesso de investimentos estrangeiros no país a compreensão dessa estrutura institucional informal mas extremamente forte, que tenta manter o seu *status quo*. O *policy space* brasileiro está submetido formalmente à Constituição, mas tentar entender a regulação econômica brasileira sem observar esses fenômenos locais ofertaria respostas insuficientes.

Hoje vivemos a globalização enquanto processo dinâmico que acelera as conexões e aproxima as pessoas distantes geograficamente, o que é relativamente comum e claro, e que suas consequências sociais impõem e/ou exigem mudanças sociais, econômicas e jurídicas é fato conhecido e difundido, tendo aqueles que a defendem e aquele que se opõe, encontrando várias zonas cinzentas. Contudo, há de se aprofundar sobre os aspectos econômicos, sociais e jurídicos deles para que entendamos melhor as consequências jurídicas, e a desconexão entre o mundo jurídico e o fatos relacionados ao tema.

À primeira vista, o que doravante discorreremos nesse item poderá parecer mais ligado ao âmbito da economia, administração ou sociologia, bem como causar espanto sobre os potenciais tecnológicos que ora vigoram. Esse pensamento que visualiza com estranheza o aprofundamento do tema em especial no âmbito empresarial é o principal motivo dele ser parte da presente dissertação: enquanto o mundo empresarial discute sistematicamente as dificuldades e realidades impostas pela regulação, os doutrinadores e operadores do direito parecem escolher ignorar o mundo inovador que os cerca. Há uma problemática distância entre o pensamento jurídico e os ecossistemas de inovação; essa distância é manifestada em algumas reações públicas a alguns casos, como o foi o cancelamento do Whatsapp no Brasil por um juiz de primeiro grau sem um exame mais profundo da proporcionalidade da decisão que exigiu interferência do Supremo Tribunal Federal para readequação da decisão. Por certo, com as devidas e honrosas exceções, parte importante do mundo jurídico e o mundo dos fatos estão em tempos diferentes.

Começemos por estabelecer o que é inovação para o Manual de Oslo²⁰²:

²⁰¹ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁰² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Manual de*

Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.

As leis normalmente pensam em grandes empresas, num mundo industrial do século XX, e para estas que a regulação é estruturada. O direito tem se ocupado muito do *status quo* vigente, e no caso brasileiro, em manter esse sistema que conseqüentemente coloca o mundo jurídico em embate com a inovação; de um lado o Estado e seus aliados e de outro a sociedade e a inovação. CLAYTON CHRISTENSEN²⁰³ demonstra que raramente a inovação disruptiva vem do *status quo*. Normalmente ela ataca o *status quo*.

ISMAIL²⁰⁴ ressalta que todos os setores estão passando a se basear em informação e digitalização, que causam rupturas no mercado. Existe uma expectativa razoável de que em 2020 mais de cinco bilhões de pessoas esteja conectado via internet.²⁰⁵ A mudança tecnológica é tão rápida que você deve presumir que o mercado sofrerá uma disrupção²⁰⁶. A disrupção é a nova norma²⁰⁷. A era da dominação do mercado de forma tradicional por empresas-dinossauro está chegando ao fim²⁰⁸, suplantando por empresas mais ágeis e informais.

Nesse sentido, MOYEN²⁰⁹ explicou que 90% dos dados tecnológicos a serem minerados existentes no mundo foram criados nos últimos dois anos, sendo que 80% sequer estão estruturados de forma compreensível. Isto permite a criação de conceitos como *growth hacking*, isto é, organizações que percebem brechas de mercado para criar estratégias empresariais, por vezes na lei, ou novos ângulos sobre dados²¹⁰ que inovam em mercados

Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. 3º ed. Trad: Financiadora de estudos e projetos – FINEP, 1997, p.55. Disponível em <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²⁰³ CHRISTENSEN, Clayton. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 2000.

²⁰⁴ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 110.

²⁰⁵ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 58.

²⁰⁶ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 111.

²⁰⁷ CHRISTENSEN, Clayton. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 2000.

²⁰⁸ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 121.

²⁰⁹ MOYEN, Yves. *Transformação digital e o impacto nos negócios*. Ciclo 2030 Amcham Porto Alegre. Porto Alegre, 28 de março de 2017.

²¹⁰ “Até 2035, espera-se a utilização global de métodos de mecânica quântica para a codificação de informação e sua transferência. A criptografia quântica irá transformar os sistemas de transferência de informação mais

muito rapidamente, lidando em tempo real com o dinamismo do mercado.

Quando redes de hotéis Hyatt ou Hilton eram os principais agentes do mercado de hospedagem de turistas, a regulação deste setor tinha um design. Hoje na era do Airbnb, a regulação que outrora restringia com licenças ambientais, por exemplo, sequer afeta este que parece ser o novo modelo de líder de mercado de turismo. Para que tenhamos a dimensão, Brian Chesky²¹¹, um dos controladores da Airbnb é o autor da frase que explica as diferenças: “O Marriot anunciou que vai aumentar sua oferta em 30.000 quartos em um ano; esperamos (Airbnb) fazer isso em duas semanas”. Provavelmente 40% das empresas que hoje estão entre as 500 maiores do mundo não existirão daqui a uma década²¹², de modo que uma legislação que olha para trás e tenta manter uma orientação e um controle da economia como o Brasil faz está fadada ao fracasso. Temos para nós que a criatividade e a produtividade não resultam do voluntarismo de programas governamentais, mais de estruturas de mercado que incentivem adequadamente os indivíduos e empresas capacitadas em um âmbito concorrencial.

Airbnb, Facebook, Whatsapp, Uber são empresas que nascem pequenas e que tem seu desenvolvimento muito acelerado, em um modelo de negócios altamente atrativo para consumidores, misturando mercados com alta tecnologia e que permitem uma curva exponencial de crescimento. Essas empresas são classificadas por ISMAIL²¹³ como empresas exponenciais, que as explica como aquelas que “cujo impacto é desproporcionalmente grande comparado ao seus pares, devido ao uso de novas técnicas organizacionais que alavancam tecnologias aceleradas” e que utiliza equipes sob demanda por projetos/consumidores. Usualmente com propósitos que comunicam com propósitos de muitos indivíduos, o que chamamos de transformadores de massas, são empresas orientadas a criar uma comunidade (no sentido de grande grupo de pessoas enormemente entusiastas, classificação importante ao contexto das organizações exponenciais que adotamos nesse trabalho) ao seu redor e cultivá-la, que criam defensores que lutam pelo seu direito de adquirir bens ou serviços nos termos propostos pela empresa exponencial. A relação da sociedade com tais empresas é absolutamente diferente comparada com as empresas tradicionais, e por isso que quando uma empresa estrangeira não tinha sua licença de operação autorizada pouco se comentava e hoje

seguros. Outra surpresa inevitável será o uso do big data em diversas áreas do conhecimento, em especial como apoio ao processo decisório, por meio da interpretação dos resultados advindos de grande volume de dados e da possível realização de simulações ou mesmo gamificação. O barateamento dos dispositivos de armazenamento de dados em massa, em seus diversos formatos, será mantido nesse horizonte temporal”. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2017, p. 111.

²¹¹ Fonte dos dados, ver em www.airbnb.com

²¹² ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

²¹³ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

verdadeiros fã-clubes lutam pelo direito de contratar os serviços do Whatsapp²¹⁴. Quando o Estado restringe a operação desse tipo de empresa está restringindo as liberdades individuais dos consumidores e isso fica perceptível a comunidade que cerca a empresa, levantando as dúvidas de porque o Estado pode impedir o cidadão de contratar estes ou aqueles serviços.

A economia se consagrou como a gestão da escassez dos recursos ante os inesgotáveis desejos humanos. Para NUSDEO²¹⁵, os “recursos são sempre escassos em maior ou menor grau”. Vivemos hoje em um paradoxo onde essa é uma realidade ao mesmo tempo que as tecnologias e informações hoje geram abundância. Mexendo na utilidade do produto e incrementando o tecnologicamente, novas respostas econômicas transformam ativos subutilizados em novas formas de receita. Por exemplo, nem todos têm carros, mas temos mais carros do que precisamos. Em os carros se transformando em autônomos, um proprietário de carro poderá se transformar em um prestador de serviço de transporte. Uso, posse e propriedade vão ganhando novos contornos na economia; ter veículo passa a ser menos importante do que ter acesso a transporte, e isso movimenta a inovação; TELÉSFORO²¹⁶ chama essa estrutura como *sharing economy* ou economia do compartilhamento, explicando que esse “modelo disruptivo foi motivado por entusiastas da tecnologia e deu início a uma nova forma de consumo, que enfatiza o aluguel e o compartilhamento, em detrimento da posse e da propriedade”. A economia do compartilhamento é descentralizada e atua por meio da cooperação entre os agentes²¹⁷, com difusão de dados e com dados difusos a serem minerados.

Além disso, a logística; temos hoje fome no mundo e excesso de comida, porque produzimos mais do que precisamos mas não gerimos a logística adequadamente. As empresas do futuro serão as que conseguirem melhor gerir os ativos, transformando a escassez por meio da inovação para gerar abundância de recursos de forma eficiente. Uma economia com esse tipo de controvérsia real é o futuro.

Sabemos que nesse cenário, pequenas empresas com as informações corretas e boas execuções promovem verdadeiras disrupções no mercado e crescem aceleradamente,

²¹⁴ A paralisação do Whatsapp por um dia ensejou tamanha comoção social, que o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar e liberou a retomada dos serviços. ADPF 403, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em 19 de julho de 2016. O inteiro teor do julgamento está disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF403MC.pdf>>

²¹⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

²¹⁶ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 11.

²¹⁷ RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. New York: Palgrave/Macmillan, 2014.

deixando para o passado a visão²¹⁸ que vinculava inovação ao grande acúmulo de capital das grandes empresas, não porque as grandes não mais busquem a inovação, mas porque o leque de potencial inovadores escaláveis se amplia nessa nova economia. A inovação vem do pesquisador, do empreendedor, do indivíduo que persegue uma ideia e a tangibiliza. Nunca houve nas últimas décadas tantas oportunidades de disrupção no mercado global para pequenos grupos de empreendedores engajados e com soluções para problemas mundiais, em especial pela facilidade de acesso à tecnologia para ajudar a criar novas tecnologias.

Descortinamos um futuro global de abundância, onde os custos marginais de aumento de produção de serviços e bens seja próximo de zero em vários mercados, mas cuja logística e distribuição sejam peças-chave para solucionar os problemas sociais²¹⁹. Nesse cenário, informação é o principal valor, e tecnologias disruptivas serão fundamentais. Contudo, como o Brasil vai lidar com esse mundo que se aproxima é chave: tentará o Brasil evitar que elas cheguem ao país, que elas se adaptem? Tentará proteger a indústria nacional às custas do tesouro nacional? Ou permitirá uma vida melhor e mais barata aos seus cidadãos, influenciando para que a sociedade brasileira seja mais tecnológica e consiga ela mesma criar suas próprias empresas exponenciais para ganhar o mundo, ainda que com isso empresas tradicionais possam falir?

PÍSTONO²²⁰ afirma que os robôs estão “roubando” os empregos e que isso é um futuro desejável, permitindo ao homem se dedicar a um trabalho que desperte seu genuíno interesse e realização, com a geração da riqueza de forma abundante e liberando os indivíduos do trabalho operacional necessário para a produção do mínimo existencial de todos nós. Enquanto não chegamos no futuro de PÍSTONO, precisamos observar como o Brasil trata as empresas que vem para cá com essa visão de geração de riqueza e gestão da abundância, uma vez que são elementos cruciais para a nova economia, em especial para a indústria 4.0²²¹, novo estágio da economia que se avizinha e sobre o qual discorreremos posteriormente.

Os confrontos que se aproximam são claros: em breve teremos carros e caminhões autônomos, que prescindem de motoristas. Muitos brasileiros trabalham como motoristas. Quando estiver disponível a tecnologia, o Brasil vai demorar quanto tempo para legislar permitindo que empresas de transporte realizem os serviços sem motoristas nos carros em nome de empregos em breve obsoletos? Qual a perspectiva social que será aplicada ao

²¹⁸ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

²¹⁹ RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. New York: Palgrave/Macmillan, 2014.

²²⁰ PISTONO, F. *Robots will steal your job but that's ok: how to survive the economic collapse and be happy*. CreateSpace Independent Publishing, 2012.

²²¹ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016.

trabalho humano, valor constitucional: será que optaremos por empregos obsoletos continuados por imposição legal como soluções sociais ou o princípio da livre iniciativa e da defesa do consumidor ao menor preço pelo melhor serviço podem dar novas luzes a essa regulação, trabalhando com a expectativa de que os trabalhadores deverão se ajustar a essas novas realidades e oportunidades que exigirão requalificação profissional?

Por certo que hoje muito do investimento estrangeiro ainda é em setores tradicionais: mais de 2 bilhões de dólares em investimentos estrangeiros no Brasil recentemente²²² vem de um negócio no qual uma fabricante de cigarros, a Souza Cruz S.A., controlada por uma multinacional, a British America Tobacco Plc, também atuante no mercado tabagista, teve sua totalidade de ações adquiridas pela controladora. Negócios tradicionais em modelos tradicionais.

Mas a legislação há de coexistir e proporcionar uma boa convivência com esse novo mundo que se apresenta. Whatsapp, Netflix e Uber são exemplos notórios, como já afirmamos. No Brasil, o hiato regulatório no caso do Uber impôs a necessidade de manifestação do Judiciário, em especial confrontando legislações municipais e a Constituição brasileira. O juiz do estado do Rio de Janeiro, Bruno Bodart, no processo nº 0373699-21.2015.8.19.0001²²³, negou ao município carioca a capacidade de impedir a atividade do Uber (Uber do Brasil Tecnologia Ltda) com base no princípio constitucional da livre iniciativa. Mas essa decisão foi precedida de grande debate social, posto que os taxistas e alguns governantes estavam tentando impedir o empreendimento do Uber em defesa do *status quo* das licenças de táxis e do poder dos municípios de controlar quem pode ou não prestar serviços. O caso do Netflix que declarou que não repassaria, em um primeiro momento, os custos tributários para seus clientes foi considerado uma vitória da comunidade que cerca a empresa, o que vai pressionando o Estado, colocando a comunidade contra os líderes políticos que decidem. As empresas exponenciais possuem comunidades²²⁴ muito sólidas ao seu redor, e crescem em mercado ao arrepio dos legisladores. Essas comunidades, usualmente mentes jovens que acreditam em ideias de liberdade, não conseguem ver no Estado um ente adequado para escolher pelos indivíduos-consumidores se eles podem ou não contratar tal serviço. Pontuamos também que muitas dessas relações comunidades-empresas podem ser amor de

²²² UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2016*. < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_en.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²²³ Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-determina-autoridades-rio-nao.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²²⁴ Comunidades como o grupo de pessoas que experiência a vida hiperconectado as soluções que aquela *start-up* propõe, que são *stakeholders* da operação em um sentido mais profundo do que o consumidor pontual clássico que compra e vende sem o componente de pertencimento à marca, propósito da empresa ou algo do gênero.

verão e se esvaziarem rapidamente; a compreensão de que o Estado não é o ente competente (não me referindo exclusivamente à competência em perspectiva jurídica, mas especialmente quanto a capacidade de ser eficiente na atividade²²⁵) para decidir quais mercados devem ser restringidos parece ser mais perene de agora em diante.

Ainda, mercados absolutamente tradicionais e considerados historicamente parte da segurança nacional, como energia, tem sofrido transformações muito significativas. Estamos a passos largos para que nos Estados Unidos a tecnologia de energia solar²²⁶ alcance o mesmo preço das tecnologias tradicionais²²⁷, e isso chegará ao Brasil em breve também. Será (provavelmente) impossível impedir (dentro de uma perspectiva de democracia estável) que a sociedade use uma tecnologia mais limpa e mais barata de autogeração de energia solar, ainda que o mercado seja altamente regulado; apenas utilizando força policial expressiva e jogando na ilegalidade milhões de pessoas que isso poderá ocorrer. Mas então virá a pergunta, se não para defender o *status quo* desse modelo de capitalismo pátrio, porque fará sentido impedir essa transformação? Fará sentido todo o sistema regulatório ora vigente, ou será o caso de simplesmente dar liberdade para que o indivíduo decida se quer ou não fazer sua própria estação de energia? Quanto mais acesso a informação e a tecnologia temos, mais difícil fica explicar que o Estado possui o direito de intervir na economia com os próprios recursos dos cidadãos. Nesse sentido²²⁸, “Com pouca concorrência, ganha o empresário mas perde a sociedade, com produtos e serviços mais caros. Em vez de catalisador das aglomerações, o governo deveria agir como contrapeso: examinando em detalhe as suas implicações anticompetitivas e facilitando a entrada de novos empreendedores e grupos de firmas”.

Ao mesmo tempo, poucas das empresas exponenciais são brasileiras muito por causa da estrutura econômica brasileira que sufoca o empreendedorismo de *start-ups* cumulando com uma política econômica que facilita aos grandes empresários a sua manutenção da elite investindo apenas em grandes empresas vinculadas ao governo e no títulos do tesouro público, que pagam expressivos retornos em razão da instabilidade econômica mas também porque o Estado é muito caro e precisa de muitos recursos para operar. É conveniente no Brasil não arriscar muito economicamente e ainda assim ganhar bons retornos em razão do intervencionismo econômico, que garante fatias de mercados a algumas grandes empresas. O Brasil não tem um sistema regulatório que incentive o empreendedorismo focado em

²²⁵ Sobre críticas à competência do Estado em escolher pelas pessoas de modo centralizado, ver ARROW e HAYEK.

²²⁶ Nesse sentido, ver a empresa Tesla, liderada por Elon Musk, um estrangeiro nos Estados Unidos.

²²⁷ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

²²⁸ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 195.

inovação tecnológica de alto impacto. E apontamos que há efeitos entre o tamanho de financiamento do Estado e os juros que estes pagam com um ambiente propício a inovação: se as taxas de juros do tesouro público pagavam mais de 14% de juros fixos ao ano (uma realidade bem recente no Brasil - 2016²²⁹), é necessário que o potencial crescimento seja expressivamente maior do que a taxa para que algum investidor cogite arriscar tanto, o que é muito difícil de confiar, ainda mais tratando-se de base inovadora, e portanto arriscada.

O acesso ao crédito, uma das grandes dificuldades do empreendedorismo brasileiro, coexiste com a criação de “fintechs”, isto é, empresas que tem um modelo de negócio do ramo financeiro misturado com o digital. Pais ricos emprestam dinheiro para seus filhos²³⁰ sem maiores problemas, mas quem não tem recursos sobrando na família tem que buscar o mercado; será que realmente é em nome do interesse dos nacionais que o Brasil joga na ilegalidade a transação de financiamento entre uma microempresa com um aplicativo e recursos para financiamento e outra microempresa que precisa desse recurso barato, em um contexto no qual que as grandes instituições financeiras não estão dispostas a ofertar porque os juros (públicos ou de outras operações), que recebe são mais rentáveis ou menos arriscados?

MARIA DA CONCEIÇÃO TAVARES²³¹ afirma que o Brasil, ao logo do seu processo de industrialização, copiou tudo menos o essencial de uma estrutura capitalista moderna: formas de organização capitalistas capazes de assegurar um mínimo de capacidade autônoma de financiamento e inovação. A identificação do problema de falta de capitalismo e liberdade para inovação é, a nosso ver, clara.

Todas as empresas buscam os seus objetivos individuais. Além da busca por lucro, as empresas buscam alcançar os seus diferentes indicadores de sucesso, que mudam conforme o tempo e a estratégia da empresa; embora lucro seja um dos possíveis elementos, muitas vezes empresas estão em busca de mais usuários, rentabilidade, fatias de mercado, criar uma comunidade engajada ou tantos outros indicadores de sucesso²³². No caso das empresas exponenciais é altamente comum que ter lucro nos primeiros anos de operação não seja um

²²⁹ Sobre as taxas de juros, ver BANCO CENTRAL DO BRASIL. Disponível em :<<https://www.bcb.gov.br/Pec/Copom/Port/taxaSelic.asp>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²³⁰ Expressão utilizada no empreendedorismo de *start-ups* no mercado americano aponta que estas são financiadas em um primeiro momento pelos 3F – *Family, friends and fools* (família, amigos e “bobos”), em que pese o avanço recente do investimento-anjo, inclusive objeto de reforma legislativa no Brasil, vide Lei Complementar n.º 155/2016, que alterou a Lei Complementar n.º 123/2006, criando a figura jurídica do investido-anjo em micro e pequena empresa.

²³¹ TAVARES, Maria da Conceição. *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro: ensaios sobre a economia brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. pp. 209-263.

²³² Nesse sentido, ver ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Pulo: HSM Editora, 2015.

objetivo, mas criar uma comunidade²³³ que seja consumidora de seus produtos, sim. As empresas que liderarão o futuro procuram ambientes de liberdade para desenvolver suas atividades; empresas lentas com favorável *status quo* vigente se esforçam para manter seus mercados cativos sem necessidade de inovação, o que no mundo atual só é possível pela força coercitiva do Estado. Definir interesse do “empresariado” como algo uno é impreciso. Resolver caso a caso o interesse nacional, como propôs BRESSER-PEREIRA²³⁴, é inadequado a um mundo cada vez mais acelerado e demandante de transparência; quanto mais as tecnologias aceleram as relações e aproximam os distantes, mais se faz necessário instituições impessoais, que são fundamentais para o funcionamento da economia de mercado²³⁵. Um bom exemplo do dinamismo do mercado foram as empresas de compras coletivas, que em menos de uma década foram criadas, globalizadas, criaram mercados bilionários e acabaram antes de marcos regulatórios conseguissem agir.

Inclusive os legisladores conseguiram perceber a importância da inovação para o futuro do Brasil; sendo indícios importantes as alterações recentes no artigo 219 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 85/2015. A legislação já conseguiu compreender a importância da absorção e criação de tecnologias, ainda que naquele modelo paradoxal brasileiro: quer inovação mas não abre mão da intervenção que direciona a economia, por vezes com mais força do que as demandas dos consumidores, relação esta que quando sadia (consumidor-fornecedor) ajuda na criação de inovações realmente úteis. Pontuamos, porém, que a partir dessa mudança constitucional a promoção da inovação é importante elemento a ser parte da equação na ponderação do agir da administração pública, junto com outros elementos constitucionais. Nesse diapasão, a criação de marcos de fomentos da inovação somente deverá ser estabelecida em um contexto de impessoalidade, de não-discriminação, de eficiência, e, assim postulamos, que consiga trazer ao mercado soluções para os problemas decorrentes dos incentivos para a manutenção do *status quo* do capitalismo de laços.

Desse modo, concluímos afirmando que as empresas exponenciais são chaves para o futuro da economia global e que o desconhecimento desse universo tem criado hiatos regulatórios de representatividade. As regras do jogo²³⁶ precisam ser adequadamente estruturadas e transparentes. A administração pública não poderá resolver “caso a caso” o

²³³ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015

²³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160.

²³⁵ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. São Paulo, 2015 (Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em direito econômico, financeiro e tributário), faculdade de direito, Universidade de São Paulo, p. 88.

²³⁶ WILLIAMSOM, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1966.

fomento econômico e quanto mais tentar intervir pontualmente, mais será instado ao Poder Judiciário resolver as lides, ou ainda, estará sob judice em órgãos internacionais²³⁷; regulações que desprezem essas novas realidades serão (novamente) atacadas politicamente pelos cidadãos, que conseguem facilmente consumir o que o Estado não quer que seja consumido, como sempre fizeram, agora apoiados aceleradamente pela tecnologia. A não compreensão dessa nova economia tem como consequência a quebra da confiança nas instituições, fenômeno jurídico preocupante e que tem campo fértil no Brasil atual. Impessoalidade, eficiência e transparência no trato do público são noções caras a nova economia. As tecnologias estão transformando as regulações intervencionistas em obsoletas e estão exigindo novas interpretações para os fenômenos sociais.

²³⁷ O Brasil está enfrentando acusações decorrentes de ações protecionistas, promovidas por legislações federais e atos públicos da União, na Organização Mundial do Comércio, vide caso DS472.

2.3.2 Conflitos entre a globalização, a inovação tecnológica e a interpretação histórica da legislação brasileira

A inovação tecnológica em um contexto de globalização evoca debates com a tradição jurídica brasileira. Apontamos alguns elementos: efeitos da proteção da livre iniciativa na redução das desigualdades sociais, resistências a novos modelos de negócios, modelo de financiamento do Estado como mecanismo que mitiga a atratividade da inovação, protecionismo econômico juridicamente fortalecido como mitigador da capacidade de escala. Sobre as leis, existe aquilo que se vê mas também aquilo que não se vê²³⁸. Incentivos econômicos pela via jurídica são peças-chave na compreensão da estrutura social de um país, com importantes consequências sociais. A Constituição Brasileira pode ser interpretada com diferentes perspectivas, e os resultados provenientes dessa visão imputarão diferentes resultados sociais.

A ordem econômica constitucional tem como objetivo assegurar a existência digna, ensejando o princípio da dignidade humana acima de todos. Originado na perspectiva kantiana do imperativo categórico, BARROSO²³⁹ interpreta esse princípio como “nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, igualdade e justiça”, protegendo o mínimo existencial, que seria a locução que dispõe sobre o “conjunto de bens e utilidades básicas para subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”, sendo um “espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”.

Como se alcançam esses objetivos irradia consequências interpretativas. A dignificação do homem pelo trabalho é um dos conceitos mais fortemente atribuídos a um dos grandes nomes da história norte-americana, Benjamin Franklin (1706-1790). A valorização do trabalho humano significa que a atividade laborativa é necessária para o indivíduo e para a sociedade, e conforme FIGUEIREDO²⁴⁰ o Poder Público deve garantir que o homem possa sobreviver dignamente, tão somente, com o produto da remuneração do seu labor.

No mesmo artigo constitucional, há a busca pelo pleno emprego. Para FIGUEIREDO seria o dever da sociedade de buscar que a “população economicamente ativa esteja exercendo atividades geradoras de renda”²⁴¹, enquanto para CAMARGO pleno emprego não diz respeito “apenas à eliminação do desemprego, mas também ao emprego ótimo de todos os

²³⁸ BASTIAT, Frédéric. *Frédéric Bastiat*. Trad: LEGEY, Ronald. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.252-253.

²⁴⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

²⁴¹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 82.

fatores de produção, de tal sorte que não haja desperdício”²⁴². Há interessante debate a ser construído no futuro sobre tributação de robôs, elementos significativos dessa nova economia, e renda mínima²⁴³; opositores dessa visão entendem como um empecilho à inovação.

Entretanto, quando alguma tecnologia parece ser uma otimizadora de recursos de tal sorte que prescinde da mão de obra massiva que previamente precisava, as autoridades políticas intervencionistas tentam interpretar esses princípios e objetivos constitucionais como mecanismo para permitir restringir a atividade econômica. Mais ainda quando a tecnologia é disruptiva no seu mercado e afeta frontalmente o interesse de setores que são mais regulados, e por vezes protegidos, pelo governo. A nova economia somente florescerá no Brasil se a interpretação do princípio do pleno emprego for combinada com o fomento da inovação, e abrir mão de interpretações históricas que permitem a intervenção econômica na livre iniciativa e na livre concorrência para sustentar empregos que os empregadores não estão interessados em manter. Há muito, desde os cartistas na Europa, os sindicalistas estão em luta contra as tecnologias que transformam em obsoletos antigos empregos em favor de uma tecnologia. Existem processos nos quais há um enriquecimento social pela inovação tecnológica e capacidade de produção mas que exigem de algumas pessoas mudanças significativas em suas vidas. Até onde a colisão entre pleno emprego, livre concorrência, ações indicativas para a economia e financiamento público se limitam estão dentro de um arcabouço jurídico de interpretações. Pode o governo subsidiar as grandes empresas para que estas enfrentem a concorrência internacional com robustos investimentos na inovação, ou isto enfrenta limites interpretativos de outros dispositivos constitucionais?

As instituições jurídicas brasileira possuem enorme relevância na implantação de novos modelos de negócios. Se os juízes²⁴⁴ e procuradores²⁴⁵ trabalhistas interpretarem como vínculo trabalhista a relação estabelecida entre motoristas e o Uber, e demais aplicativos de transporte privado, haverá impacto que possivelmente inviabiliza alguns desses empreendimentos. O ministro BARROSO referiu em uma conferência que o Brasil seria um país com mais de 98% das ações trabalhistas do mundo²⁴⁶; provavelmente esse número seja

²⁴² CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014, p. 128.

²⁴³ Sobre o tema, ainda embrionário, ver <https://qz.com/911968/bill-gates-the-robot-that-takes-your-job-should-pay-taxes/> e <https://www.economist.com/news/finance-and-economics/21717374-bill-gates-proposal-revealing-about-challenge-automation-poses-why-taxing>

²⁴⁴ ²⁴⁴ Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, 33ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

²⁴⁵ Nesse sentido, a notícia sobre o grupo de trabalho Uber e a decisão de ajuizar ações coletivas; ver em <http://exame.abril.com.br/negocios/mpt-quer-aco-es-coletivas-contra-uber-e-similares/>

²⁴⁶ Dados apontados pelo Ministro Barroso, Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1883838-brasileiros-expoem-em-numericos-na-inglaterra-os-vicios-do-brasil.shtml>>.

uma hipérbole própria do discurso oral, mas a formatação da regulação trabalhista nacional gera ineficiências, com desvantagens competitivas para o país e empobrecendo a nossa sociedade, que parcialmente são objetos da recente reforma trabalhista aprovada em 2017 no Congresso Nacional. A legislação trabalhista da forma como é interpretada por alguns juízes brasileiros²⁴⁷ é um dos pilares institucionais de combate à nova economia e resistência à globalização econômica, e isto tem criando um ambiente de insegurança jurídica sobre recentes mudanças legislativas que afeta a decisão de investir.

Conforme aponta APPLEBY²⁴⁸, não pode existir capitalismo, distinguindo-se de algumas práticas capitalistas pontuais, sem uma cultura de capitalismo. E aqui identificamos já pontos muito importantes sobre a interpretação da legislação no Brasil e suas consequências.

Novos modelos de negócios que causam apreensão em setores conservadores não são exclusividade das empresas estrangeiras. Empresas brasileiras também sofrem restrições do modelos regulatórios e do modelo de Estado que são desestimulantes à inovação²⁴⁹. Entendemos que há verdadeiro embate entre um novo modelo social de liberdade e desenvolvimento liderado por empreendedores²⁵⁰ de todo o mundo e algumas elites políticas obstinadas na sua interpretação das leis e em manter os poderes que possuem. Por vezes, esses mundos se intercomunicam, por outras vezes se chocam e até há vezes em que se aliam por questões circunstanciais, observado os interesses políticos dos governantes e empresários. Há um importante conflito entre estas diferentes visões.

. A destruição criativa²⁵¹ decorrente das forças da inovação no mercado tem sofrido ataques importantes do governo por meio da regulação e da interpretação que é dada às normas. Imaginemos que esses apologistas do não-avanço tecnológico tivessem vencido a batalha cartista do século XVIII: não teríamos sequer uma produção de alimentos na quantidade que temos hoje, tal qual previu Malthus; hoje, a produção de alimentos possui

²⁴⁷ A Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas se posicionou contrariamente à uma série de mudanças recentes na legislação trabalhista, ameaçando não aplicar tais normais por um entendimento de inconstitucionalidade destas. Nesse sentido, <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/juizes-resistem-a-reforma-trabalhista-e-nova-lei-pode-trazer-incertezas,70002035751>. Ainda há decisões judiciais que são expressamente contrárias a “uberização da economia”, em uma perspectiva contrária a esses novos modelos de negócios. Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, 33ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

²⁴⁸ APPLEBY, Joyce. *The relentless revolution: a history of capitalism*. Nova York: WW Norton & Company, 2011, p. 119.

²⁴⁹ RABELLO DE CASTRO, Paulo. *O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014, p.461.

²⁵⁰ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

²⁵¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1911; e, SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

tanta tecnologia embarcada que nosso problema social é essencialmente logístico, posto que há desperdício de comida e não falta de produção. Além disso, faltasse comida hoje não teríamos a capacidade tecnológica de colocar no ar aviões tampouco faria sentido produzir softwares que gerenciasses cadeias produtivas transcontinentais de comida. Passa despercebida aos olhos emaranhados pelo cotidiano o papel crucial que a revolução tecnológica da produção agrícola teve no envio de satélites ao espaço; a liberdade necessária à inovação tecnológica gera riqueza de modo pouco linear mas evidente. Há um espaço de interpretação na conexão destes elementos da vida econômica, tanto na perspectiva social quanto individual.

Se SCHUMPETER²⁵² está certo quanto ao mérito do sistema capitalista de distribuir os bens aos mais pobres cada vez exigindo menos esforços para tanto, a sociedade brasileira precisará abrir cada vez mais a sua economia para a inovação tecnológica para que possa realizar materialmente os objetivos constitucionais e os direitos sociais. E isso também se faz por meio de uma nova interpretação dos princípios constitucionais e do que seja disciplinar a economia. Até para conseguir evitar o abuso de poder econômico se faz necessário outra lógica jurídica: enquanto a legislação antitruste brasileira²⁵³ se organiza pensando em quantidades de produtos e faturamentos milionários, as organizações exponenciais estão voltadas para mineração de dados eletrônicos e compras bilionárias de empresas que sequer faturam um real²⁵⁴. Nesse mundo, o “aperto de mão, formalidade antes notada, cede lugar para o clique de uma tecla do computador”²⁵⁵ e então as instituições transparentes são ainda mais necessária como geradoras de confiança entre as partes que jamais se viram antes²⁵⁶ para que contratando, gerem riqueza²⁵⁷.

Vemos como um acerto a proteção constitucional do fomento à inovação, pois esta permite que a classe média baixa hoje tenha uma vida muito mais digna, em alguns aspectos materiais, que a vida de nobres de poucos séculos atrás (nos referimos, por exemplo, a

²⁵² SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

²⁵³ Artigo 88 da Lei 12.529/2011 falam em faturamentos milionários como alertas de interesse das autoridades antitruste, focando o pensamento econômico para uma economia industrial.

²⁵⁴ O Facebook pagou bilhões de dólares na aquisição do Whatsapp que era um aplicativo sem faturamento expressivo mas com muitos dados mineráveis. Nesse sentido, THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. 06 de maio de 2017. Disponível em <<http://www.economist.com/news/leaders/21721656-data-economy-demands-new-approach-antitrust-rules-worlds-most-valuable-resource>>

²⁵⁵ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216-239, p. 228.

²⁵⁶ NORTH, Douglass. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

²⁵⁷ “contratos geram riqueza na sociedade, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam” TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185.

saneamento básico, acesso a livros, a remédios, e a alimentos). Nesse sentido, pontuamos que a intervenção econômica do Estado na economia há de ser ponderada no sentido de promoção da livre concorrência, e não de mitigá-la; perfilamos assim ao entendimento da relevância da livre concorrência²⁵⁸ na construção de uma interpretação constitucional que concilia a nova economia com a Constituição, posto que esta também contribui para o dever do Estado positivado pela Emenda de 2015.

Parece que parcela importante da interpretação jurídica brasileira sobre os direitos sociais que outorga a todos, como moradia, saúde e transporte nos termos do artigo 6º da Constituição distancia o tema da livre iniciativa²⁵⁹ que se organiza para ofertar ao mercado soluções nesse sentido, priorizando o papel do Estado como ente de arbitragem e indução no processo. A visão hegemônica da política do Brasil tenta dar a entender que a solução para a perfectibilização dos direitos fundamentais passe sempre por um Estado mais influente, e para tal com grande monte de recursos; nesse sentido, a Receita Federal Brasileira²⁶⁰ aponta que a carga tributária brasileira ultrapassa 32% (trinta e dois por cento) dos mais de cinco trilhões de reais do produto interno bruto.

Não se propõe aqui estabelecer que a história da interpretação da regulação econômica brasileira seja em detrimento das “empresas”, em especial se incluirmos aqui as escolhidas pelo governo, campeãs nacionais ou quaisquer que seja o termo da vez, mas sim que a interpretação da regulação econômica, ignorando os efeitos indiretos²⁶¹, não viu na proteção sistemática dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência das amarras do Estado mecanismos que seria mais relevantes para criar incentivos a uma sociedade empreendedora e aberta a inovação do que o protagonismo do planejamento coordenador do Estado, que direciona por meio de políticas públicas e do uso do tesouro público o desenvolvimento

²⁵⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. Para uma quinta liberdade econômica fundamental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* (UFRGS), Porto Alegre, v. 2, p. 149-168, 2004.

²⁵⁹ RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. Nova York: Palgrave/Macmillan, 2014.

²⁶⁰ RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga tributária do Brasil em 2015: análise por tributos e bases de incidência. Brasília, setembro de 2016. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²⁶¹ Exemplo claro nesse sentido é que enquanto Brasil custeava sua máquina pública com pesada carga tributária e para isso emite dívida que concomitantemente controlava inflação, mantendo alta taxa de juros da taxa SELIC, estava garantindo com baixo risco alto retorno de capital para rentistas o que subsequentemente desidrata o mercado de investimentos de risco em start-ups com alto potencial de inovação tecnológico mas alto risco, também (Nesse sentido, ver <https://conteudo.startse.com.br/mercado/felipe/a-selic-caiu-e-isso-pode-impactar-e-muito-as-startups-entenda/>) A redução de acesso ao crédito aos pequenos empreendedores com alto potencial de inovação gera uma baixa competitividade global das empresas nacionais, criando espaço político para que o governo tente novamente intervir, criando políticas como as do campeões nacionais, que criam castas de privilegiados no uso do dinheiro público. (Nesse sentido, <http://exame.abril.com.br/revista-exame/um-modelo-que-fracassou/>)

econômico. Esse estudo ainda apontou a preocupação com o declínio do setor industrial, decorrente de uma baixa produtividade industrial, em termos comparativos. Ainda, diz a OECD²⁶²

Um desafio-chave para melhorar os incentivos do setor industrial é fortalecer a concorrência. A concorrência é o que cria incentivos para adotar tecnologias de produção mais eficientes, para alcançar as melhores práticas globais, para a introdução de novos produtos inovadores e para um melhor direcionamento dos produtos existentes às necessidades dos consumidores. As políticas de inovação do Brasil não são muito diferentes das que são usadas em outros países. Na verdade, o apoio público à inovação empresarial aumentou de forma consistente ao longo dos anos, através de medidas de apoio direto e créditos fiscais à P&D. Mas o que realmente leva as empresas a inovar não é a disponibilidade de apoio público, mas as pressões competitivas que elas enfrentam em seus mercados

Em um país no qual o Estado assegura lucro para empresas, via subsídio para algumas destas, sem que elas sejam obrigadas a criar riqueza nem inovação, a frase de Roberto Campos se demonstra cada dia mais necessária: “O respeito ao criador de riqueza é o começo da solução da pobreza”. O capitalismo orientado ou de laços ainda tem maior influência na interpretação jurídica e construção das regulações, inclusive das *policy spaces*, tanto que a compreensão sobre o sistema societário complexo brasileiro tem sido assaz importante no sucesso de investimentos estrangeiros²⁶³.

Propomos uma interpretação jurídica dos elementos constitucionais da ordem econômica que não receie a inovação tecnológica dos novos mercados, mas que a abrace e a permita, confiando mais nos indivíduos. Precisamos que a valorização do trabalho humano não imponha a redução da inovação para garantir postos de trabalhos que por vezes são tão operacionais que causam doenças em alguns trabalhadores. Um homem que é capaz de plantar, colher e vender manualmente dez tomates é pior remunerado pela sociedade do que um homem que cria para a mesma terra um sistema de produção que planta, colhe e vende cem tomates porque o segundo gera mais valor para a sociedade, independentemente da quantidade de horas que cada um investiu nessa atividade. Essa é a valorização do trabalho humano que deve ser perseguida. E se para produzir cem tomates com maior capacidade tecnológica, nove plantadores de tomates não são mais necessários para a mesma produção, a sociedade, sem perder em produção, por outra perspectiva de mundo, ganha nove seres

²⁶² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²⁶³ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

humanos aptos a exercer maior criatividade e quem sabe contribuir para criar indústrias absolutamente novas, como foi a automobilística, a aviação, a aeroespacial ou a de telecomunicação. A fé nos homens e na liberdade é a mola propulsora da sociedade inovadora da nova economia.

Vejamos o impacto da inovação na economia, na importância da defesa da livre iniciativa e de interpretar pleno emprego com esse novo contexto tecnológico. Um desempregado que fica em casa enquanto busca emprego pode, por meio de um aplicativo que une interessados, na velocidade de cliques, se transformar em um empreendedor que gera riqueza por meio de cuidar, ao preço de diárias e conforme conveniência dos contratantes, de cachorros que precisam de companhias para aquele momento, por exemplo²⁶⁴. Geração de riqueza pela alocação de recursos com menor desperdício são base dessa nova economia; estudos²⁶⁵ apontam que o Airbnb, por exemplo, incrementou dois bilhões e seiscentos milhões de reais na economia brasileira. Hoje, tecnologias permitem a construção desse mercado.

BARROSO²⁶⁶ afirma que o “direito não é um fim em si mesmo” e que o exemplo de norma constitucional que melhor dispõe para uma interpretação teleológica, argumento bastante utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, é o artigo 3º da Constituição, no qual se estabelece como objetivos fundamentais uma sociedade mais livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e reduza desigualdades, e promova o bem sem discriminação. A OECD²⁶⁷ aponta que educação é a chave para uma melhor distribuição de renda a longo prazo, ao mesmo tempo em que talentos qualificados são chave para o desenvolvimento econômico em um ambiente de inovação: em uma perspectiva de limites orçamentários e escolhas trágicas²⁶⁸, nos parece que uma interpretação que reduza o subsídio econômico para as grandes empresas e utilize na educação de base está mais alinhada aos objetivos constitucionais estabelecidos.

Ainda nessa perspectiva teleológica, quando o artigo 174 constitucionalmente determina o papel de incentivo e planejamento do Estado como determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, em nada obriga ao Estado que o faça como o faz

²⁶⁴ Nesse sentido, www.doghero.com.br

²⁶⁵ Sobre o assunto, <http://www.valor.com.br/empresas/5151790/airbnb-acrescentou-r-25-bilhoes-ao-pib-brasileiro-em-2016-diz-fipe>

²⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.296

²⁶⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²⁶⁸ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978.

hoje. O setor público pode ser determinado a ser mais eficiente, entendendo que para cumprir a não-discriminação proibirá a outorga de privilégios para qualquer setor da economia²⁶⁹, por exemplo. Pode indicar para o setor privado que sobre este a atuação do Estado será a de garantir estabilidade jurídica e econômica. Poderá inclusive, nos termos do artigo 173 declarar a inconstitucionalidade²⁷⁰ de alguns empreendimentos empresariais públicos. Lembremos que os subsídios aos privilegiados decorrem dos tributos, e estes mais oneram os mais pobres²⁷¹, em uma perspectiva ora vigente de interesse nacional.

Lembremos sempre que quando os governantes feudais controlavam as terras e a produção agrícola e pecuária faltava comida aos servos, mas não aos nobres²⁷². O “capitalismo orientado”²⁷³ que tivemos até agora nos entrava porque ele é em verdade muito orientado, e uma orientação não em prol da sociedade, mas em favor de alguns grupos sociais circunstancialmente empoderados pela força estatal.

A emblemática frase de EROS GRAU²⁷⁴ sobre a defesa do capitalismo contra os capitalistas possui necessidade de atualização por meio da revisitação da teleologia de alguns pontos emblemáticos: a inspiração no *Sherman Act*²⁷⁵ é melhor compreendida se observamos o intuito original de que capitalistas não possam impedir a concorrência e que há um dever de proteção aos consumidores. HAYEK avisava, sobre a diferença de capitalismo para corporativismo, sendo este último somente possível com um Estado forte e interventor, no qual o capitalismo de laços²⁷⁶ brasileiro influencia negativamente de modo constante. Mais urgente é que Estado entre na defesa do mercado contra os abusos de poder e contra os agentes de captura regulatória²⁷⁷, que usufruem do Estado para não sofrer as consequências do

²⁶⁹ A opção tem sido por aumentar os que estão dentro dos grupos privilegiados pelo protecionismo estatal, como por exemplo o Decreto 8.967/2017, ao contrário de reduzir os privilegiados.

²⁷⁰ COMPARATO, Fabio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 403-428, p. 418.

²⁷¹ Estudo do IPEA afirma que o sistema tributário brasileiro onera mais os mais pobres. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Receita pública: quem paga e como se gasta no Brasil. 30 de junho de 2009. Disponível em < http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/231054/comunicado_da_presidencia_n22.pdf?sequence=2>

²⁷² Sobre a importância de ser dono da terra ver COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

²⁷³ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

²⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p.48

²⁷⁵ O Sherman Act de 1890, Estados Unidos da América, normatizou a possibilidade do Estado interferir no domínio econômico visando impedir o abuso de poder econômico das empresas que buscavam mitigar a livre concorrência e afrontavam a liberdade dos consumidores.

²⁷⁶ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

²⁷⁷ STIGLER, George. The theory of economic regulation. The Bell journal of economics and management science. V. 2, n.º 1, primavera, 1971, p.3-21.

mercado livre, definindo por exemplo quem são os nacionais que deve defender para então construir uma visão jurídica de interesse nacional.

Concluimos afirmando que bons governantes, mesmo com essas normas ora vigentes, poderiam criar um espaço melhor de desenvolvimento econômico por meio de administrativamente serem mais eficientes e conectados com a nova economia, interpretando seus papéis por esse prisma. É também verdade que nem sempre teremos bons governantes e as normas atuais ofertam poderes a administração pública que explicam nossos problemas e as dificuldades de desenvolvimento, de modo que melhor seria restringir a capacidade do governo intervir conforme sua vontade e em detrimento da população, pois arbitrariedade nas decisões políticas aumenta a corrupção²⁷⁸, o que é nefasto para um bom ambiente econômico e inclusivo. BOBBIO²⁷⁹ explica lacunas objetivas como aquelas que dependem do “desenvolvimento social, das novas invenções” que causam “envelhecimento dos textos legislativos” e que lacunas subjetivas voluntárias são aquelas que o “próprio legislador deixa de propósito porque a matéria é bastante complexa”. Enquanto o Brasil tentar ter uma economia orientada pelo Estado em um mundo tão avançado e acelerado tecnologicamente como temos, as lacunas objetivas serão sistemáticas; e enquanto estas, junto com as lacunas subjetivas voluntárias forem interpretadas com base na história e na capacidade de intervenção econômica do Estado, o Brasil jamais será o país do presente, sempre distante do futuro que sonhara.

Há de se romper com a cultura de interpretação histórica realizada por nossas autoridades baseada no Estado paternalista e patrimonialista para que mudemos e reformemos nossa sociedade sem prejuízos aos cidadãos. Postulamos integrar o Brasil a esse mundo criando reformas de entendimento²⁸⁰, sem crises institucionais, como as causadas pela falta de representatividade política daqueles que intervêm em nossa economia.

SARLET²⁸¹, inspirado em HESSE, afirma que a tarefa da interpretação constitucional consiste em “identificar o resultado constitucionalmente correto, mediante um procedimento racional e controlável” e com isso “assegurar previsibilidade e certeza jurídica”. É possível

²⁷⁸ KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad: SOLON, Ari Marcelo. São Paulo: Edipro, 2014, p.136.

²⁸⁰ Assim como exemplificamos que um juiz do trabalho de Minas Gerais interpretou que existe vínculo entre motorista e Uber, outro juiz do mesmo tribunal do trabalho, juiz Filipe de Souza Sickert, da 37ª vara do trabalho de Belo Horizonte, sentenciou no processo n.º 0011863-62.2016.5.03.0137 que não existe esse vínculo entre motorista e plataforma, o que demonstra a importância da interpretação jurídica para a viabilidade dos negócios no país e como elas podem ser diferentes conforme a visão do agente público. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>

²⁸¹ SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 217.

construir com algumas dessas mesmas normas ora vigentes, comportamentos diferentes por parte das autoridades públicas, enquanto mudanças legislativas são construídas. Algumas regras constitucionais, e outras tantas regras infraconstitucionais decorrentes da intervenção permitida pela Constituição, são ineficientes para a população e custam enormemente à nossa sociedade, merecendo atenção de estudos para avanços institucionais.

Sobre as colisões entre direitos fundamentais, explica ALEXY²⁸² “Como o Estado nunca cobra impostos somente para a finalidade do cumprimento de postulados estatal-sociais, não é oportuno citar imediatamente os direitos fundamentais sociais para justificação dessa intervenção. Ao contrário, a cobrança de impostos serve imediatamente só à produção da capacidade de atuar financeira do Estado”. Assim, postulamos que a intervenção do Estado para que indiretamente em algum momento melhore a vida de um terceiro por meio do enriquecimento do Estado em detrimento dos direitos de propriedade, liberdade e acesso a livre iniciativa e livre concorrência é, costumeiramente, uma inadequada distribuição de pesos para a solução das colisões interpretativas. Os dados perceptíveis da realidade demonstram diversos momentos de ineficiência do Estado²⁸³ em resolver os problemas sociais por meio de intervir na economia, assim como é no Brasil. Há verdadeira desconexão entre o mundo que produz, as soluções que as pessoas precisam e a forma como o direito é interpretado no país quando há colisões de direitos, sempre puxando para que os agentes políticos tenham maior poder, o que se estressa mais nessa nova economia.

SARLET²⁸⁴ explica que a mutação constitucional diz respeito essencialmente ao hiato entre texto normativo e realidade. O Ministro BARROSO²⁸⁵, assim explicou em julgamento no Supremo Tribunal Federal:

A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de uma determinada sociedade. A ideia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. [...]A mutação constitucional se dará, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma

²⁸² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Trad.: HECK, Luis Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

²⁸³ BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 11-22, p. 17.

²⁸⁴ SARLET, Ingo. Do poder constituinte e da mudança (reforma e mutação) constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161

²⁸⁵ Habeas Corpus n.º 126.292/SP; voto do Ministro Barroso.

O ministro GILMAR MENDES²⁸⁶ entende mutação constitucional como “ocorrência de alteração de entendimento da Constituição”, que esta ocorre no Poder Judiciário mas também nos Poderes Legislativos e Executivo, sob influência da sociedade em um complexo processo de mudanças constitucionais informais. Novos tempos, novas concepções sobre o bem, novas interpretações para um futuro diferente sob influência da sociedade. Mutações de interpretação constitucional podem contribuir para uma sociedade melhor, mas exigirão que governantes não mais ataquem a liberdade dos cidadãos nem tentem sistematicamente reduzir a livre iniciativa daqueles que não são parte do grupo de influência do governo, permitindo contribuir para uma interpretação teleológica aos objetivos nacionais de sociedade livre e de desenvolvimento nacional. Não é o Estado o grande catalisador da geração de riquezas, mas os indivíduos e é na liberdade destes em um ambiente regulatório e institucional que permita o exercício das liberdades individuais que conseguiremos construir uma sociedade solidária e livre. Se buscamos inovação há de se reformar as regras, mas é urgente adequar a concepção interpretativa de princípios da ordem econômica para materializar os direitos sociais e individuais, em especial no casos difíceis²⁸⁷.

²⁸⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 175-255, p. 255.

²⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad.: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132.

3. O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL E A NOVA ECONOMIA

3.1 A ESTRUTURA REGULATÓRIA DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO VIGENTE NO BRASIL

3.1.1 Conceitos sobre a regulação do investimento estrangeiro no Brasil

A relação do Brasil com a atração do investimento estrangeiro é antiga e promovida de diferentes formas. O decreto n.º 5.269/1873²⁸⁸ disciplinava sobre a contratação de empresa estrangeira para atração de imigrantes do norte da Europa, e segundo o seu inciso III, “preferindo-se sempre os que possuírem algum capital”. Assim, de modo muito arcaico, buscava-se desde então estrangeiros que pudessem contribuir permanentemente e desde o seu primeiro momento para a economia brasileira.

Dedicamos atenção no capítulo anterior ao contexto global e a percepção de papel do Estado na economia porque a forma que o Brasil se relaciona com o investidor é parte importantíssima de como o Brasil avalia o investimento estrangeiro. Um dos pilares da relação entre país hospedeiro-investidor estrangeiro é a previsibilidade e a segurança jurídica das relações. Para TAVARES²⁸⁹, no âmbito do direito empresarial a segurança jurídica adquire peculiaridades, pois as empresas precisam de um justiça célere, que garanta o cumprimento dos contratos e do direito de propriedade. Um dos mecanismos utilizado nesse sentido são os tratados internacionais.

Explica COSTA²⁹⁰ que estes acordos “reduzem riscos transacionais, especialmente os regulatórios e políticos”, visando incrementar a credibilidade dos países receptores. Nos anos 1990, o Brasil assinou mais de uma dezena de Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, contudo nenhum deles venceu as restrições que o Congresso Nacional impôs, posto que entenderam os congressistas, em sua maioria, que havia desnecessidade de promulgação dos tratados para atração dos investidores estrangeiros e que havia outorga

²⁸⁸ Sobre o tem ver, IOTTI, Luiza Horn. *Imigração e colonização: legislação de 1747 a 1915*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2001, p. 322.

²⁸⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, pp. 78-79.

²⁹⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n° 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V. 49, p. 70 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>.

demasiada de direitos e prerrogativas em favor dos investidores estrangeiros²⁹¹. Ainda, segundo MOROSINI e BADIN²⁹², houve também forte resistência as cláusulas de resolução de disputa entre Estado-Investidor. Em que pese os esforços para se concluir uma negociação de um tratado bilateral, pouco resultado positivo tem sido mensurável em favor dos firmatários, nos termos de ROSE-ACKERMAN e TOBIN²⁹³.

Ante o insucesso na aprovação dos tratados bilaterais, o Brasil está buscando uma nova forma contratar tratados internacionais sobre o tema, os Acordos de Cooperação e Facilitação dos Investimentos, assinados a partir de 2015 com países como Moçambique, Angola, Malauai, México, Colômbia e Chile. Esse novo modelo regulatório traz novos elementos como ombudsman, foca em facilitação de vistos e se contextualiza por uma perspectiva do Brasil para além de receptor, mas também de investidor estrangeiro. Para MOROSINI e BADIN, dois elementos são importantes nesse novo modelo: transparência e dinamismo²⁹⁴. Ainda, ressaltamos a importante novidade de preocupação direta destes acordos de investimento com os direitos humanos²⁹⁵, a mitigação de riscos e a defesa dos cidadãos dos país hospedeiro. Nesse sentido, apontamos também a importância de que o país hospedeiro atraia o investimento estrangeiro por meio de instituições²⁹⁶ jurídicas e econômicas inclusivas²⁹⁷ que deem segurança jurídica e previsibilidade para o empreendedorismo, “de modo a não transformar o Judiciário em mais um elemento de alto custo no cálculo das operações empresariais”²⁹⁸.

No Acordo Brasil-Moçambique de Cooperação e Facilitação de Investimentos²⁹⁹, os signatários classificaram investimento como “qualquer tipo de bem ou direito pertencente ou controlado direta ou indiretamente por um investidor de uma das Partes no território da outra

²⁹¹ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. A regulação de investimentos entre Brasil e Angola: condicionantes internos, contexto internacional, e a construção de acordo de cooperação e facilitação de investimentos. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*. v.5, n. 9, jan/jun 2016, pp. 222-248, p. 230.

²⁹² MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória? *Pontes entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*. v. 12, n.º 1, pp. 9-12, março, 2016.

²⁹³ ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jeniffer. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School: Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

²⁹⁴ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória? *Pontes entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*. v. 12, n.º 1, pp. 9-12, março, 2016.

²⁹⁵ Novos acordos recentes do Brasil incluíram temas como responsabilidade social corporativa, exigindo respeito aos direitos humanos em negociações sobre investimentos.

²⁹⁶ NORTH, Douglass. C. *Institutions*. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

²⁹⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

²⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, p. 17.

²⁹⁹ Para ver a íntegra do acordo: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/8511-acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015>

Parte, com o propósito de estabelecer relações econômicas duradouras e destinado à produção de bens e serviços”. Adicionalmente, determinaram Investidor como:

Artigo 3.2

- i. qualquer pessoa física que seja nacional de cada uma das Partes em conformidade com a sua legislação;
- ii. qualquer pessoa jurídica ou outra organização estruturada em conformidade com a lei aplicável no território da Parte em que o investimento for estabelecido; ou
- iii. qualquer pessoa jurídica não estruturada em conformidade com a lei dessa Parte mas controlada por um investidor conforme definido na alínea i. e ii.; e
- iv. toda a pessoa jurídica que possua sua sede em território dessa Parte e ali tenha o centro de suas atividades econômicas; e
- v. qualquer pessoa física ou jurídica conforme estabelecido nas alíneas anteriores, que realize um investimento na outra Parte devidamente autorizado quando a legislação de cada uma das Partes assim o determinar.

PETER MUCHLINSKI³⁰⁰ explica que é comum aos tratados internacionais a definição de investimento estrangeiro como algo amplo, não se limitando a ativos físicos e ingresso de capital, mas também direitos de propriedade intelectual e marca. Os acordos internacionais que o Brasil tem firmado seguem a linha mais moderna de lógica de negócios internacionais, enquanto a legislação interna, em sua maioria, parece mais orientada ao mundo físico industrial como o cerne da preocupação legal. Para que se possa adequar a interpretação aos dias vigentes, há de se interpretar bens como conjunto de ativos que incluem intangíveis como direitos decorrentes de contratos e propriedade intelectual³⁰¹. Nesse diapasão, um contexto que permita as liberdades econômicas, assegura direitos de propriedade e contratos em um ambiente de previsibilidade e segurança jurídica institucional, dialogando a dignidade humana, pode suprir a ausência de tratados internacionais na atração de investimentos estrangeiros.

Independente se este novo modelo seja vencedor e seja incorporado ao direito interno brasileiro, a Constituição continua a ter papel de protagonismo na regulação do investimento estrangeiro no Brasil, enquanto estado hospedeiro. Todo o viés político-jurídico restritivo ao papel do empreendedor e de que o Estado deve intervir na economia para direcioná-la se aplica ao investidor estrangeiro, mas a este algumas peculiaridades são adicionadas.

O Brasil tem uma estrutura institucional não-favorável a destruição criativa de alguns mercados de interesse do governo e é nesse contexto de manutenção de *status quo* da elite

³⁰⁰ MUCHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises & the law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 676.

³⁰¹ DIAS, Bernardete Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 30.

política e econômica que a regulação é desenvolvida. Para o Ministro CELSO DE MELLO³⁰², temos uma Constituição “estranhamente aristocrática”. O dinamismo, motor dessa nova economia, esbarra nesse contexto jurídico.

Por óbvio e com razão, toda legislação constitucional se aplica ao investidor estrangeiro. Assim, ressaltamos o impacto dos objetivos constitucionalmente previstos e toda a estrutura da ordem econômica constitucionalizada. O artigo 170, conforme falamos, pauta toda a interpretação da atividade econômica do Brasil. Assim, investimento estrangeiro há de ser interpretado observado sob a égide de livre iniciativa, valorização do trabalho humano, livre concorrência, soberania nacional, propriedade privada, defesa do consumidor, meio ambiente, e demais, não menos importantes e já citados, princípios constitucionais, assegurando constitucionalmente uma mínima liberdade de empreender e o reconhecimento da pessoa jurídica como titular de direitos fundamentais³⁰³.

Adicionamos a isto, a revogação pela Emenda Constitucional n.º 6/1995 do artigo 171³⁰⁴ da Constituição, que diferenciava empresa brasileira de empresa brasileira de capital nacional, permitindo, ao Estado criar incentivos desenvolvimentistas para as de capital nacional. GRAU³⁰⁵ afirma que retirar essa distinção era parte da agenda neoliberal do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que teria uma visão de que a distinção entre empresas brasileiras de capital nacional e empresas brasileiras atrapalharia a globalização e que, para o presidente, isto seria pernicioso ao interesse público nacional. Já para WALD³⁰⁶ as

³⁰² Entrevista do Ministro Celso de Mello sobre a Constituição Federal. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-17/ministro-celso-mello-comemora-23-anos-supremo-tribunal-federal>>

³⁰³ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, p. 27.

³⁰⁴ Dispunha o artigo 171 da Constituição Federal, ora revogado:

Art.171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º - A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do "caput" se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

³⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p. 276.

³⁰⁶ WALD, Arnold. A evolução do regime constitucional de parceria público-privada e do capital estrangeiro.

modificações sugeridas, e realizadas, tinham por princípio evitar qualquer discriminação entre estrangeiros e nacionais que não estivesse prevista na Constituição, em uma ideia de tratamento igualitário a todos. GRAU³⁰⁷ ainda vê que embora a *permissão forte* para incentivos a empresas brasileiras de capital nacional tenha sido revogada, ainda há uma espécie de *permissão fraca*.

Há muito no Brasil que o investimento estrangeiro tem parte relevante no produto interno bruto³⁰⁸. O artigo fundamental da Constituição sobre o tema investimento estrangeiro é o artigo 172, que condiciona ao interesse nacional a disciplina do investimento de capital estrangeiro. Nesse sentido, o *policy space* do Brasil está inserto no contexto constitucional. Isso representa que as normas, inclusive os tratados internacionais não podem ferir o texto constitucional, e mais importante ainda para este estudo, no que tange a investimentos de capital estrangeiro, estes devem ser disciplinados com base no interesse nacional, na forma do artigo 172 da Constituição Federal

Adicionalmente à Constituição, há todo um arcabouço jurídico infraconstitucional. GABRIEL³⁰⁹ explica que há divergência doutrinária sobre se há possibilidade da lei ordinária restringir o investimento estrangeiro onde a Constituição não o fez. Aprofundaremos o tema mais à frente, mas os fatos é que hoje há legislação restringindo e regulamentando o investimento estrangeiro. SILVEIRA³¹⁰ argumenta favoravelmente à discriminação em detrimento do investidores estrangeiros porque estes teriam maior poder econômico.

Para AMÉRICO DA SILVA³¹¹: “a concorrência empresarial não é um valor-fim mas um valor-meio” e que assim adquire a natureza de instrumento da política econômica para que todos participem do esforço de desenvolvimento. BRESSER-PEREIRA sustenta a casuística para identificação do interesse de proteção da indústria nacional. GUIMARÃES³¹² receia o impacto do investimento estrangeiro na perda de poder e influência do Estado nas decisões econômicas, quando as multinacionais presentes mantêm suas decisões estratégicas no

Revista de informação legislativa. Brasília, v. 45, n. 179, pp.403-410, 2008, p. 406

³⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p. 273.

³⁰⁸ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Ratton Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. A regulação de investimentos entre Brasil e Angola: condicionantes internos, contexto internacional, e a construção de acordo de cooperação e facilitação de investimentos. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*.v.5, n. 9, jan/jun 2016, pp. 222-248, p. 225.

³⁰⁹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior. (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, 2015, p. 61.

³¹⁰ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 70-71.

³¹¹ SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 58.

³¹² GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançado*.vol.14, nº.39, São Paulo, Mai/Aug, 2000.

exterior. Essa soma é a visão vigente do protecionismo brasileiro. A leitura mais proeminente da estrutura jurídica brasileira nesse momento é que interesse nacional na regulação do investimento estrangeiro permite o subsídio de algumas empresas nacionais para que enfrentem a concorrência internacional, como se o interesse nacional se confundisse com o interesse de algumas empresas nacionais, o que permitiria essa coordenação de esforços pela manutenção de empresas que sozinhas no mercado, talvez, não (potencialmente naquelas circunstâncias e com aquele grau de competitividade) sobreviveriam. Ou, em outra visão, mais otimista, que tais empresas nacionais fomentadas por diferentes formas via tesouro público atendem ao interesse nacional. Essa é a visão predominante na estrutura jurídico-política do Brasil.

Exemplos dessa visão são antigos, como o artigo 39 da lei n.º 4131/1962, que exclui as empresas estrangeiras de acesso aos créditos subsidiados dos bancos públicos, salvo quando em setores econômicos de interesse nacional, descritos em decreto pelo Presidente da República, assim como a recente política de “campeões nacionais”. Assim, identificamos que a visão protecionista não é contrária ao investimento estrangeiro por excelência, permitindo inclusive acesso ao crédito subsidiado pelo tesouro nacional injetado em bancos públicos, mas desde que em sintonia com a visão política expressa em decreto presidencial e harmonicamente a estes setores atendidos por vontade do chefe do executivo.

No âmbito constitucional, ressaltamos que o que é vedado ao investidor brasileiro também é vedado ao investidor estrangeiro. Dessa forma, o que é monopólio da União, como o existente sobre o serviço aéreo postal e o correio aéreo nacional, nos termos do artigo 21, X da Constituição Federal, veda a participação de qualquer privado, nacional ou estrangeiro. TAVARES³¹³ explica que “a livre concorrência não tolera o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre, com o afastamento artificial da competição entre empreendedores”. O Brasil sustenta alguns monopólios públicos, de modo que a livre concorrência deve orientar a estrutura jurídica brasileira, e tem força para uma interpretação que qualifique como inconstitucional normas infraconstitucionais que ataque ao princípio, mas na estrutura jurídica ora vigente, os monopólios e oligopólios públicos constitucionalmente previstos não podem ser derrubados apenas porque ofendem a livre concorrência nem mesmo pelo Poder Judiciário; somente emendas constitucionais poderiam alterar essas regras, e o princípio da livre concorrência, também constitucional não se sobrepõe a esse elemento constitucional dentro do contexto brasileiro.

³¹³ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, p. 40.

Para MOROSINI, BADIN e XAVIER JUNIOR³¹⁴, o desenvolvimento da economia brasileira, materializada com ofertas públicas de ações (IPO), adequação de parcela significativa da legislação contábil aos padrões internacionais, aumento de transparência e segurança, foram instrumentos que contribuíram para a atração de investimentos estrangeiros, suprimindo o que era buscado por meio dos tratados de investimentos, permitindo que se ampliasse o volume de investimentos estrangeiros no país de 2000 para 2015. De alguma maneira, suprimindo formal e informalmente parte do que os tratados buscavam alcançar de maturidade institucional. A nosso ver, parcela significativa do que atrapalha o desenvolvimento dos negócios no Brasil são as legislações e a falta de credibilidade das instituições políticas e econômicas intervencionistas, que permitem o direcionamento de grandes montes do tesouro público para privados por interesses políticos e incentivam a concepção de Estado que direciona recursos públicos para terceiros sistematicamente, espaço para florescimento da corrupção e distorção concorrencial em benefícios dos laços, que por vezes incluem grupos estrangeiros. O decreto n.º 2.233/1997 foi alterado pelo decreto n.º 8.957/2017 buscando reequilibrar o desequilíbrio dos financiamentos públicos, ampliando os subsidiados, ao invés de reduzindo os privilegiados, para tentar atrair os investimentos estrangeiros sem que com isso criasse um impasse político com a indústria nacional protegida.

O tema concorrencial possui enorme relevância na atração de investimentos estrangeiros, na defesa do consumidor, e no sistema de preços. JAEGER JUNIOR³¹⁵ afirma que a “Decisão política de um Estado de estender subsídios econômicos que ameacem falsear ou falseiem a concorrência se constitui num grave desvirtuamento das regras dessa liberdade”, sendo a livre concorrência o princípio responsável por garantir que a fixação de preços não seja resultado dos atos cogentes da autoridade de administrativa mas sim do livre jogo das forças em disputas por clientes no mercado³¹⁶. Nesse mesmo tom, dispõe LAZZARINI³¹⁷ “A análise quanto aos efeitos do capitalismo de laços sobre a concorrência ainda é precária. Os diversos governos, pelo contrário, frequentemente procuram estimular associações de firmas sem muito interesse em examinar possíveis efeitos danosos à competição”.

³¹⁴ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Rattón Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. A regulação de investimentos entre Brasil e Angola: condicionantes internos, contexto internacional, e a construção de acordo de cooperação e facilitação de investimentos. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*. v.5, n. 9, jan/jun 2016, pp. 222-248, p. 235.

³¹⁵ JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma (Orgs.) *IX Encuentro Internacional de derecho de América de Sur: los procesos de integración en el nuevo milenio*. La Paz: Universidade Católica Boliviana, 2000, p. 21.

³¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, e empresarial*. N.º 70, out/dez, 1994, pp.101-111, p.110.

³¹⁷ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 195.

Seguindo sobre a estrutura legislativa dos investimentos estrangeiros, temos a legislação infraconstitucional. Nesse sentido, dispõe o artigo 1º da já citada lei n.º 4.131/1962, que capital estrangeiro é definido como

Os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior

A lei de 1962 é a principal norma infraconstitucional lato sensu sobre capital estrangeiro. Em seu artigo 2º afirma:

Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Nesse artigo percebe-se uma relação de adequação entre a não-discriminação proposta constitucionalmente e um comportamento de inserção brasileira nos mercados internacionais, mas ainda a reserva de discriminação que citamos, quando ao acesso ao financiamento subsidiado, por exemplo.

O Conselho Monetário Nacional dispõe que, nos termos da Resolução 3.844 do Banco Central do Brasil³¹⁸, estas são as formas de ingresso de capital estrangeiro no país:

Art. 1(...) I - investimento estrangeiro direto; II - crédito externo, inclusive arrendamento mercantil financeiro externo; III - royalties, serviços técnicos e assemelhados, arrendamento mercantil operacional externo, aluguel e afretamento; IV - garantias prestadas por organismos internacionais; V - capital em moeda nacional, nos termos da Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006.

Dispõe ainda a autoridade monetária que este deve ser registrado para o seu ingresso e que investidor não residente é a “pessoa física, pessoa jurídica ou entidade de investimento coletivo que, tendo residência, domicílio ou sede no exterior, detém ou intenta deter participação no capital social de empresa no País”³¹⁹.

³¹⁸ Resolução 3.844 do Banco Central do Brasil, dispõe sobre o capital estrangeiro no País e seu registro no Banco Central do Brasil, e dá outras providências. Disponível em < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49646/Res_3844_v3_P.pdf >

³¹⁹ Artigo 3º do REGULAMENTO ANEXO I À RESOLUÇÃO Nº 3.844, DE 23 DE MARÇO DE 2010. Disponível em < http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49646/Res_3844_v3_P.pdf >

LUIZ OLAVO BAPTISTA³²⁰ explica que investimentos são (i) investimentos em moeda; (ii) investimentos em bens e serviços; e (iii) empréstimos e outros créditos. SORNARAJAH³²¹ explica o investimento de forma bastante simples, eficaz e abrangente: “transferência de fundos ou materiais de um Estado para outro em troca de uma participação direta ou indireta no empreendimento”. Para MOROSINI e FERREIRA³²² o “modelo representativo dessa nova era é a estrutura empresária multinacional (ou transnacional): empresas que exploram a sua atividade econômica além do seu país de origem e organizam o seu sistema de produção e suas estratégias de acesso a consumidores em escala mundial” e que a³²³ “liberalização do investimento incrementa a competitividade internacional, produzindo um aumento na qualidade de produtos e serviços oferecidos”.

A atual competitividade internacional nas cadeias globais exige qualidade que somente é alcançada por meio da inovação nos processos, serviços ou produtos oferecidos³²⁴. A inovação, a qual o Estado deve estimular por força constitucional, requer “paciência financeira” dos investidores, que é alcançada necessariamente por meio da cultura empresarial; o Brasil tem uma cultura empresarial pouco afeita a paciência financeira de investimento da inovação, decorrente em grande parcela da ainda insuficiente credibilidade institucional, razão pela qual o país de tempos em tempos lança programas de subsídio a esses investimento com recursos públicos³²⁵, incluindo empresas com capital estrangeiro. O

³²⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p-78-81.

³²¹ SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 8.

³²² MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 63.

³²³ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 64.

³²⁴ Nesse sentido, identificamos que a lei 13.243/2016, que versa sobre inovação alterou o artigo 2º da Lei 10793/2004, dispondo que:

“Art. 1o Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal.

[...]

VII - promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional;

VIII - incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia;

³²⁵ Sobre o tema, a atuação da FINEP - Financiadora de Estudos e Projetos, empresa pública vinculada ao governo federal. Com juros bastante abaixo do mercado ou até recursos não reembolsáveis, a FINEP orienta e direciona o investimento em inovação no Brasil. Exemplos disso foi o Programa Prime que ofertou R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) em recursos não reembolsáveis para cada uma das empresas brasileiras nascentes escolhidas pelo governo em 2009, (<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/prime>) bem como aportou também R\$5.293.608,92 (cinco milhões, duzentos e noventa e três mil, seiscentos e oito reais e noventa e dois centavos) em subvenção econômica não reembolsável para a IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, empresa de capital estrangeiro, para um projeto de inovação tecnológica (<http://www.finep.gov.br/images/chamadas-publicas/resultado-final-etapa-conclusiva-Subvencao-2010.pdf>), entre outras empresas, muitas das quais com capital brasileiro.

investimento que gera inovação tem como resultado a facilitação à consecução dos objetivos constitucionais e dos direitos individuais e sociais, e criar um ambiente institucional favorável a inovação é fundamental para a inserção do país na nova economia em um papel mais do que de mero expectador. Nesse sentido, segundo TIDD e BRESSANT³²⁶ “a inovação é, em geral, apontada como a mais importante contribuição para a degradação do meio ambiente” ao mesmo tempo que 25% dos investimentos³²⁷ em atividades inovadoras ocorre fora do país de origem da empresa, de modo que atração de investimento estrangeiro também é atração de capacidade de inovação que pode gerar produtos mais limpos e facilidade de distribuição para o mercado, bem como de absorção e transferência de tecnologia.

O Brasil é um dos países com políticas mais protecionistas na proporção com o PIB, mas não está sozinho nesse viés político; segundo a UNCTAD³²⁸, 80% dos países restringem investimentos estrangeiros em pelo menos uma indústria. É possível inclusive classificar como uma tendência a intervenção estatal no protecionismo econômico, em especial pelos recentes passos do governo Trump e pelo sucesso no crescimento econômico da China nos últimos anos, que tem forte influência do Estado na economia e na política, mas ao mesmo tempo está inserta nas cadeias globais e com relevante capacidade produtiva e competitiva, bem como de criação de inovação. Não explicamos as restrições ao investimento estrangeiro como um puro e simples protecionismo contra o capital estrangeiro como alguns países fazem, até porque algumas empresas de capital estrangeiro são absolutamente bem tratadas e inclusive protegidas pelo governo; nos parece mais que o governo estrutura sua política em defesa da posição forte do ente estatal e dos laços políticos que se estabelecem, que ora entende favorável ao investimento estrangeiro de alguns empreendedores e em alguns setores e ora repele o investimento estrangeiro, também por interesse do governo, e que essa posição forte permite escolher quais investimentos serão estimulados ou restringidos, levando em conta o caso a caso do interesse circunstancial³²⁹, como nacional fosse.

Estudo liderado por VERA THORSTENSEN³³⁰ afirma que no mundo atual “as armas são outras”, e que portanto o Brasil deveria “com urgência, alterar sua política de isolamento

³²⁶BESSANT, John; TIDD, Joe. *Inovação e empreendedorismo*. Trad.: BECKER, Elizamari; PERIZOLLO, Gabriela; CUNHA, Patrícia Lessa Flores. Porto Alegre: Bookman, 2009, p. 361.

³²⁷ BESSANT, John; TIDD, Joe. *Inovação e empreendedorismo*. Trad.: BECKER, Elizamari; PERIZOLLO, Gabriela; CUNHA, Patrícia Lessa Flores. Porto Alegre: Bookman, 2009, p.403.

³²⁸ UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2016*. < http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_en.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

³²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160.

³³⁰ THORSTENSEN, Vera; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Coerência e convergência regulatória no comércio exterior. 2017. Disponível em < <http://www.camex.itamaraty.gov.br/images/Eventos/ConvRegulatoria/RELATORIO-FINAL-Vol-4---Sintese-e-Concluses.pdf>>. p. 46

[...] para adotar posturas mais estratégicas de inserção nas cadeias globais e regionais de valor e na economia digital”. Nessa linha, ALMEIDA³³¹ explica que “as nações mais prósperas e mais produtivas do mundo são aquelas que se assentam na livre concorrência”. Lembramos ainda que toda vedação aos estrangeiros de ingresso na economia brasileira é uma posição em detrimento ao princípio da livre concorrência e em nome de algo; hoje, no Brasil, se uma lei ordinária determina “X” e esse “X” colide com a livre concorrência porque limita a participação de estrangeiro em algum mercado, por exemplo, ao validarmos essa lei estaremos submetendo o princípio constitucional da livre concorrência à lei ordinária. A nosso ver, isto carece de maior atenção para validação. A decisão sobre os limites do que seria o conceito de interesse nacional, que pode disciplinar o investimento estrangeiro no Brasil tem o condão de contribuir para alterar a trajetória econômica do país, em casos como este.

A cominação da negação de fim em si da livre concorrência proposta por AMÉRICO DA SILVA, a apologia ao direito de discriminar em favor das empresas nacionais de SILVEIRA, combinado com uma interpretação de há uma permissão, ainda que, fraca para proteger as empresas nacionais das empresas de capital estrangeiro de GRAU e que o interesse nacional deve ser visto caso a caso, conforme propõe BRESSER-PEREIRA, é a visão que interpreta o interesse nacional na regulação do investimento estrangeiro no Brasil hoje, que entende interesse nacional como interesse de proteger algumas empresas nacionais via subsídio para enfrentar a concorrência internacional, vide a política de campeões nacionais. Para estes, o Brasil viveu forte desregulação nos anos 1990³³², com ameaça à soberania nacional. Por vezes com uma proposta que chegaria a proibição daqueles investimentos estrangeiros, mas no mais das vezes permitindo os investimentos estrangeiros e alterando a livre concorrência por meio de subsídios, em especial financiamento mais barato via bancos públicos para enfrentamento concorrencial. Nos parece que essa visão distancia da consecução de uma sociedade livre, justa e solidária, que é o objetivo constitucional.

Contudo, como bem apontado por MOROSINI e BADIN³³³ as inovações institucionais na atração do investimento estrangeiro olham para a transferência de tecnologia, construção de capacidade institucional, transparência como mitigador de riscos, protegendo os interesses do Estado receptor mas também dos cidadãos. Ressaltamos que sem prejuízo dos princípios já consagrados, aos quais destacamos os exemplos da livre iniciativa, livre

³³¹ ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. São Paulo: Ltr, 1998, p. 29.

³³² GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançado*. vol.14, nº.39, São Paulo, Mai/Aug, 2000.

³³³ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória? *Pontes entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*. v. 12, n.º 1, pp. 9-12, março, 2016.

concorrência, impessoalidade, eficiência e não-discriminação, o Estado tem novo dever de estimular a inovação bem como a absorção e a transferência de tecnologia, e apontamos que atrair investimentos estrangeiros tem papel importante na transferência tecnológica.

Ainda, seguindo a escola de JAEGER, destacamos que os subsídios podem desvirtuar a livre concorrência, e vemos nisso uma oposição a visão dos que defendem esse intervencionismo protecionista de algumas empresas escolhidas pelo governo, que é o que na prática enxergamos, em especial pelo financiamento “caso a caso” via bancos públicos, em forte contraste com a transparência e a impessoalidade exigida da coisa pública. Quando lembramos que os subsídios são sempre financiados por alguém, fica ainda mais forte a crítica a essa visão sobre investimentos estrangeiros. Nos parece que, quanto a disciplina do investimento estrangeiro, interesse nacional deve encaminhar-se muito mais, ao menos no século XXI, para interesse dos nacionais do que interesse de algumas empresas nacionais, fortalecendo uma visão de inclusão nas cadeias globais e nas economias digitais, mas sobre isso nos debruçaremos mais à frente. Temos ainda que o contrário também seria inadequado: retirar dinheiro dos cidadãos para assegurar lucro a empresas estrangeiras independente de sua qualidade e inovação no mercado seria também um desvirtuamento da livre concorrência. O princípio da impessoalidade e da não-discriminação devem imperar na construção das políticas de atração do investimento estrangeiro, cumulada com a atenção a transferência de tecnologia, posto que promover a inovação nas empresas é exigência constitucional.

COSTA³³⁴ explica que “um bom clima de investimentos melhora os resultados de toda a sociedade”. Estamos entre aqueles que defendem que a liberalização e a facilitação dos negócios internacionais geram riqueza para as sociedades envolvidas porque geram benefício para os indivíduos que livremente contratam, e que segurança jurídica é fundamental para o empreendedorismo, independente da nacionalidade. Inclusive, como ferramenta para a consecução material dos objetivos constitucionais e dos direitos sociais dos mais pobres, posto que é relação estabelecida entre proteção da livre iniciativa, manutenção do ambiente de livre concorrência, incrementos oriundos da inovação, redução dos custos de transação e mercado consumidor com liberdade e acesso aos produtos que permite que os cidadãos pobres de hoje tenham acessos a luxo inimagináveis aos nobres dos séculos anteriores.

³³⁴ COSTA, José Augusto Fontoura da. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2013, p. 48.

3.1.2 Regulamentações, casos e instituições sobre o investimento estrangeiro no Brasil

Tudo que é monopólio do Estado é vedado ao privado, nacional ou estrangeiro. Já fizemos menções a essas restrições, como o exemplo da vedação aos privados de instalação de usinas nucleares. Nesse item discorreremos sobre as restrições aos investimentos estrangeiros em oposição aos investidores nacionais.

Não se ambiciona aqui exaurir o tema, mas dar luz a alguns pontos que consideramos relevantes para compreensão do sistema regulatório sobre o investimento estrangeiro no Brasil, bem como elementos importantes na tomada de decisão de investimentos, aludindo a exemplos pontuais.

- a) Propriedade sobre terras e arrendamento por estrangeiros, bem como consequências bancárias

A Constituição brasileira dispõe expressamente sobre a aquisição e arrendamento de propriedades rurais por estrangeiros em seu artigo 190:

A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional

A principal lei antecede a Constituição e tem sido interpretada como recepcionada pelas autoridades jurídicas do país. A lei 5709/1971 discorre sobre o tema, salientando que as pessoas jurídicas que tenham maioria do seu capital controlado por estrangeiros ou pessoas jurídicas com sede no exterior também estarão restringidas nos termos desta norma.

Os estrangeiros pessoas físicas³³⁵ estão limitados a adquirir até 50 (cinquenta) módulos de exploração, contínua ou não; até três módulos, a aquisição é livre, mais do que isso e até o limite legal, com as restrições da lei. Há ainda restrições aos estrangeiros quanto a percentual em razão do tamanho do município por exemplo, e de percentuais em casos de loteamentos rurais, bem como a necessidade pelas empresas de capital estrangeiro somente adquirirem imóveis rurais destinados à implantação de projetos³³⁶ agrícolas, pecuários, indústria e de colonização nos seus termos estatutários.

Ainda, o artigo 23 da lei n.º 8629/1993 estende aos arrendamentos as restrições da aquisição de terras previstas na lei n.º 5709/1971. Há nesses casos uma série de burocracias

³³⁵ Artigo 3º e seguintes da lei.

³³⁶ Artigo 5º e seguintes da lei.

públicas a serem cumpridas visando este controle na aquisição de terras; sobre o arrendamento, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 43 de 2015³³⁷ obrigando a escrituração pública dos contratos de arrendamento que envolvam estrangeiros, ou empresas controladas por capital estrangeiro, o que não é exigência de lei, bem como envolvendo o Instituto Nacional de Colonização da Reforma Agrária – INCRA na fiscalização dessa normativa infralegal.

Adiciona-se a esse tema, a ideia de terra de fronteira, que nos termos da lei n.º 6634/1979 classifica como área indispensável a segurança nacional a faixa interna dos 150 quilômetros de largura paralelos à linha divisória terrestre. Nessa porção do país é vedado a estrangeiro, pessoa física ou jurídica, propriedade, posse ou domínio de qualquer direito real sobre imóvel, ou mesmo transações e participações a qualquer título, observando-se o Conselho de Defesa Nacional. Dessa forma, além das restrições aos estrangeiros sobre o tamanho da propriedade das terras, há também vedações que impõe restrições aos brasileiros que investem em imóveis rurais na zona de fronteira. Nos termos destas leis, os brasileiros que são proprietários de imóveis rurais em zonas de fronteiras têm limitações em suas atividades com bancos estrangeiros utilizando hipotecas, por exemplo, uma benesse aos bancos nacionais, públicos e privados, que enfrentam menor concorrências nessas áreas territoriais do Brasil.

Saliente-se ainda que essa visão contrária ao investimento estrangeiro em imóveis rurais, em especial os fora da zona de fronteira, tem sido motivador de amplo debate³³⁸, sendo objeto de Pareceres da Advocacia-Geral da União. Outrora os pareceres eram mais permissivos ao investimento por estrangeiros; o atual Parecer AGU/LA 01/2010³³⁹, propondo então nova mutação constitucional, dispôs uma interpretação baseada em uma visão contrária ao investimento estrangeiro em imóveis rurais³⁴⁰. Para além do tópico em si, o caso de que as mudanças de interpretação se deram sem alterações legais, mas com amplo efeito no mercado nos parece o precedente mais claro do poder que mutações constitucionais possuem no âmbito da regulação do investimento estrangeiro.

³³⁷ Conselho Nacional de Justiça, Provimento n.º 43 de 2015, disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2935>>

³³⁸ Parecer GQ-22, de 7 de junho de 1994, e Parecer n.º GQ-181, de 1998, publicado em 22 de janeiro de 1999, previram diferentes interpretações para as normas sobre investimento estrangeiro em imóveis rurais.

³³⁹ Publicado em 23 de Agosto de 2010, este parecer propôs expressamente uma mutação constitucional para dar azo ao interesse político de restringir o investimento estrangeiro em imóveis rurais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AGU/PRC-LA01-2010.htm>.

³⁴⁰ Cabe observar que este tema, tratado na literatura internacional sobre investimento estrangeiros sob o guarda chuva de “land grabbing”, tem sido objeto de amplo debate posto que envolve importante quantidade de recursos econômicos, mas mais ainda por ser conectado ao tema da segurança alimentar.

b) Assistência à saúde

Nos termos constitucionais, além de um dever do Estado e um direito fundamental dos cidadãos, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Essa liberdade de empreender assegurada no artigo 195 da Constituição brasileira continha uma restrição em seu parágrafo 3º, no qual dizia e assim se mantém, que “É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos”.

Ao contrário de mudanças de entendimento que exigem reformas do texto constitucional ou de mutação da interpretação, essa mudança se deu por meio de lei ordinária. A lei n.º 8.080/1990 vedava a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde, salvo doações. A partir da lei n.º 13.097/2015, é permitida a participação direta e indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde, podendo explorar hospitais diversos, inclusive filantrópicos, e clínicas. Essa alteração jurídica realizada permitiu maior segurança jurídica³⁴¹ para atração de investimentos estrangeiros³⁴² na área da saúde.

c) Comunicação social

A Constituição restringe aos estrangeiros a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, outorgando exclusividade aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou ainda a pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e com sede no país. Também nos termos do mesmo artigo 222, nos parágrafos que o sucedem, há restrição de que pelo menos setenta por cento do capital votante deva pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão a gestão das atividades bem como direcionarão o conteúdo da programação. A responsabilidade editorial e as atividades de direção da programação também são restritas aos brasileiros. Sendo este setor da economia coordenado pelo Estado por meio de concessões, fica claro que há enorme preocupação do Estado brasileiro em controlar quem pode divulgar informações às massas.

Embora concordemos com a importância do setor, a ideia de que o Estado conseguirá

³⁴¹ Antes da alteração legislativa de 2015, era permitido aos estrangeiros serem controladores de planos de saúde, muitos dos quais possuem hospitais como parte dos seus negócios, gerando insegurança jurídica sobre como poderia um plano de saúde ser controlado por um estrangeiro e ao mesmo tempo este capital estrangeiro não poder ser controlador de parte importante do negócio.

³⁴² Empresas estrangeiras investem em hospitais brasileiros. Disponível em <<http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRSPE89706L20121008>>

deter o controle da informação pública tem caído por terra com as novas tecnologias. BARBOSA³⁴³ explica sobre a defasagem dessa norma constitucional: “Ainda que se quisesse dificultar a veiculação de notícias produzidas por fontes estrangeiras, não se conseguiria fazê-lo no mundo atual, pois a informação rompe as barreiras que se opõem a ela caso haja uma demanda efetiva do consumidor”.

Adicione-se ao tema que a televisão por assinatura é considerada fora do sistema de comunicação social que restringe o investimento estrangeiro, de modo que a lei n.º 12.845/2011 retirou o limite de capital estrangeiro que havia na lei anterior³⁴⁴, permitindo o controle de televisões por assinatura por investidores estrangeiros³⁴⁵. Ainda há esforços estatais na área de comunicação para estimular o mercado local de produção de conteúdo, cabendo a leitura das Atas³⁴⁶ da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado que defendem o papel das empresas estatais como mecanismo de enfrentar a concorrência de conteúdos estrangeiros.

Hoje, embora seja mantida as restrições legais bem como o sistema de controle via concessões e permissões estatais, as tecnologias tornaram obsoletos significativa parcela dos controles do Estado sobre a propagação de informação. Não que não mais existam, mas sua eficiência perde muito quando qualquer pessoa consegue escrever um texto, produz um áudio ou até um vídeo e publica-o na internet, por meio de mídias sociais que chegam a milhões de brasileiros. A nova economia com suas tecnologias mitigou as consequências sociais do controle estatal constitucionalmente estabelecido nesse setor, especialmente na difusão de informação sem crivo prévio coordenado por controle empresarial brasileiro.

d) Recursos minerais e potenciais de energia hidráulica

O artigo 176 da Constituição Federal estabelece que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais assim como os potenciais de energia hidráulica pertencem à União, garantindo ao concessionário o produto da lavra. Essa concessão ou autorização, a ser promovida pela União, fica condicionada ao interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país. Esse texto é decorrente

³⁴³ BARBOSA, Leonardo Garcia. Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 349-364, jul./set. 2013, p. 360.

³⁴⁴ A lei n.º 8977/1995 estabelecia um limite de 49% do capital social votantes das empresas que prestam o serviço de televisão à cabo para os estrangeiros, garantindo o controle para os empresários brasileiros.

³⁴⁵ Esta lei está em julgamento no Supremo Tribunal Federal por meio da ADI 4679, da ADI 4923, da ADI 4747 e da ADI 4756.

³⁴⁶ Exemplo: Ata da 38ª Reunião, Extraordinária, da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática, da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª Legislatura, Realizada em 06 de Outubro de 2015.

da Emenda Constitucional n.º 6 de 1995, de modo que a interpretação adequada é a que não proíbe a empresa brasileira que possui capital estrangeiro, mesmo que controlando a empresa aqui sediada.

e) Transportes

Após a Emenda Constitucional n.º 7 de 1995, o artigo 178 da Constituição passou a expressar o seguinte:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Dessa forma, a Constituição autoriza a lei dispor sobre três diferentes modalidades de transporte: aéreo, aquático e terrestre, dentro de uma lógica de reciprocidade e compreendendo que esse segmento da econômica é visceralmente internacional por sua natureza. Aqui o Estado ainda estabeleceu um princípio norteador das relações internacionais: a reciprocidade jurídica.

Começamos a discorrer pelo transporte aéreo. Nos termos do artigo 21, XII, da Constituição, compete à União a navegação aérea, podendo esta exploração ocorrer por autorização, concessão ou permissão. Nesse setor, a principal lei ordinária é a n.º 7.565/1986, que restringe as concessões às pessoas jurídicas brasileiras que tiverem sede no Brasil, pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital votante pertencente a brasileiros e direção confiada a brasileiros. Mesmo quanto às ações preferenciais, sem direito a voto, há restrições legais, e mesmo sobre o 1/5 (um quinto) de ações com direito a voto que podem ser adquiridas por estrangeiros há também necessidade de burocracias adicionais, evitando a simples flutuação de propriedade conforme interesse dos agentes do mercado.

As concessões são mecanismos que estabelecem um controle político mais rígido do mercado pelos agentes do Estado. No caso do transporte aéreo, a redução do investimento estrangeiro é um componente adicional. Pontuamos ainda um interessante fenômeno econômico neste setor de baixíssima concorrência, muito em razão do sistema regulatório estabelecido; o caso da empresa Azul Linhas Aéreas, uma das três maiores empresas do setor

no país, é controlada por David Neelman, que possui todas as características exigidas por lei, uma vez que nasceu no Brasil, mas que viveu grande parte sua vida entre os Estados Unidos e o Canadá empreendendo neste setor, e que descobriu que por uma questão essencialmente circunstancial (nasceu no Brasil, seu pai trabalhou expatriado em São Paulo, mas viveu aqui até a primeira infância, apenas) era o único empreendedor do seu setor nos Estados Unidos que poderia investir livremente no Brasil.

Sobre o transporte marítimo, a principal lei é a n.º 7.652/1988. O artigo 8º desta lei restringe aos estrangeiros que não sejam residentes no país o registro de embarcação; nesse caso, apenas as de recreio ou esporte serão deferidas aos estrangeiros. No caso do transporte aquaviário, a lei que se aplica é a n.º 9.432/1997, na qual há restrições aos estrangeiros. Dispõe o artigo 4º que nas embarcações brasileiras o comandante será necessariamente brasileiro, assim como o chefe de máquinas e dois terços da tripulação. Assim, um investidor estrangeiro que queira um chefe de máquinas de sua equipe original e de naturalidade estrangeira ou digamos metade de tripulação estrangeira pois já teriam conhecimento da embarcação que seria objeto do negócio estaria cometendo ilegalidade e seu investimento no Brasil seria irregular.

Ainda, quanto ao transporte rodoviário de carga, a lei n.º 11.442/2007, dispõe em seu artigo 3º que a Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas precisa ter sua sede no Brasil, dentre outros requisitos.

f) Segurança privada

A segurança é um direito fundamental de todo cidadão, e uma responsabilidade do Estado. Inequivocamente que o Brasil passa por uma dificuldade enorme de administração da paz social, de modo que empresas que prestam auxílios aos privados quanto às suas seguranças se distribuem pelo país, seja para proteger empresas, seja para proteger indivíduos, de tal modo que outrora pareceria um luxo destinado a elite do país hoje já é perceptível em empreendimentos destinados ao público em geral bem como nas residências prediais e condominiais da classe média e até entre os mais humildes há esforços econômicos relacionados à segurança privada, especial nas grandes cidades. Tais serviços são objeto de regulação, permitindo a vigilância patrimonial bem como a segurança de pessoas físicas. O artigo 11 da lei n.º 7.102/1983 dispõe que a que a propriedade e a administração das empresas

especializadas em segurança privada são vedadas a estrangeiros, sendo que MARTINS³⁴⁷ sustenta a constitucionalidade desse artigo com base no ideia de que a segurança privada é complementar a segurança pública, de modo que seria justificável sob a ideia de soberania que os controladores dessas redes especializadas em segurança sejam brasileiros, presumindo que os brasileiros estejam mais afetos a segurança pública do país.

g) Setor financeiro

O setor financeiro é regulamentado constitucionalmente, em especial pelo artigo 192, que foi alterado em razão da Emenda Constitucional n.º 40 de 2003. A partir dessa emenda, cabe a lei complementar dispor sobre a regulação do capital estrangeiro nas instituições deste setor.

Enquanto a lei complementar não organiza a questão do capital estrangeiro nas instituições do setor financeiro, fica vedada a instalação de novas agências de instituições financeiras domiciliadas no exterior, bem como o aumento do percentual de participação, no capital de instituições financeiras com sede no país, de pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, com ressalva para a reciprocidade decorrentes de acordos internacionais ou interesse do governo brasileiro, nos termos do artigo 52 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Ainda, a lei n.º 4.131/1962³⁴⁸ também restringe a atividade bancária dos estrangeiros. O artigo 50 dispõe que se o país de origem do banco de capital estrangeiro veda ou restringe bancos brasileiros que lá atuem, valerá a reciprocidade, de modo que recairá ao banco estrangeiro estabelecido no Brasil as mesmas normas que restrinjam a atividade de banco de capital brasileiro naquele país. Adiciona-se ainda o artigo 51 da mesma lei, que se no país de origem do banco estrangeiro houver restrição legal ao funcionamento de bancos brasileiros, fica vedado a bancos estrangeiros de capital originário daquele país a aquisição de mais de

³⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Proibição legal para que empresas privadas especializadas em segurança, serviços de vigilância e de transporte de valores sejam constituídas por estrangeiros: constitucionalidade da vedação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 231-242, jan./mar. 2001

³⁴⁸ Art. 50. Aos bancos estrangeiros, autorizados a funcionar no Brasil, serão aplicadas as mesmas vedações ou restrições equivalentes às que a legislação vigorante nas praças em que tiverem sede suas matrizes impõe aos bancos brasileiros que neles desejam estabelecer-se. Parágrafo único. O Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito baixará as instruções necessárias para que o disposto no presente artigo seja cumprido, no prazo de dois anos, em relação aos bancos estrangeiros já em funcionamento no País.

Art. 51. Aos bancos estrangeiros cujas matrizes tenham sede em praças em que a legislação imponha restrições ao funcionamento de bancos brasileiros, fica vedado adquirir mais de 30% (trinta por cento) das ações com direito a voto, de bancos nacionais.

30% (trinta por cento) de bancos nacionais. Nesse contexto de restrições, GABRIEL³⁴⁹ explica que “algumas instituições financeiras conseguiram acesso ao mercado nacional por intermédio de aquisições de instituições financeiras brasileiras”. A possibilidade de ingresso de investimento estrangeiro nesse setor quando o governo decreta que seja do seu interesse tem sido praticada, e exemplos disso são os seguintes: Decreto não numerado de 27 de outubro de 2016³⁵⁰ classifica de interesse do governo a participação estrangeira no banco BBM e o Decreto não numerado de 01 de novembro de 2016 classifica de interesse do governo a participação estrangeira no banco Realize³⁵¹.

h) Financiamento de empresas de capital estrangeiro por bancos públicos e o alto interesse nacional na discricionariedade do Poder Executivo

Dispõe a lei n.º 4.131/1962 que³⁵² o tesouro nacional e entidades oficiais de crédito inclusive sociedades de economia mista por eles controladas, só poderão garantir empréstimos, créditos ou financiamentos obtidos no exterior, por empresas cuja maioria de capital com direito a voto pertença a pessoas não residentes no País, mediante autorização em decreto do Poder Executivo. Diz ainda o artigo 38 da mesma lei que somente após o início das operações que as empresas de capital estrangeiro terão acesso ao crédito, excetuando-se os projetos considerados de alto interesse nacional. E ainda arremata a lei, em seu artigo 39, que as entidades que o artigo 37 da mesma lei faz referência só poderão financiar inversões no ativo fixo de empresa cuja maioria de capital, com direito a voto, pertença a não residentes, quando aplicada em setores de atividades e regiões econômicas de alto interesse nacional, definidos e enumerados por decreto do Poder Executivo, reforçando a ideia de que o Estado seja protagonista do desenvolvimentismo, no caso, mormente o Ministro do Planejamento e Coordenação Geral³⁵³.

O Decreto 2.233/1997 é o instrumento que regula o artigo 39 da lei 4.131/1962. FADDA³⁵⁴ argumenta que é sim possível discriminar legalmente os setores da economia

³⁴⁹ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior. (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, 2015, p. 64.

³⁵⁰ Nesse sentido, ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/dsn/Dsn14415.htm

³⁵¹ Nesse sentido, ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/dsn/Dsn14416.htm

³⁵² Artigo 31 da lei n.º 4131/1962.

³⁵³ Lei n.º 5.331/1967

³⁵⁴ FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 395-423, 2014.

favorecidos. Assim, diz o Decreto, no texto alterado pelo Decreto 8.957/2017, que são de alto interesse nacional os seguintes setores:

I - Setor de infraestrutura dos seguintes segmentos:

a) exploração de fontes energéticas, geração, transmissão e distribuição de energia de qualquer natureza; b) telecomunicações de qualquer natureza; c) portos e sistemas de transportes, inclusive de carga e de passageiros, compreendendo os sistemas de logística e de distribuição de bens; d) saneamento ambiental, inclusive de saneamento básico e de gestão de resíduos sólidos;

II - complexos industriais e de serviços dos seguintes segmentos:

a) químico-petroquímico, compreendendo as indústrias químicas de base, petroquímica, química fina, fertilizantes e química a partir de fontes renováveis; b) mineração e transformação mineral; c) automotivo, compreendendo as indústrias automobilística e de auto-peças; d) agroindustrial e florestal, compreendendo os seus fornecedores de insumos, os produtores, os processadores e os distribuidores, entre outros, de produtos agropecuários, de alimentos, de bebidas, de painéis de madeira, de papel e produtos de papel, de celulose e de bioprodutos a partir de biomassa; e) de bens de capital, compreendendo as indústrias fornecedoras de equipamentos e componentes; f) tecnologias da informação e comunicações, compreendendo os complexos industriais de componentes eletrônicos, de equipamentos de telecomunicações e de automação, fabricação e distribuição de eletrônicos de consumo e de informática, outros equipamentos eletrônicos e de hardware de qualquer natureza, desenvolvimento de soluções de software e serviços de tecnologia da informação; g) petróleo e gás natural, compreendendo a exploração e a produção de hidrocarbonetos e toda a sua cadeia produtiva, inclusive indústria de bens de capital, demais indústrias, serviços de engenharia e demais serviços aplicáveis; h) saúde, compreendendo a fabricação de insumos e produtos farmacêuticos, vacinas e kits de diagnóstico, de base química ou biotecnológica, a fabricação de equipamentos e materiais médicos, odontológicos e hospitalares, os serviços de saúde e os ensaios clínicos e não clínicos; i) têxtil; e j) infraestrutura dos complexos audiovisual e gráfico;

III - complexo do turismo.

IV - arrendamento mercantil de bens de capital.

V - serviços de educação;

VI - serviços de eficiência energética; e

VII - setor de comércio.

Esse Decreto da década de 1990 já sofreu muitas mudanças desde sua edição, em especial em 2006 e em 2017, com a inclusão de setores e a reformulação de alguns outros, ampliando alguns elementos. Assim, nesses termos o Estado se arroga no direito de subsidiar esses setores da economia, utilizando recursos públicos para financiar empresas estrangeiras desses setores sob a lógica de alto interesse nacional. Salientamos ainda que a orientação legal é a inversão em ativo fixo, de modo que embora alterada recentemente a lógica dessa legislação ainda é orientada para o mundo industrial ao invés da nova lógica pós-industrial, menos ainda das empresas exponenciais³⁵⁵, embora com boa vontade se perceba um início de contato com esse universo, se reconhecermos nesse decreto uma tentativa de atração de empresas com alta capacidade tecnológica desenvolvida em seus países de origem. Essa legislação é um exemplo cristalino de influência governamental na economia que orienta o investidor a ter acesso a influência na tomada de decisão do Poder Executivo para ter acesso a financiamentos mais baratos muito mais do que a investir em inovação e em satisfação dos consumidores.

Saliente-se ainda que essa é uma legislação que tenta desentortar os entraves da livre concorrência por meio de enviesá-la mais uma vez. Os financiamentos decorrentes do tesouro público, em especial do BNDES, são custeados indiretamente pela carga tributária que assola o país³⁵⁶, e pesa enormemente nos mais pobres. Os juros do BNDES são mais baixos que do mercado brasileiro por uma estratégia política³⁵⁷, de modo que as empresas estrangeiras enfrentando concorrentes brasileiros com acesso ao BNDES não estavam em um ambiente institucional de concorrência equilibrada dentro do mercado brasileiro. Ao invés de resolver o problema concorrencial e retirar o peso tributário dos mais pobres, permitindo que com o próprio dinheiro o cidadão escolha quem seria os campeões nacionais, a estratégia do governo federal foi aumentar os potenciais envolvidos na política atraindo não necessariamente as empresas mais inovadoras na opinião dos consumidores, mas aquelas com maior potencial de aproximação com os critérios do banco público³⁵⁸.

³⁵⁵ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

³⁵⁶ Lei n.º 12.979/2014 injetou R\$24.000.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais) de recursos públicos no Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES para indicar novos caminhos econômico para o setor privados.

³⁵⁷ “É impossível enriquecer a todos às custas dos demais, tornar a espoliação universal a pretexto de organizá-la”. BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Trad: LEVY, Eduardo. Barueri: Faro Editorial, 2016, p.47.

³⁵⁸ O Decreto 4.418/2002 dispõe sobre o estatuto do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

i) Das instituições, segurança jurídica e credibilidade

Já manifestamos nossa posição sobre a importância das instituições de um país serem econômica e politicamente inclusivas. Que a liberdade é fundamento do desenvolvimento da sociedade, que os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência estimulam o crescimento do país sem onerar o tesouro público nem os pagadores de impostos, e ressaltamos a importância de que os mesmos estejam solidificados como princípios constitucionais. Que o direito à propriedade e o respeito aos contratos é sólido fundamento do interesse em empreender, que estão previstos em nosso ordenamento jurídico (embora com alguma margem de relativização em nome da função social).

Contudo, estar juridicamente proposto não assegura o cumprimento das normas. Aqui encontramos a importância das instituições formais e informais³⁵⁹. Embora como apontado previamente o Brasil tenha melhorado algumas de suas instituições³⁶⁰, aqui residem os grandes problemas do país.

O direito à propriedade no Brasil é relativizado politicamente. Exemplo disso é o Movimento Sem Terra³⁶¹, que com seu agir desestabiliza o direito de propriedade no Brasil, para qualquer tipo de investidor, seja brasileiro ou estrangeiro. COOTER e SCHÄFER³⁶² explicam que a incerteza jurídica que existe no direito de propriedade da terra no Brasil é um dos elementos que atrapalham o desenvolvimento da economia no país, reduzindo os negócios de arrendamento comparado a outros países, por exemplo.

Ainda, a liberdade de empreender outorgada ao investidor estrangeiro supõe atos administrativos correspondentes e nesse sentido, avanços da teoria da “escolha pública” tem demonstrado a relevância do papel da burocracia administrativa, muitas vezes com maior alcance do que o poder legislativo³⁶³. Um estudo do Banco Mundial³⁶⁴ identificou que demora 100 dias, em média, para a abertura de uma empresa no Brasil; de nada adianta uma

³⁵⁹ NORTH, Douglass. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

³⁶⁰ MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Ratton Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. A regulação de investimentos entre Brasil e Angola: condicionantes internos, contexto internacional, e a construção de acordo de cooperação e facilitação de investimentos. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*.v.5, n. 9, jan/jun 2016, pp. 222-248, p. 235.

³⁶¹ Sobre as ações do Movimento dos Sem Terra e as dificuldades jurídicas de assegurar o direito de propriedade no Brasil, ver, por exemplo AGRAVO Nº 1416830-4/02, do Tribunal de Justiça do Paraná.

³⁶² COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 70.

³⁶³ BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 11-22, p. 19.

³⁶⁴ Dados do Banco Mundial, projeto Doing Business

<http://www.doingbusiness.org/data/exploreconomies/brazil/#starting-a-business>

legislação que permita investir se na prática a o investidor não consegue abrir uma empresa dentro dos parâmetros legais do país em tempo hábil. Outro problema grave para investidores estrangeiros é que a legislação tributária é muito complexa até para os nacionais, gastando-se em mais de 2.000 horas/ano para responder adequadamente a legislação tributária e pagamentos respectivos, aproximadamente 15 vezes mais do que a média dos países.

Perfilamos ao entendimento de COSTA³⁶⁵ sobre a importância do ambiente para o resultado social dos investimentos. Pontuamos assim que além de normas que asseguram os direitos, precisa-se de instituições com poder de dar cumprimento as normas. E que a legislação sem instituições adequadas é insuficiente para atrair e permitir o investimento estrangeiro.

j) Considerações preliminares sobre o sistema regulatório ora incidente sobre investimentos estrangeiros no Brasil

O sistema jurídico brasileiro que regula o investimento estrangeiro é orientado nos mesmos moldes dos demais setores econômicos brasileiros: pressupõe que o Estado deverá estimular e restringir os setores conforme um acordo político. Para isso, utiliza mecanismos constitucionais, arranjos legais, restringindo setores inteiros aos privados, o que se aplica também aos investimentos estrangeiros, e em alguns setores restringe a participação dos estrangeiros, especificamente.

Infraconstitucionalmente, a legislação também restringe conforme a vontade política, em uma interpretação jurídica que minora a relevância da livre concorrência e da livre iniciativa como molas propulsoras da realização material dos direitos individuais e sociais e até da defesa do consumidor. Há desconexão interpretativa entre o direito social ao lazer, no qual viajar de avião é um dos principais meios e lamentavelmente ainda é elitizada, e a restrição no setor de transporte aéreo, por exemplo. Por ser óbvia a ligação, e por ser certo que a baixa concorrência mantém preços altos e empresas ineficientes no setor de modo que muitos brasileiros não podem viajar de avião por um interpretação jurídica que reduz a relevância de princípios constitucionais importantes, e a única explicação é que a economia ainda é (em parcela excessivamente significativa) dirigida não para a realização dos objetivos constitucionais e para a perfectibilização das liberdades individuais mas para a manutenção do *status quo* de poder político para algumas autoridades públicas e de alguns que com estes tem

³⁶⁵ COSTA, José Augusto Fontoura da. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2013, p. 48.

laços, com outorgas de fatias de mercado para empresas que não necessariamente agradam consumidores mas que necessariamente atendem aos requisitos jurídico-políticos. É como se a interpretação jurídica que permite restringir a aviação aérea para alguns pequenos grupos de brasileiros não estivesse em confronto direto com o dever estatal constitucionalmente previsto de promoção e incentivo do turismo como fator de desenvolvimento econômico.

Sobre o tema, o Ministro GRAU³⁶⁶ explica:

Monopólio é a atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionárias ou permissionárias (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, c, da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – art. 21, XII, e; 30, V, e 25, §1º, da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito.

Dessa forma, fica muito bem explicado pelo douto professor: o regime jurídico intervencionista ora praticado e que atinge a regulação dos investimentos estrangeiros permite que o Estado privilegie alguns agentes, minorando os efeitos da concorrência em suas atividades. E como sustentamos, se a lei outorga privilégios, a recompensa econômica da empresa que trabalha e alcança a capacidade de se beneficiar pelos privilégios estatais é um direcionador mais forte, claro e seguro do que o esforço de gerar inovação para o agrado dos potenciais consumidores. Nesse sentido, nos parece que a força do imã do privilégio estatal é elemento que desorienta a economia da inovação, criando uma força magnética de atração mais forte que os elementos de um mercado baseado em livre concorrência e necessidade dos consumidores, que exigem inovação reiteradamente. O debatido MISES³⁶⁷ em apologia à liberdade no mercado se posiciona assim:

Um exame superficial poderia nos levar a imaginar que são os empresários que decidem o que deve ser produzido e como deve ser produzido. Entretanto, como eles produzem não para satisfazer suas próprias necessidades, mas para atender a necessidades de terceiros, é preciso que seus produtos sejam vendidos, no mercado, aos consumidores, ou seja, para aqueles que desejam consumi-los. Assim sendo, o empresário só poderá ser bem-sucedido e realizar

³⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, pp. 144.

³⁶⁷ MISES, Ludwig von. *Intervencionismo, uma análise econômica*. Trad: STEWART JUNIOR, Donald. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.20.

um lucro se for capaz de produzir melhor e mais barato, vale dizer, com um menor dispêndio de material e mão de obra, os artigos mais urgentemente desejados pelos consumidores. Portanto, são os consumidores e não os empresários que determinam o que deve ser produzido. Numa economia de mercado o consumidor é o soberano. É ele que manda, e o empresário tem que se empenhar, no seu próprio interesse, em atender seus desejos da melhor maneira possível. A economia de mercado tem sido denominada democracia dos consumidores, por determinar através de uma votação diária quais são suas preferências

Enquanto o Brasil não der liberdade ao mercado, aos consumidores e aos empreendedores, o Estado ainda será o protagonista via suas intervenções econômicas. Líderes de mercado com privilégios estatais conseguiram manter sua relevância ainda que ineficientes; a nova economia que surge, com empresas com maior capacidade tecnológica e de impacto social, deve mudar alguns paradigmas nos próximos anos.

Ainda, a estrutura administrativa pública desencoraja o empreendedor, seja estrangeiro seja nacional. Os parâmetros de eficiência para, por exemplo, ter licença de operação são fundamentais para atração de investimento estrangeiro, mas as autoridades públicas não dão a devida atenção a essa liberdade de empreender. Questões como essas atrapalham investidores indiscriminadamente. Não se pode confundir políticas que privilegiam algumas empresas com políticas que privilegiam o empreendedorismo; muitas vezes a ideia de fortalecer algumas empresas locais via subsídio diverge da defesa da livre iniciativa, princípio constitucional.

Entendemos, portanto, que a visão de ROSE-ACKERMAN³⁶⁸ sobre a pouca eficiência dos tratados bilaterais de investimento se aplica ao Brasil. O Brasil não tem um problema de exceções inadequadas ao investimento estrangeiro apenas, o maior ponto a desenvolver no país são as instituições como um todo, o caráter de privilégios e privilegiados pelo regime protecionista, e isso se resolve de forma mais eficiente no âmbito do direito interno que incide sobre todos os tipos de empreendedorismo.

3.2 A REGULAÇÃO DA NOVA ECONOMIA NO BRASIL

3.2.1 A nova economia global e o papel do Estado brasileiro na regulação e atração de investimentos em um ambiente democrático

³⁶⁸ ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jeniffer. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School: Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

Historicamente, o investimento estrangeiro se dá na exploração de recursos naturais e na oferta de serviços públicos³⁶⁹. No Brasil, ainda há um importante fluxo de investimentos estrangeiros orientado ao estabelecimento de manufaturas industriais que distribuem seus produtos para o mercado interno, com o caso da automobilística.

Nosso objetivo no presente item é discorrer sobre o investimento estrangeiro na nova economia que surge no contexto das organizações exponenciais, economia de compartilhamento e da indústria 4.0, todas de base inovadora com largo uso de tecnologias de ponta, e que decorre do processo de globalização ao mesmo tempo que é forte instrumento aceleração da globalização.

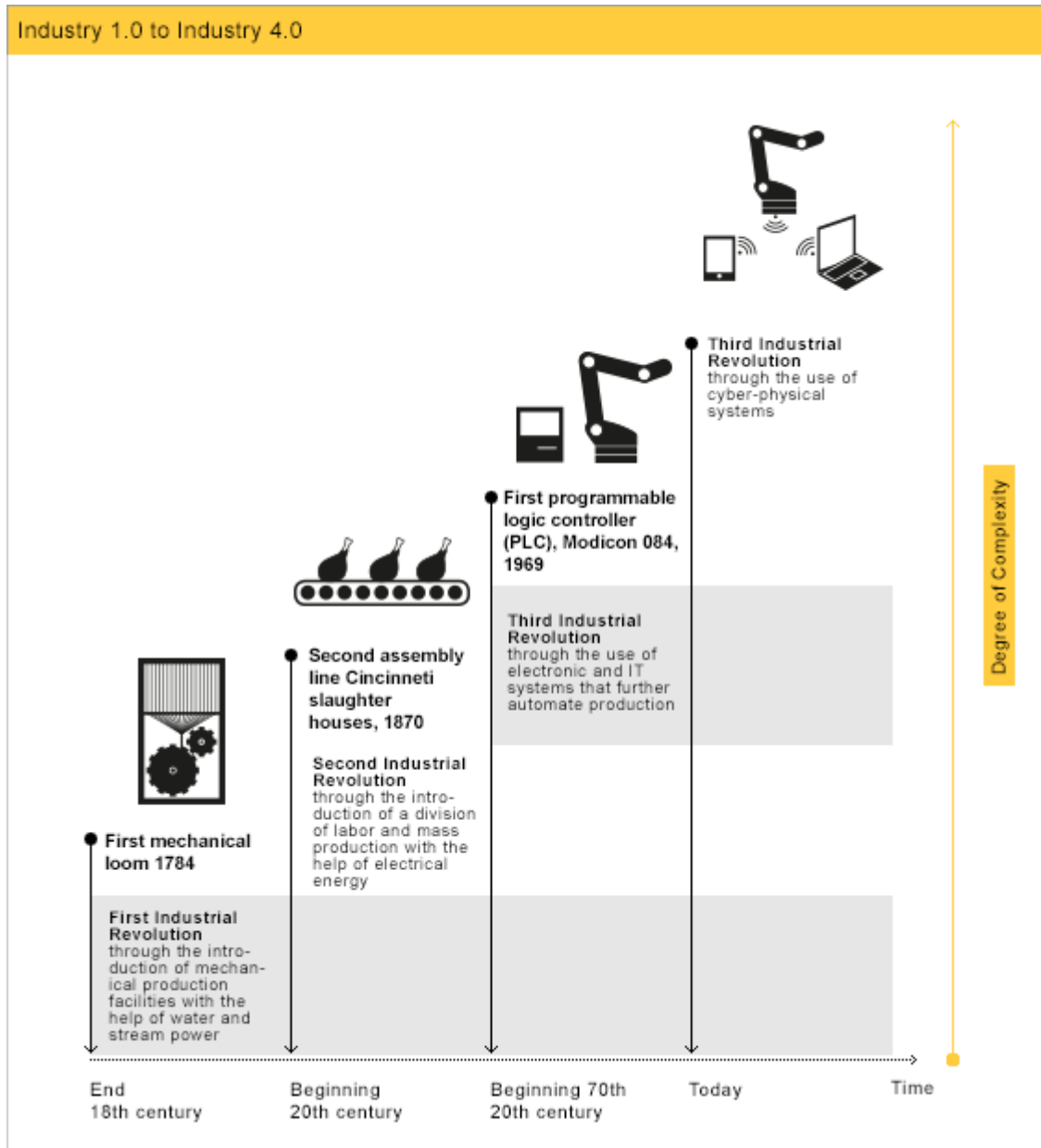
KLAUS SCHWAB³⁷⁰ explica que a quarta revolução industrial, de onde vem a ideia de indústria 4.0, é um quarto estágio, posterior a três etapas industriais anteriores: a primeira, a partir do século XVIII, da produção manual mecanizada; a segunda, ao final do século XIX, teve forte contribuição da eletricidade e ensejou a manufatura em massa, ao passo que a terceira, ocorrida a partir da segunda metade do século passado, com forte influência das telecomunicações e da eletrônica. Percebamos ainda que o dinamismo das economias coloca uma coexistência de todas as etapas industriais em um país: no Brasil existem indústrias tentando sobreviver nos mesmos moldes da primeira revolução industrial assim como os primeiros ensaios do modelo desta quarta revolução. A indústria 4.0 é portanto um estágio alicerçado nesse processo histórico que vislumbra uma automatização plena dos processos industriais, incluindo os operacionais produtivos mas também processos de tomada de decisão, o que é possível devido aos avanços na conexão e automação dos dispositivos tecnológicos baseado em inteligência artificial e aprendizado pelas máquinas. O governo alemão tem como interesse nacional declarado criar um ambiente de negócios no qual a Alemanha seja uma líder da indústria 4.0³⁷¹, explicando essa evolução a partir do gráfico abaixo:

GRÁFICO 1

³⁶⁹ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul – uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?. *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V. 49, p. 48 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>.

³⁷⁰ SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016.

³⁷¹ Sobre o projeto do governo alemão <https://industrie4.0.gtai.de/INDUSTRIE40/Navigation/EN/industrie-4-0> - Gráfico 1



Este novo mundo que se abre tem como prováveis consequências um incremento da riqueza mundial gigantesco pelo ganho de eficiência de processos nos meios de produção para o que forem detentores da capacidade de inovação, novos modelos organizacionais empresariais, novas formas de relacionamento com os consumidores ao passo que conviva com a remodelação de parte significativa dos empregos³⁷².

Estudo da Mckinsey³⁷³ projeta que próximo de 5% dos empregos existentes hoje

³⁷² PISTONO, F. *Robots will steal your job but that's ok: how to survive the economic collapse and be happy*. CreateSpace Independent Publishing, 2012.

³⁷³ Nesse sentido, ver MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *Technology, jobs and the future of work*. Fevereiro de 2017. Disponível em <<http://www.mckinsey.com/brazil/our-insights/technology-jobs-and-the-future-of-work/pt-br>>.

podem ser completamente automatizados, e que 60% dos trabalhos hoje existentes podem ser ao menos 30% automatizados. JÜRGEN HOWALDT³⁷⁴ sustenta que a indústria 4.0 é um sistema sociotecnológico no qual o ser humano ficará como instância tomadora de decisão, precisando de menos empregos diretos na produção e surgindo mais oportunidades conectadas com a nexialidade³⁷⁵ de processos complexos, e provavelmente com outras formas de organização empresarial: inspirado também em HARTMUNT HIRSCH-KREISNEN, os modelos empresariais tendem a passar para um modelo de colaboradores com atuações mais pontuais de pessoas altamente especializadas mas com visão holística dos negócios, exigindo tratamento mais flexível nas normas trabalhistas, ao passo que muitas funções serão simplesmente abolidas e alguns mercados e suas funções sequer foram criadas. O caso mais óbvio é que o passo subsequente ao carro autônomo é a abolição da função de motorista. Como sustentamos, equipes sob demanda já são uma realidade que é nuclear às organizações exponenciais³⁷⁶. Vemos que esse processo socioeconômico terá como consequência o desemprego para alguns trabalhadores que não conseguirem desenvolver novas técnicas úteis aos novos processos econômicos mas ainda assim, no grande cenário, com dose de esperança, certo de que os datilógrafos do passado sofreram os com os avanços tecnológicos mas que a destruição criativa³⁷⁷ do mercado é força de progresso da sociedade, vide os uso dos computadores pessoais, e as oportunidades de trabalho decorrentes da inovação que propiciou a massificação dos computadores.

Para o IPEA³⁷⁸, “As TICs continuarão modificando a natureza do trabalho, a estrutura de produção, a educação, a forma como as pessoas se relacionam e a utilização de seus períodos de lazer”. Sobre o tema trabalhista, cabe pontuar o importante debate sobre a reforma da legislação trabalhista que ocorre no Brasil. A flexibilidade pontuada por HOWALDT tem implicações enormes, que encontramos desde já, com tendência de crescimento. Inclusive, nos termos de ISMAIL³⁷⁹, ter a capacidade de gerir equipes sob demanda, isto é não estáticas em quantidade de pessoas/horas/etc, é fundamento dessas novas empresas e modelos de negócios, visando a escalabilidade e engajamento da comunidade ao seu redor, quando e se necessário. O emblemático caso é o Uber, no qual há divergências

³⁷⁴ HOWALDT, Jürgen. 4ª revolução industrial: consequências para o mercado de trabalho e para a sociedade. *Revista Brasil-Alemanha de Inovação* n.º, pp. 31-32, 2016.

³⁷⁵ Neologismo para aquela que possivelmente seja uma das necessárias competências da nova economia: conectar pessoas e conhecimentos para gerar soluções para problemas complexos.

³⁷⁶ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015

³⁷⁷ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1911.

³⁷⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2017, p. 111.

³⁷⁹ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

interpretativas judiciais sob casos essencialmente iguais até em um mesmo tribunal³⁸⁰. Sob uma vara, um modelo de negócio e de investimento estrangeiro é válido no Brasil, na vara ao lado, o mesmo negócio é ilegal e, portanto, as instituições jurídicas estariam repelindo aquele modelo na prática, ao mesmo como proposta de valor e de trabalho sob demanda. Importa observar que a rigidez da legislação trabalhista quando no modelo econômico e industrial do século era componente da base de cálculo de risco econômico e do custo operacional, enquanto a flexibilidade trabalhista é condição fundamental para diversas organizações exponenciais que tem em seu modelo de negócio o trabalho sob demanda³⁸¹.

Nesse sentido, temos ainda o indivíduo-usuário do Youtube, que em único agir pode ser consumidor do Youtube (consumidor do conteúdo disponibilizado pela plataforma), produto do Youtube (o Youtube usa seu acesso como forma de gerar receita de anunciantes) e fornecedor de conteúdo no Youtube (postando vídeos abertos aos consumidores da plataforma, por exemplo), inclusive remunerado; o mesmo vale para o usuário do Facebook. Parece-nos que as molduras clássicas de bens de produção e bens de consumo³⁸², consumidor e fornecedor começam a mudar diante dos fatos. Se estabelecêssemos uma relação trabalhista nos moldes tradicionais pátrios entre quem produz conteúdo regularmente em tais plataformas estaríamos a desmontar o modelo de negócios de tais empresas. Ampliamos ainda o debate de que hoje é plenamente plausível que uma empresa líder de um mercado brasileiro em serviços recorrentes sequer tenha sede no Brasil, por mera prestação de serviços via internet; o mercado de aplicativos é um modelo claro nesse sentido, dificultando ainda a regulação do mercado nos moldes tradicionais, que utilizam barreiras como condicionantes de licenciamento. Se as instituições brasileiras tentarem interpretar, e tiverem o poder de assim o fazer, os novos modelos de negócio sob as luzes da indústria do século XX garantirão que o Brasil não receba os investimentos das empresas que pensam o mercado conforme a economia do século XXI.

Quanto aos consumidores, os ganhos de escala e de inovação tecnológica tem orientado a evolução dos mercados, mas impressoras 3D disponíveis na casa dos indivíduos alteram suas relações com o mercado. Se entendermos o ato de comprar como a escolha por não produzir tal produto ou realizar tal serviço pois o custo de aquisição pelo mercado é

³⁸⁰ Processo nº 0011359-34.2016.5.03.0112, 33ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais e Processo n.º 0011863-62.2016.5.03.0137, 37ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

³⁸¹ Nesse sentido, ver BRANT, Robert. Reforma trabalhista, uma mudança estratégica. *Jornal O Estado de São Paulo*. 08 de julho de 2017. Disponível em < <http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,reforma-trabalhista-uma-mudanca-estrategica,70001881644>>

³⁸² Sobre a evolução do trabalho enquanto ação, ver FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Altas, 2003, p. 132- 136.

menor que o custo de fabricação, quando tivermos máquinas em casa que produzem bens de consumo com alta velocidade e baixo custo, o que é manufaturado para o mercado também será alterado. Segundo GOMES³⁸³, esse contexto econômico da indústria 4.0 tem como tendência a personalização dos produtos de modo quase artesanal mas com alta capacidade tecnológica, supervisionado por humanos e produzidos por máquinas. Aqui, salientamos que esses empregos, ou trabalhos, do futuro serão reservados a trabalhadores qualificados, devendo portanto pontuar a importância da educação dos cidadãos para inclusão dos mais pobres nessa nova economia, bem como o papel da educação na capacidade de inovação de uma economia³⁸⁴. Pontuamos ainda que nos preocupamos com os pontos da educação, ciência e tecnologia especialmente nesse contexto pelos riscos de externalidades para o mercado de trabalho, pensando especialmente nas dificuldades vindouras para os trabalhadores menos qualificados.

Há de se observar importantes paradoxos da nova economia; ao mesmo tempo que a tecnologia causa a obsolescência de trabalhos repetitivos exige de novas funções muito mais conhecimentos e capacidades dos melhores talentos. Comparando ainda com a economia norte-americana e sua abertura aos imigrantes (hoje posta em xeque por recentes alterações nas políticas de incentivo à imigração) e, conseqüentemente ao capital estrangeiro, como uma força enorme de sua capacidade de inovação, estudo de KERR e KERR³⁸⁵ expõe que embora os imigrantes representem apenas 15% da força de trabalho dos Estados Unidos, estes representam aproximadamente um quarto dos empreendedores e um quarto dos inovadores que pede as patentes para registro. Segundo eles: *“Global talent flows will continue to be a fundamental force shaping the U.S. economic and business landscape. This is especially true for entrepreneurship given the economic dynamism that startups unleash and the disproportionate role of immigrants in this process.”* Para adentrar na nova economia com força o Brasil precisará atrair os melhores talentos e empreendedores possíveis, sem preconceitos quanto a nacionalidade do capital que eles trazem, e talvez ir na contramão de um mundo no qual as políticas de imigração estejam sendo restringidas seja uma oportunidade para o Brasil adotar políticas não-discriminatórias aos estrangeiros, seus

³⁸³ Entrevista com Jeferson Gomes. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/02/entrevista-brasil-pode-criar-a-industria-4-0-verde-e-amarela/>.

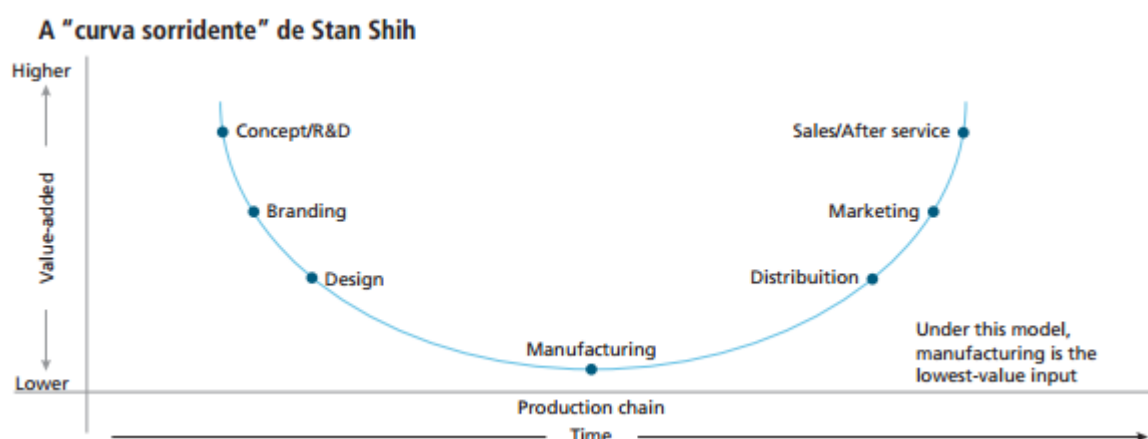
³⁸⁴ Nesse sentido, COOTER e SCHÄFER exemplificam a alta qualidade da educação da Dinamarca e da Coreia do Sul como elementos importantes de suas capacidades econômicas. COOTER, Robert. SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 50.

³⁸⁵ KERR, Sari Pekkala; KERR, William. Immigrants play a disproportionate role in American entrepreneurship. *Harvard Business Review* 03 de outubro de 2016. Disponível em < <https://hbr.org/2016/10/immigrants-play-a-disproportionate-role-in-american-entrepreneurship> >

investimentos e capacidade inovação, estratégia largamente utilizada por alguns países desenvolvidos³⁸⁶.

Destacando a importância da inovação na economia global, ZHANG e SCHIMANSKI³⁸⁷, inspirados em STAN SITH e sua tese da curva sorridente, explicado pelo gráfico abaixo, sustentam que a manufatura é a parte do processo industrial que menos gera valor agregado aos produtos, de modo que a inserção nas cadeias globais por meio da manufatura é um elemento que contribui para a geração de riqueza de um país mas para que exista desenvolvimento econômico os países deveram buscar ampliar sua capacidade de inovação, indo para além da produção industrial e desenvolvendo competências nas áreas de pesquisa e desenvolvimento, criação de marcas, design, qualidade de serviços e marketing.

GRÁFICO 2



Em nossa visão, as políticas de *catch-up* tecnológico somente são possíveis por subsídios públicos, orientação do capitalismo para projetos políticos por vezes distantes da liberdade requerida por um mercado eficiente. Países em desenvolvimento por vezes alocam tantos recursos, e nos parece ser o caso do Brasil, que “garantem” alguma lucratividade aos empresários que se inserem nessa política, enquanto a competição global livre por qual a melhor inovação não tem essa mitigação de risco estatal. A nosso ver, essa mitigação de risco

³⁸⁶ Apontamos exemplos positivos da política de permissão de ao empreendedorismo estrangeiro nos Estados Unido: Sergey Brin, co-fundador do Google, nasceu na Rússia; Elon Musk, co-fundador do Paypal, fundador da Tesla e SpaceX, nasceu na África do Sul; Rupert Murdoch, empresário controlador do grupo Fox de comunicação, entre outros, nasceu na Austrália.

³⁸⁷ ZHANG, Liping; SCHIMNASKI, Silvana. Cadeias globais de valor e os países em desenvolvimento. Boletim de economia e política internacional n.º 18, set-/dez, 2014. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_internacional/150310_boletim_internacional18_cap_5.pdf>

funciona como uma imã da livre iniciativa, distanciando a decisão empresarial, muitas vezes o caso do Brasil, da necessidade de ofertar ao consumidor a melhor solução e provendo sucesso econômico ao empresário que ofertar a melhor solução ao programa político do Estado.

Os empresários são mais orientados ao sucesso empresarial do que a inovação, se há possibilidade de sucesso sem inovação, este será um caminho mais provável que muitos destes sigam, porque o processo de inovação é mais arriscado. Pesamos nossa crítica ao capitalismo orientado por promover o lucro sem geração de inovação e/ou riqueza como condicionante, embora concordemos que este modelo não impede a inovação, ele apenas não a exige³⁸⁸, via proteção estatal dos mercados. Nesse sentido, a OCDE³⁸⁹ afirma que as políticas de subsídio a inovação brasileira estão próximas das dos demais países, mas que a concorrência é que realmente constrói um ambiente de fomento a inovação e que isto deve ser fomentado.

Nossas colocações aqui são no sentido de que as tecnologias permitem às empresas estrangeiras ultrapassar algumas proteções mercadológicas, especialmente as empresas de base inovadora, e que há também por parte dos indivíduos-consumidores forte interesse em romper essas barreiras, aliadas a possibilidades técnicas decorrentes das tecnologias, de modo que o modelo protecionista tem e terá cada vez mais dificuldades de se manter, se quiser conciliar suas defesas coercitivas com os demais valores e pilares da sociedade democrática. Nos parece que uma ideia de interesse nacional que restrinja os investimentos estrangeiros e marginalize os seus consumidores colocará milhões de pessoas no mercado paralelo, ou afastará a população deste mercado via imposição estatal.

Essa economia de base inovadora afeta continuamente o mercado global. Seus expoentes são empresas com alta capacidade tecnológica e distribuição com presença em muitos países, e um exemplo muito claro é o fato de que apenas as marcas do Google³⁹⁰, da Apple e da Amazon valem, cada uma delas, mais de cem bilhões de dólares, e combinadas, aproximadamente um trilhão de reais. Uma das empresas mais importantes da nova economia norte-americana, a Tesla, que congrega inovações no setor automotivo e de energias

³⁸⁸ Nesse diapasão, podemos afirmar que a maioria das grandes empresas brasileiras recebeu algum subsídio público de alguma natureza, e todas as suas inovações estão dentro deste contexto. Mesmos os subsídios, como os empréstimos subsidiados ou concessões ainda estão inseridos em um contexto de concorrência – exemplo: telecomunicações no Brasil, embora reduzida há concorrência – e há inovação nestes setores. O que criticamos é que a moldura permite lucro e sustentação de empresas cujos consumidores não gostariam de manter mas se veem com poucas opções em razão das políticas públicas, por exemplo.

³⁸⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

³⁹⁰ Nesse sentido, <http://exame.abril.com.br/marketing/marcas-mais-valiosas-2017/>

renováveis, é liderada por um imigrante; ele ainda está desenvolvendo tecnologias aeroespaciais (Space X) e de transporte de massas (Hyperloop) com chances reais de alterar a economia global. Entretanto, em que pese o governo brasileiro tenha a informação de que o design, a pesquisa e desenvolvimento, a marca e o serviço tenham pesos econômicos muito mais relevantes que a manufatura, no caso da Netflix, o governo brasileiro está tentando criar uma interpretação jurídica ampla³⁹¹ que obrigue a empresa estrangeira a adquirir mais conteúdos locais audiovisuais como uma solução econômica para o país, ao invés de procurar entender, e agir sobre, porque empresas como o Netflix não são criadas espontaneamente no mercado brasileiro.

De outra banda, o governo chinês também demonstra sua preocupação e aptidão para o fomento do desenvolvimento tecnológico. Aplicativos como o WeChat e o Baidu, este com presença no Brasil inclusive, e a Tecent³⁹² são exemplos dessa nova economia e são fortemente protegidos e fomentados pelo Estado chinês. O próprio Uber não conseguiu competir na China por causa da concorrência com fundo de investimento Didi, que já está inclusive investindo no Brasil³⁹³. Temos então que todos os agentes globais estão orientados à inovação tecnológica, e a China parece ter construído um modelo de investimento público em empresas nacionais combinada com regulação firme em favor dos locais que desafia a tese do fim do história³⁹⁴. Pontuamos ainda que as organizações chinesas de base tecnológica tem obtido sucesso mais forte no seu respectivo mercado interno, cujo tamanho é inigualável no mundo³⁹⁵. Afastada a democracia e alguns princípios jurídicos de tradição ocidental, a concentração de poder político do Estado chinês combinada como um povo com grande

³⁹¹ Relatório da Ancine, autarquia federal, que propõe que empresas estrangeiras, como a destacada Netflix, sejam obrigadas a adquirir mais conteúdo nacional para legalizar sua atuação no Brasil, tentando construir a aplicação de uma interpretação ampla da legislação restritiva bem como a proposição de legislações restritivas as atividades empresariais para direcionamento da nacionalidade dos conteúdos disponíveis. AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE. Relatório de consulta pública sobre a notícia regulatória sobre a comunicação audiovisual sob demanda e recomendações da ANCINE para uma regulação da comunicação audiovisual sob demanda. Disponível em <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20P%C3%BAblico%20Final%20v3.pdf>>

³⁹² Nesse sentido, ver <http://blogs.pme.estadao.com.br/blog-do-empendedor/a-startup-que-poucos-conhecem-deve-ser-a-maior-empresa-do-mundo/>

³⁹³ Fundo Didi investiu milhões de reais no aplicativo 99 no Brasil, para competir com o Uber. <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/didi-chuxing-maior-app-de-transporte-da-china-levanta-us-55-bi-para-financiar-expansao-global.ghtml>

³⁹⁴ FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. RODRIGUES, Aulyde. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

³⁹⁵ Enquanto é inviável a qualquer organização brasileira ter duzentos e cinquenta milhões de consumidores no mercado interno, o mesmo número de clientes dentro do mercado interno chinês é apenas uma pequena fração potencial. Nesse sentido, a maior varejista do mercado brasileiro (Grupo Carrefour, controlado por estrangeiros) faturou, em 2016, quarenta e nove bilhões de reais (<https://exame.abril.com.br/negocios/as-22-maiores-varejistas-do-brasil-pao-de-acucar-perde-1-lugar/>), enquanto o Alibaba, maior varejista chinês, faturou mais de vinte e cinco bilhões de dólares em um único dia de 2017 (<https://br.reuters.com/article/internetNews/idBRKBN1DB0P5-OBRIN>).

capacidade de trabalho e conhecimento técnico compõe um modelo competitivo de Estado para a nova economia, mas, a nosso ver, incompatível com a nossa Constituição e com a economia de escala.

Enquanto a indústria 4.0 está sendo gestada e com seus primeiros frutos, as organizações exponenciais³⁹⁶ são exemplos dessa nova economia que produz valor agregado por meio da inovação e que afeta os marcos regulatórios dos países com os quais interagem, sendo nesse caso específico, porque suas inovações são amplamente buscadas pelos consumidores.

Forte na internet e na utilização desta para conectar mercados e pessoas em grande escala, essa nova economia baseada na inovação tecnológica não é um setor da economia, mas uma estrutura socioeconômica de pensamento e ação que congrega forças em diversas áreas da economia, com novos modelos de negócio baseados em tecnologias da informação. E não há no Brasil uma regulação central, codificada ou desenhada sobre essa nova economia que surge, mas sim, alguns marcos regulatórios e zonas de conflito entre esses novos modelos com a economia tradicional que tem sido solucionados por lógicas pontuais que devem ser melhor observadas, incluindo aqui o debate sobre qual o papel do Estado na regulação dessa nova economia. Não está aqui se advogando de que exista uma necessária codificação, tampouco. Mais do que pontualmente algumas codificações regulações pertinentes por vezes, a interpretação que se dará ao direito e ao papel do Estado terá consequências assaz significativas para a regulação do investimento estrangeiro; qual o interesse nacional? Qual o interesse dos nacionais?

Nesse momento, nos debruçaremos sobre este papel do Estado na regulação desse novo modelo econômico que exsurge dos fatos e da inovação tecnológica ao mesmo tempo que exige constância nessa capacidade inovação para competir e atender aos consumidores, estes cada vez mais protagonistas de suas escolhas. Inspirado em COOTER, TIMM³⁹⁷ explica que esse que se apresenta cada vez mais firme é um capitalismo de ideias, e não mais de concreto, e que a inovação requer ideias e financiamento destas.

Nesse diapasão, o IPEA traz prognósticos sobre o futuro da economia, afirmando um “fortalecimento da economia da inovação”³⁹⁸, entendendo-se economia da inovação aquela que “baseia-se no princípio de que o objetivo central da política econômica deve ser estimular

³⁹⁶ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 19.

³⁹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Direito, inovação e o novo capitalismo. *Jornal Valor Econômico*. 06 de julho de 2017.

³⁹⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2017, p. 108

o aumento da produtividade por meio da inovação”. Projetando o futuro quanto a tecnologia e o sistema financeiro internacional, afirma o IPEA³⁹⁹,

Os avanços tecnológicos, em especial as TICs, permitem o adensamento dos fluxos de dados, informação e conhecimento, bem como facilita a intensificação de transações econômicas e financeiras. Isso pode gerar crescimento da demanda por novas formas de regulação financeira e bancária. Espera-se que haja um aumento da regulação dos fluxos de capitais e da limitação das atividades especulativas, principalmente por meio de impostos. Esse movimento poderá impactar os fluxos de capitais e de comércio internacional. O crescimento das fintechs é outra tendência que poderá ser impactada por esses movimentos. O microcrédito tende a crescer por meio de plataformas virtuais independentes do sistema bancário tradicional, favorecendo a “uberização econômica”

Ainda no mesmo estudo que se propunha a discutir o Brasil e o mundo de 2035, diz o IPEA⁴⁰⁰

No campo da ciência e tecnologia, o desenvolvimento tecnológico permanecerá acelerado, multidisciplinar e com aplicações tecnológicas cada vez mais integradas na indústria, agricultura, comércio e serviços. O tempo para que uma inovação alcance 50 milhões de usuários será reduzido, principalmente para aquelas ligadas às TICs e que se utilizem da internet como canal de distribuição. Será também mantido o crescimento da conectividade, a convergência tecnológica, a interatividade, com acesso ubíquo em alta velocidade. O ambiente será propício para o desenvolvimento da internet das coisas, onde produtos e serviços serão desenvolvidos integrados a diversas mídias e conectados via internet, remodelando o ambiente de produção e o dia a dia das pessoas

O florescimento dessa economia é intimamente relacionado às instituições de um país e o papel que o Estado atribui a si nesse processo é elemento de primeira ordem. Manter o *status quo* ou criar um ambiente propício à inovação demandam diferentes modelos jurídicos de regulação econômica. Isto pode ser explicado com exemplos globais; COOTER e SCHÄFER⁴⁰¹ lembram que em 1870 a Argentina tinha uma riqueza per capita 33% (trinta e três por cento) maior que a da Suécia. Nesse mesmo sentido, COOTER e SCHÄFER⁴⁰² apresentam o seguinte gráfico (GRÁFICO 3), baseado em estudos do Banco Mundial, que

³⁹⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2017, p. 110.

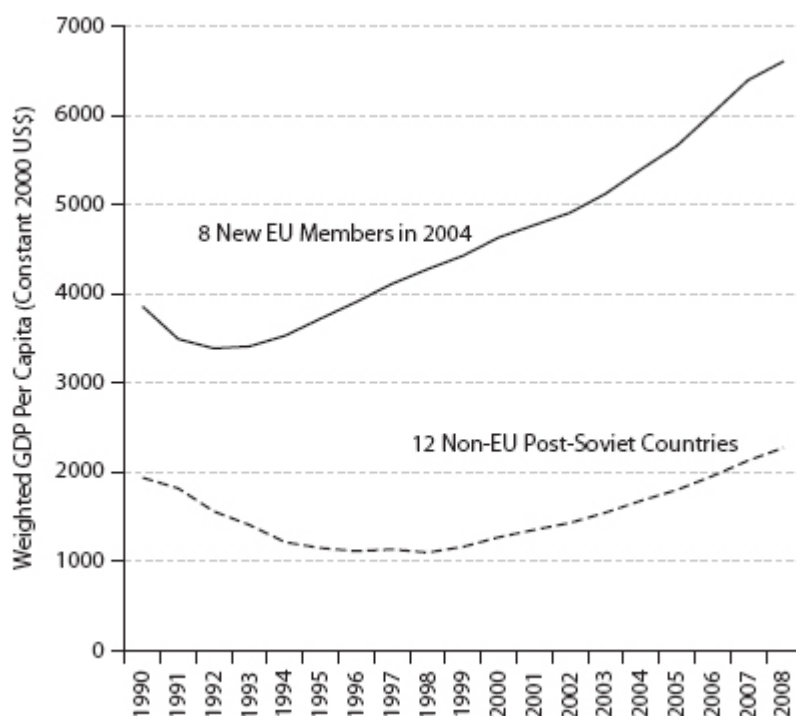
⁴⁰⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2017, p. 111

⁴⁰¹ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 14.

⁴⁰² COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 18.

demonstra que países que eram soviéticos e aderiram a União Europeia tiveram um crescimento de sua riqueza per capita muito maior do que seus ex-companheiros de União Soviética e que não aderiram a União Europeia, e conseqüentemente seu modelo institucional.

GRÁFICO 3



Para os autores, o papel das instituições jurídicas foi fundamental para que os países que ingressaram na União Europeia alcançassem um incremento da riqueza por meio da redução da corrupção, estabelecendo cortes independentes e fortalecendo o direito de propriedade bem como o direito contratual, enquanto os não-aderentes a União Europeia mantiveram estruturas que permitiram o que ele qualificou de “*gangster capitalism*”. Não podemos deixar de apontar a semelhança até de nomenclatura de fenômeno com o “capitalismo orientado” de FAORO⁴⁰³.

Como mecanismos para que os Estados atraiam somente os investimentos estrangeiros saudáveis, pontuamos a importância da qualidade das instituições⁴⁰⁴, estáveis e com políticas anticorrupção, posto que a corrupção é a antítese do bom clima de proliferação do IED, como

⁴⁰³ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

⁴⁰⁴ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77

explicam MOROSINI e FERREIRA⁴⁰⁵. Para que se atraia investimentos estrangeiros da nova economia, há de se ter um ambiente para atrair investimentos *lato sensu*, também.

Nesse sentido, sabiamente, KLITGAARD⁴⁰⁶ propôs a seguinte equação:

$$\text{CORRUPTION} = \text{MONOPOLY} + \text{DISCRETION} - \text{ACCOUNTABILITY}$$

Ou, traduzindo livremente:

$$\text{CORRUPÇÃO} = \text{MONOPÓLIO} + \text{ARBITRARIEDADE} - [\text{TRANSPARÊNCIA} / \text{RESPONSABILIZAÇÃO PÚBLICA}]$$

Nessa equação, quanto mais monopólio maior a corrupção, logo concorrência reduz corrupção; espaço para arbitrariedade na construção das políticas e interpretações jurídicas (*discretion*) gera corrupção, de modo que reduzir o espaço de arbitrariedade dos agentes públicos reduz a corrupção; e *accountability*, que podemos traduzir amplamente por mecanismos de transparência e responsabilização pública, é elemento indispensável, na perspectiva de que quanto mais eficiente os mecanismos de *accountability* menor a corrupção.. Em alguma medida, temos aqui uma revisitação mais ampla da visão de lorde Acton de que o poder tende a corromper, e poder absoluto tende a corromper absolutamente. Redução de corrupção é elemento importante do ambiente de negócios de atração de investimentos e de fomento da nova economia, e qualidade e o direcionamento das instituições facilitam ou inibem esse desenvolvimento.

Ainda, COOTER e SCHÄFER⁴⁰⁷ explicam o processo de investimento em inovação, especialmente o que ocorre no Vale do Silício, capital cultural desse novo capitalismo. São três estágios: (i) o inovador começa pelos “3F – Family, friends and fools”, ou seja, a família, e amigos, que acreditam e se relacionam com o inovador, e uns poucos “bobos” que compram o risco altíssimo, pois é uma fase na qual o valor da empresa ainda é de difícil mensuração; (ii) os investidores de risco, que compram o risco inicial dos projetos gerenciado recursos e com base em suas experiências, para que a inovação cresça exponencialmente, gerando significativo retorno financeiro para o investidor em ambiente de alto risco de execução

⁴⁰⁵ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 77

⁴⁰⁶ KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

⁴⁰⁷ COOTER, Robert.; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 28 e seguintes.

operacional; (iii) após o crescimento, quando este ocorre e que no mais das vezes não ocorre por diversos motivos, as ofertas públicas e o mercado de capitais surgem como financiamento da inovação via grandes massas, mas ainda privadas⁴⁰⁸, na qual poucas empresas conseguem manter o alto ritmo de crescimento, e com suas informações abertas a um público maior, enfrentam concorrentes mais aptos e já atentos a oportunidades que o mercado apresenta posteriormente ao desbravamento pioneiro do inovador. Nesse cenário, o fundamental para estabelecer a confiança que é requerida para o processo de financiamento da inovação, em todos os estágios, é a institucionalização do direito de propriedade, dos contratos e das organizações empresariais. O Brasil tem seguido sua tradição de envolvimento do Estado na economia, e lançou recentemente um fundo de cem milhões de reais para co-investimento em *start-ups*⁴⁰⁹. Pela estrutura montada, parece ser um grande avanço comparativo à política de “campeões nacionais”, mais alinhada ao fomento da inovação constitucionalmente exigida, mais transparente, com um *accountability* mais interessante pela exigência do co-investimento com os agentes privados, mas ainda seguindo o modelo de intervenção pelo Estado como suprimento ao mercado e a mitigação do risco.

Para COTS⁴¹⁰, “a economia digital, que vem movimentando bilhões de reais nos últimos anos, como atividade econômica promissora e democrática que e, merece um ambiente mais adequado para o exercício de suas atividades, já que o capital privado, como nos conta a história, é grande fomentador de pesquisa”. Nessa linha, TIMM⁴¹¹ explica que o direito é fonte de segurança entre as partes e para promover essa relação deverá garantir um bom direito contratual, garantir a propriedade, e regras adequadas de direito societário e mercado de capitais. Nesse caso, restaria ao Brasil “investir em educação e infraestrutura física” para promover a inovação, e no tema de infraestrutura uma das contribuições de um novo direito seria a “não discriminação ao estrangeiro”.

Importa observar também que esta nova economia possui alguns setores de utilização

⁴⁰⁸ Como explicam COOTER e SCHÄFER, no Vale do Silício há protagonismo do financiamento privado da inovação; no Brasil ainda há fortes componentes de intervenção via recursos públicos, em especial via BNDES e/ou FINEP. Em questão pontual, a ANCINE também está propondo tributar as empresas estrangeiras de vídeos sob demanda para fomentar a criação de uma plataforma brasileira, propondo um novo ciclo de intervencionismo, agora neste mercado. Nesse sentido, AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE. Relatório de consulta pública sobre a notícia regulatória sobre a comunicação audiovisual sob demanda e recomendações da ANCINE para uma regulação da comunicação audiovisual sob demanda. Disponível em <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20P%C3%BAblico%20Final%20v3.pdf>>

⁴⁰⁹ Nesse sentido, www.bndes.gov.br/fundoanjo.

⁴¹⁰ COTS, Márcio. Promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 274- 293, p. 293.

⁴¹¹ TIMM, Luciano Benetti. Direito, inovação e o novo capitalismo. *Jornal Valor Econômico*. 06 de julho de 2017.

de capital intensivo, o que exige um mercado de capitais eficiente bem como proteção aos minoritários. O Brasil possui mecanismos de proteção aos minoritários⁴¹² (dividendo obrigatório, voto múltiplo, participação condicionada em conselhos), mas ainda possui um prêmio de controle médio mais caro⁴¹³ (ao redor de 23%) do que países com mercados mais maduros de financiamento da inovação via mercado de capitais, como Estados Unidos, Alemanha e Canadá (na faixa de 5% a 10% sobre o preço dos minoritários).

COSTA⁴¹⁴ explica que as vantagens de hospedar investimentos estrangeiros são diversas, tais como: “o impacto positivo na balança de pagamentos, o estímulo à transferência de tecnologia, o incremento do comércio exterior, a criação de postos de trabalho, a inserção em cadeias de produção e distribuição internacionais e as externalidades positivas. Além disso, o fortalecimento institucional de estruturas administrativas, legislativas e jurisdicionais dos países receptores pode receber impulsos derivados da modernização aportada por algumas dessas empresas”. Pontuamos aqui que a transferência de tecnologia é um dos elementos mais importantes dessa nova economia. A retirada das restrições sobre o controle estrangeiro do capital de empresas de informática que existiam até a publicação da lei n.º 8.248/1991 foi um dos momentos importantes da estrutura de inovação brasileira. A transferência de tecnologia bem como o acesso pela população à computadores são elementos cruciais para a regulação econômica brasileira. Não haveria um Marco Civil da Internet, como a lei n.º 12.965/2014, se as pessoas não tivessem computadores com acesso à internet nem necessidade das leis municipais sobre aplicativos de contratação de serviços de carros privados, como o Uber e o Cabify, se as pessoas não tivessem celulares com acesso à internet. Aqui há exemplos claros da importância do respeito ao princípio constitucional da livre concorrência na qualidade de vida e no desenvolvimento econômico do Brasil e do impacto da não clareza, ou adequação regulatória, do que seja o interesse nacional que regula os investimentos estrangeiros. SARMENTO⁴¹⁵ explica que “condicionar a possibilidade do particular de inovar à existência de prévia regulamentação estatal da sua atividade não é apenas inconstitucional. É também desastroso, sob a perspectiva do desenvolvimento social, por asfixiar de modo intolerável a capacidade de inovação dos agentes econômicos, em detrimento de toda a sociedade”.

Nesse contexto, mais eficiente do que a política vigente de ampliação de subsídio

⁴¹² BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 352

⁴¹³ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012, p. 134.

⁴¹⁴ COSTA, José Augusto Fontoura da. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2013, p. 31.

⁴¹⁵ SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>

econômico⁴¹⁶ ou desoneração fiscal⁴¹⁷, o Estado brasileiro deverá preocupar-se com a qualidade e estabilidade de suas instituições, as políticas anticorrupção, a segurança jurídica e pública, a educação e o fomento a livre iniciativa não discriminatória para incentivar a inovação. Estabelecer limites claros do que seja direito econômico e do que seja direito civil será fundamental para que a interpretação constitucional seja perfectibilizada. Melhor do que acordos internacionais para atração de investimento estrangeiro é a instrumentalização do princípio da livre iniciativa por meio da facilidade em abrir e fechar empresas, permitindo que empresas sejam criadas dentro da lei e em tempo hábil, sem discriminação por nacionalidade. Por vezes, e não poucas, alguns empreendimentos inovadores surgem e vão a falência, ou surgem e chegam a um milhão de usuários, em menos tempo do que o tempo médio para abrir uma indústria no Brasil. Embora o investimento de cem milhões de reais via BNDES contribua para o fomento de *start-ups*, os investimentos necessários para a construção dessa nova economia são na casa dos bilhões de reais⁴¹⁸, de modo que as estruturas institucionais precisarão facilitar o investimento dos privados ou retirar recursos de áreas como saúde, segurança e educação para financiamento das empresas, dentro da perspectiva de escolhas trágicas orçamentárias em um ambiente democrático.

Por esse viés, embora sejam possivelmente pertinentes tratados internacionais que incentivem a cooperação entre povos, e quando adequadamente negociados não vemos nisso nenhum mal, as grandes soluções institucionais para atração de investimentos estrangeiros passam por soluções do direito interno pátrio. Em outras palavras, para que o Brasil atraia investimentos estrangeiros sustentáveis, melhor do que subsidiar setores econômicos seria utilizar esses recursos para investir em educação visando o desenvolvimento do capital humano que será necessário à inovação, assim como melhor do que ofertar incentivos fiscais seria proteger a independência de operações como a Lava Jato, fomentando a “*accountability*” interna para fomento da inserção na nova economia e da capacidade de competitividade global combinada com transparência, eficiência e inovação. Acrescente-se a essa reflexão o fato de que o Brasil não possui ainda marcos regulatórios de todos pontos dessa nova economia, mas que já existem alguns que afetam essas estruturas, tema que abordaremos no próximo item.

⁴¹⁶ Nesse sentido, o esforço do Decreto nº 8.957/2017 em ampliar as áreas de investimento estrangeiro que o Estado pode subsidiar via BNDES.

⁴¹⁷ WEI, Shang-Jin. Corruption and Globalization. Brooking policy brief series, n.79, abr. 2001. Disponível em: < <http://www.brookings.edu/research/papers/2001/04/corruption-wei> >. Acessado em 20 de dezembro de 2017, p. 5.

⁴¹⁸ A China planeja investir 3% do seu produto interno bruto em ciência e tecnologia orientada ao mercado, por exemplo.

3.2.2 Aspectos regulatórios da nova economia no Brasil

Exploraremos nesse item pontos relevantes para a compreensão da regulação do investimento estrangeiro no Brasil, em especial sobre essa nova economia que surge. Analisaremos o caso Uber, um dos mais emblemáticos, bem como o Marco Civil da Internet, recente mudança legislativa que regula negócios da internet. Embora não sejam a completude da regulação da nova economia servirão como importantes contextos para analisarmos o interesse nacional na regulação dos investimentos estrangeiros da nova economia no Brasil.

a) O caso Uber

Denominamos o caso Uber aquilo que na verdade foi o recente fenômeno mercadológico que alterou o setor de transporte de pessoas (também) no Brasil para além da empresa especificamente. O Uber é uma das empresas, mas a que se estabeleceu primeiro e mais fortemente na batalha jurídica de ingresso no país, que por meio de aplicativo de celular conectam motoristas com carros privados a consumidores interessados em realizar contrato de transporte. Esse mercado é entendido por alguns como ameaça ao mercado concessionado de transporte público individual, os táxis, que são regulados pelos municípios.

A regulação de táxis é realizada pelos municípios, entes constitucionalmente competentes para tal, na forma do artigo 30, incisos I e V. TELESFÓRO explica que “os táxis são definidos como veículos particulares, com utilização voltada para o transporte público de passageiros. O serviço pode ser dividido em três categorias: (i) táxis de rua; (ii) fileiras de táxi (pontos de táxi) e (iii) táxis pré-agendados”⁴¹⁹, que “É importante ter em mente que os diferentes sistemas de táxi possuem pesada carga regulatória”⁴²⁰, “serviço de táxis ainda é considerado precário, multiplicando-se nos meios de comunicação, a todo instante, reclamações relativas ao que é oferecido”⁴²¹ e que assim, como no resto do mundo, o táxi é um serviço excessivamente regulado⁴²².

Após anos de incentivos governamentais⁴²³ ao setor automotivo que gerou a expansão

⁴¹⁹ TELESFÓRO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p.14.

⁴²⁰ TELESFÓRO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p.14.

⁴²¹ TELESFÓRO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p.15.

⁴²² TELESFÓRO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p.17

⁴²³ Exemplos: lei n.º 12407/2011 e lei n.º 9440/1997.

do mercado e contribuiu para que muitas pessoas adquirissem o seu veículo cumulado com uma crise econômica que gerou significativo desemprego⁴²⁴, o modelo de negócios do Uber que conecta pessoas proprietárias de carros com interessados em transporte, gerando oportunidade de renda para esses motoristas permitiu a criação de uma comunidade ao redor do negócio, o que explicamos é fundamental para o crescimento das organizações exponenciais⁴²⁵. Esse crescimento foi tão significativo que outras empresas estrangeiras ingressaram nesse mercado, como o Cabify, de origem espanhola, bem como empresas brasileiras. Esse crescimento desequilibrou o modelo então vigente dos táxis, gerando uma força política nos municípios para regular e limitar as atividades desses investimentos, em um primeiro momento, estrangeiros. Audiências públicas⁴²⁶ se espalharam pelo Brasil, seguidas de leis municipais que propuseram regulações.

BUCHANAN⁴²⁷ explica que *“in certain important areas of policy, however, the model of political decision-making that is assumed may influence the analysis itself. If this is not understood, economists may be frustrated by their entrapment in a theory of policy that explains little about the behavior of the effective decision-makers. The replacement of the benevolent-despot model by the more plausible, even if still simplified, model that assumes individuals make their own collective decisions may be highly productive in particular applications”*. A análise da regulação do investimento estrangeiro exige perceber esses elementos da teoria da escolha pública.

As pressões dos grupos de interesse, mormente os taxistas, cumulada com a concepção restritiva em desfavor ao investimento estrangeiro buscaram pleitear legislações que impedissem ou dificultassem esse modelo de negócio por meio da lei; Existem argumentos contrários a liberação do Uber: concorrência desleal ao serviços de táxis parece ser o principal argumento discutido publicamente, enquanto a validade das normais municipais sobre o serviço de transporte público permitem uma interpretação ampla que proíba o serviço do Uber

⁴²⁴ O IBGE identificou uma taxa de desocupação de 13,7% no primeiro trimestre de 2017. <ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201701_trimestre_caderno.pdf>

⁴²⁵ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁴²⁶ Nesse sentido, por exemplo, audiências públicas em Manaus <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/audiencia-publica-sobre-uber-em-manaus-tem-protesto-de-taxistas.ghtml>>, Salvador <<http://www.correio24horas.com.br/detalhe/salvador/noticia/com-gritaria-audiencia-publica-sobre-uber-cria-comissao-para-debater-projeto-de-lei/?cHash=96b6f555e9635d0af568e35aa642518d>> e Porto Velho <<http://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/audiencia-publica-sobre-regularizacao-do-uber-e-realizado-em-porto-velho.ghtml>>

⁴²⁷ BUCHANAN, James M. A public choice approach to public utility pricing. In: BUCHANAN, James M; TOLLISON, Robert D. (Orgs.). *Theory of public choice: political applications of economics*. Michigan University Press: Ann Arbor, 1972, pp. 153-167, p. 153.

e seus similares, nas cidades em que for proibida por lei local, bem como o Projeto⁴²⁸ de Lei da Câmara 28/2017 vislumbra a criação de regras que o descumprimento das quais impõe a ilegalidade das atividades de prestação de serviços de transporte individual conectados via aplicativos, argumentam em sentido legalista.

Trazemos agora os dizeres do Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI⁴²⁹ em defesa da regulação do Uber pelos municípios, em processo no qual foi vencido pela maioria de seus colegas.

Destarte, cabia mesmo ao Município disciplinar essa nova atividade de transporte de passageiros, inclusive condicionando seu exercício à prévia regulamentação e autorização estatal; assim, a disposição do artigo 1º da Lei Municipal nº 16.279/2015 deve ser entendida no sentido de que, apenas enquanto não sobrevier a adequada disciplina acerca da matéria, a prestação desse serviço é mesmo proibida, até em prestígio da segurança do usuário do sistema. E tal vedação não importa no alardeado impedimento à livre iniciativa e ao trabalho, haja vista que a atividade sob exame pode ser livremente exercida, exceto de forma clandestina, ou seja, à margem da autorização e fiscalização do ente estatal.

Interessante notar que esse mesmo fenômeno de debate regulatório do setor poderia ter sido direcionado a reduzir as restrições dos taxistas e facilitar a vida desse grupo de interesse, mas não foi o caminho tomado pelo debate público e jurídico. TULLOCK⁴³⁰ explica que “*In addition to creating small monopolies all over the place, government very commonly engage in regulations which, from a standpoint of production, are essentially arbitrary*”.

TELÉSFORO⁴³¹ expõe que “No mercado de transporte de passageiros, os consumidores, por serem vários e dispersos, são pouco propícios a pressionar o legislativo e reguladores por melhor qualidade no serviço, tarifas mais baixas ou aumento no número de táxis. O elevado custo de transação inviabiliza o requerimento por condições mais favoráveis. Em situações como essas, os reguladores são geralmente suscetíveis a aderir à forte pressão que é feita por grupos de interesse, para tarifas cada vez mais elevadas e por políticas de entrada restritivas”. Exemplos dessas regulações são as seguintes: lei municipal de Porto Alegre, n.º 12.162/2016⁴³², a lei municipal n. 16.279/2015 de São Paulo⁴³³ e lei complementar

⁴²⁸ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128659>

⁴²⁹ Processo n.º 2216901-06.2015.8.26.0000, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁴³⁰ TULLOCK, Gordon. The backward society: static inefficiency, rent seeking, and the rule of law. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 224-237, p. 225.

⁴³¹ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 42.

⁴³² Disponível em < <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1216/12162/lei->

municipal do Rio de Janeiro n.º 159/2015⁴³⁴ e Decreto 40.518/2015, também do Rio de Janeiro. As externalidades das regulações eram a imposição de dificuldades para esses novos concorrentes dos taxistas, que inclusive ingressaram no mercado a preços inferiores aos preços concessionados pelas municipalidades, até então livre de fortes concorrências no transporte de pessoas em suas respectivas cidades.

Quando essas regulações visando impedir ou restringir o acesso a este mercado se espalharam pelo Brasil explodiram debates jurídicos sobre a validade e seus limites. A Constituição dispõe sobre as competências legislativas dos entes em seus artigos 22, 24, 25 e 30 da Constituição brasileira. Contudo, a sanha de poder é sistemática e as zonas cinzentas da legislação permitem um ambiente de debate interpretativo. Por exemplo, a Constituição outorga à União privativamente a competência sobre o direito civil e comercial, trânsito, transporte e trabalhista, outorga à União e aos Estados competência comum para legislar sobre direito econômico, tributário, consumo e inovação, ao município a competência de suplementar a legislação federal e estadual bem como criar legislação de interesse local; está pronta a miscelânea de competências.

Percebamos que o serviço Uber é um serviço de transporte privado de pessoas, que o Código Civil brasileiro em seu artigo 734 e nos seguintes regula este serviço, e que a competência para legislar sobre o direito civil é privativa da União. Para que se possa considerar a hipótese da viabilidade das legislações municipais incidirem sobre a restrição a atividade econômica elas deveriam ser formalmente constitucionais. Os defensores da regulação municipal dos aplicativos de transporte negam que este seja transporte privado de pessoas regulado pelo Código Civil, sendo então outra categoria relacionado ao direito econômico e ao interesse local

Sobre o tema, CANOTILHO⁴³⁵ escreveu parecer sobre o caso Uber no Brasil. Sustentou que a interpretação adequada a legislação brasileira é a que percebe a relevância dos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, liberdade de acesso e livre exercício de atividade econômica, independente de autorização de órgãos

ordinaria-n-12162-2016-dispoe-sobre-o-servico-de-transporte-motorizado-privado-e-remunerado-de-passageiros-altera-o-caput-dos-arts-15-16-17-18-19-20-e-21-e-o-paragrafo-unico-do-art-21-inclui-paragrafo-unico-nos-arts-16-19-e-20-arts-16-a-20-a-e-21-a-e-incs-iii-e-v-no-caput-do-art-18-a-e-revoga-o-inc-v-do-caput-e-o-5-do-art-14-o-paragrafo-unico-dos-arts-17-e-18-todos-na-lei-n-8133-de-12-de-janeiro-de-1998-e-alteracoes-posteriores-e-inclui-inc-vii-no-caput-do-art-3-da-lei-n-11-182-de-28-de-dezembro-de-2011>

⁴³³ Disponível em <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/leis/L16279.pdf>>

⁴³⁴ Disponível em <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/1dd40aed4fced2c5032564ff0062e425/65e58cb3ec93794483257ecf00600d50?OpenDocument>>.

⁴³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer. 26 de outubro de 2015. Disponível em <<https://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>

públicos, e em fortemente fundamentado arrazoado, as legislações municipais de São Paulo e Rio de Janeiro eram materialmente inconstitucionais, por “violação isolada de diversos preceitos constitucionais, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea de diversos preceitos da Constituição Federal”, expondo também a importância da proporcionalidade nas regulações. Ainda “Que a existência de um ‘serviço Uber’ no mercado não pode ter o efeito ricochete (ou até mesmo sancionatório) de, a seu pretexto, o poder público pretender legitimar e justificar uma qualquer restrição – e muito menos qualquer inibição – ao acesso e exercício de atividade (sic) econômica privada de transporte individual de passageiros, na sua modalidade privada”. Consubstanciando essa visão, aponta o parágrafo 3º do artigo 36 da lei n.º 12.529/2011, que afirma que limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado caracteriza infração econômica, bem como criar dificuldades à Constituição ou ao funcionamento de empresa concorrente; e que o marco regulatório da internet, lei 12.965/2014 estabelece no uso da internet, os fundamentos da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, a abertura e a colaboração, bem como a liberdade dos modelos de negócios, desde que não conflitem com os demais princípios desta lei. Continua o professor português afirmando que não pode o município usurpar as normas de competência da União estabelecidas na Constituição, sendo tais legislações municipais formalmente inconstitucionais.

Seguindo essa perspectiva, em julgamento sobre a validade da regulação municipal carioca sobre os “serviços Uber”, o juiz de direito BRUNO BODART, no processo nº 0373699-21.2015.8.19.0001⁴³⁶, sentenciou da seguinte forma:

Não pode o legislador caracterizar como “serviço público” exclusivo qualquer atividade econômica que arbitrariamente pretenda eleger como tal, sob pena de tornar-se letra morta o art. 170, caput, da Constituição, segundo o qual a ordem econômica nacional é fundada na livre iniciativa

O juiz ainda se inspirou em FRIEDMAN e FRIEDMAN⁴³⁷, citando-os de que “Devemos desenvolver a prática de analisar tanto os benefícios quanto os custos das propostas de intervenção do governo e exigir uma justificativa muito clara a favor dos benefícios em vista dos custos antes de adotá-las”. Também no Rio de Janeiro, mais recentemente, um

⁴³⁶ Íntegra disponível no <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-determina-autoridades-rio-nao.pdf>> . Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁴³⁷ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Trad. Ligia Filgueiras. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 62.

mandado de segurança assegura a possibilidade da prestação de serviços do Uber⁴³⁸.

Em outro sentido, no processo n.º 2216901-06.2015.8.26.0000, no qual o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu sobre a legislação da capital paulista sobre os serviços Uber, o Relator, desembargador Francisco Casconi, entendeu que o município tem competência para legislar sobre o serviço de transporte municipal, mas que a legislação municipal n.º 16.279/2015 violava os princípios da livre iniciativa, liberdade de trabalho e livre concorrência. Afirmou ainda o desembargador que a eficiência do serviço contribuía para o tráfego, orientado por tanto aos objetivos da Política Nacional de Mobilidade Urbana e que o serviço não poderia ser prejudicado por “interesses classistas”, no caso dos taxistas. Ainda, segundo o relator, “atividades inovadoras (...) surgem em descompasso à existência de normatividade prévia, de aspecto legal ou meramente regulamentar, quando cabível”. Embora existindo divergências, prevaleceu a visão do relator.

Ainda sobre o tema dos serviços Uber, SARMENTO⁴³⁹ escreveu parecer sustentado que nos termos constitucionais “Apenas a União pode disciplinar a atividade de transporte individual de passageiros”, mas que nem o legislador federal “desfruta de liberdade irrestrita para instituir serviços públicos”, e que é possível a regulação estatal da atividade mediante o crivo da proporcionalidade, observados os limites constitucionais e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência pois “não fosse assim, ele (Estado) poderia instituir novos monopólios e suprimir a iniciativa privada ao seu talante”. Ainda, diz o professor SARMENTO, que um dos argumentos plausíveis para a regulação seria a assimetria de informações, mas que no caso “a inovação tecnológica trazida pela UBER propiciou a criação de mecanismo muito mais eficaz para a superação da assimetria de informações do que os mecanismos vigentes da burocracia estatal, que vêm se revelando cada vez mais falhos”. Corroborar essa visão o parecer do economista-chefe do CADE⁴⁴⁰ que afirma que o Uber, por seu processo de inovação, está criando mercado e não usurpando mercado dos taxistas, como sustentamos ser o propósito das organizações exponenciais.

O caso Uber é emblemático porque é um dos exemplos de negócios exponenciais que teve ampla aceitação no mercado brasileiro, tanto de consumidores quanto de interessados em

⁴³⁸ Processo n.º 0406585-73.2015.8.19.0001, da 6ª vara da fazenda pública no Rio de Janeiro. Disponível em <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/04/Uber-RJ-3.pdf>>

⁴³⁹ SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>

⁴⁴⁰ ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>

serem motoristas vinculados à plataforma, ao mesmo tempo que enfrentou com inovação um mercado de serviços concessionados municipalmente cumulando com as questões políticas de ser um investimento estrangeiro com modelo de negócios que envolvia forte formação de equipe sob demanda, o que afeta muito da interpretação proposta por autoridades públicas vinculadas ao direito trabalhista.

JUSTEN⁴⁴¹ explica que a captura regulatória caracteriza-se em primeiro momento de uma agência pela grande disposição e energia para cumprir os fins de interesse coletivo. Na fase de maturidade do órgão regulador, os membros da entidade iriam perdendo sua capacidade de controlar as áreas sob sua responsabilidade. Ao decorrer do tempo, a agência começa a precisar de informações prestadas pelos controlados, que desenvolvem cada vez maior influência. Em especial, como consequência da disparidade de representatividade dos interesses geridos pelos reguladores. Os interesses comunitários são difusos; os controlados diretamente têm maior interesse e se organizam para atuar sistematicamente junto aos reguladores. Há esse risco em todo e qualquer ente regulador, sendo importante o equilíbrio institucional de controles sobre os controladores, sejam agências, parlamentos ou agentes públicos de quaisquer natureza. TELÉSFORO⁴⁴² contribui sobre o tema da teoria da escolha pública

Na medida em que as pessoas procuram valorar seus interesses pessoais de modo racional, haveria uma espécie de “mercado político”, no qual as empresas poderiam adquirir determinados benefícios advindos da regulação. Os benefícios que o setor pode obter da instituição de regulação seriam quatro: (i) obtenção de subsídios e subvenções; (ii) instituição de barreiras de entrada no setor; (iii) regulação que atinja positivamente os produtos complementares ao setor econômico que busca a regulação e afete negativamente os produtos substitutos; (iv) fixação de preços

Ao analisar o caso Uber, TELÉSFORO⁴⁴³ identificou que “a captura se torna presente no processo regulatório do setor de táxis em grandes proporções, pois diversos grupos de interesse exercem influência na escolha dos mecanismos a serem adotados pela regulação”. Nesse tom, BLUNDELL e ROBINSON⁴⁴⁴ explicam:

Um outro motivo pelo qual a regulação é criada e pelo qual

⁴⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 369.

⁴⁴² TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 34.

⁴⁴³ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 37.

⁴⁴⁴ BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Trad. NOGUEIRA, Vera. Rio de Janeiro: IL, 2000. p. 24-25.

tende a crescer é que os mais diversos grupos de interesse podem se beneficiar consideravelmente dessa mesma regulação. O processo de lobby, através do qual os grupos de pressão se esforçam para mudar as políticas do governo a seu favor, explica o fato comumente observado de que freqüentemente as políticas do governo parecem ser mais dominadas pelos interesses de produtores e outros grupos organizados do que pelo 'interesse público'. O motivo subjacente pelo qual os grupos organizados são tão influentes na regulação (e outros setores de formadores de políticas) é de que o benefício potencial da regulação se concentra nos seus membros, enquanto os custos da regulação são diluídos em um grande número de consumidores ou até mesmo na totalidade da população. (...) os consumidores terão que arcar apenas com pequenos custos se a regulação for implementada. Conseqüentemente, têm pouco incentivo para investir em tempo e em outros custos em que incorreriam caso fizessem oposição à regulação. Muitos consumidores podem não perceber que existem custos envolvidos. Assim, apesar de existirem milhões de 'vítimas invisíveis' de uma regulação e de o total dos custos estar muito acima dos benefícios obtidos pelo grupo organizado, na prática as vítimas podem fazer uma oposição fraca ou até mesmo nenhuma oposição à regulação (sic)

Nesse diapasão, ESTEVES⁴⁴⁵, analisando o caso Uber, “Portanto, o movimento refratário das autoridades seria justificado pela captura regulatória, motivada pela manipulação do ambiente político por grupos lobistas em busca de rendas econômicas, ou seja, por conta de *rent-seeking*”. O juiz carioca BODART⁴⁴⁶ sentenciou:

Há indícios significativos de que a iniciativa estatal é fruto de captura regulatória e não está voltada à promoção do melhor interesse público. A rigor, a consistência jurídica da escolha proibitiva é frágil. De um lado, existe um serviço bem qualificado e cada vez mais utilizado pela sociedade. De outro, há a oposição ferrenha de governantes à atividade; oposição essa fomentada, é bom que se frise, por grupos de interesse que, afortunados pelas escassas permissões outorgadas, logram rendas extraordinárias na exploração do serviço

Nesse sentido, a legislação municipal era o âmbito no qual os agentes interessados no privilégio estatal do mercado de táxi conseguiam atuar e influenciar. Soma-se a este esforço a interpretação que parte significativa do Ministério Público do Trabalho dá ao vínculo do Uber com os motoristas (o Uber entende que os motoristas contratam os seus serviços enquanto o

⁴⁴⁵ ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>

⁴⁴⁶ Processo n.º 0346273-34.2015.8.19.0001, 1ª vara da fazenda pública do Rio de Janeiro.

Ministério Público do Trabalho interpreta que os motoristas são empregados do Uber), o que encaminha-se para mais uma batalha judicial entre a empresa e autoridades públicas⁴⁴⁷, bem com as decisões de juízes do trabalho⁴⁴⁸ que são contra a “uberização da economia”, que avaliam o fenômeno da “uberização”⁴⁴⁹ como um risco alto para o equilíbrio das relações entre capital e trabalho. Aqui, a relevância das instituições na atração de investimento estrangeiro: mesmo que a lei não impeça, caso as instituições queiram impedir um modelo de negócios existem discussões jurídicas possíveis e fortes que permitem essa batalha com consequências econômicas.

Nos parece contudo, que no caso Uber, que quanto a legislação trabalhista, a melhor interpretação é aquela esposada nas decisões da juíza do trabalho TAMARA GIL KEMP⁴⁵⁰, do Distrito Federal, percebendo entre motoristas e aplicativo uma relação comercial, bem como do juiz do trabalho FILIPE DE SOUZA SICKERT⁴⁵¹, negando a vinculação empregatícia dos motoristas do aplicativo. Sabemos, contudo, que somente daqui algum tempo consolidação do entendimento sobre se há ou não vínculo empregatício entre as organizações exponenciais e suas comunidades sob demanda, o que será elemento assaz relevante no ingresso definitivo e protagonista do Brasil na nova economia e na atração de investimento estrangeiro desse mercado.

De todas as críticas cabíveis ao Uber, a mais interessante nos parece que seja a de EDELMAN⁴⁵². Sustenta este pesquisador que a gestão do Uber acabou por se infectar por um agir contrário a toda espécie de convivência social e regulatória, como uma espécie de pirata pós-moderno (ao estilo do Napster que popularizou o serviço de músicas online mas não conseguiu se perpetuar como negócio) que criou um modelo de disrupção que não conseguirá se ajustar e por isso deve ser fechado. O Uber, ou qualquer investidor estrangeiro, não está acima da Constituição de um país, e assim como taxistas que cometem ilegalidades devem ser punidos⁴⁵³, o Uber ou motoristas do Uber que cometam crimes (e seus similares), também

⁴⁴⁷ Nesse sentido, a notícia sobre o grupo de trabalho Uber e a decisão de ajuizar ações coletivas; ver em <http://exame.abril.com.br/negocios/mpt-quer-acoes-coletivas-contr-uber-e-similares/>.

⁴⁴⁸ Processo n.º 0011359-34.2016.5.03.0112, 33ª Vara da Justiça do Trabalho de Belo Horizonte, Minas Gerais.

⁴⁴⁹ Neologismo que faz referência a flexibilidade dos novos modelos de negócios e de contratação que citamos previamente.

⁴⁵⁰ Processo n.º 0001995-46.2016.5.10.0111, Vara do trabalho da Gama, Distrito Federal Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/uber-decisao.pdf>>

⁴⁵¹ Processo n.º 0011863-62.2016.5.03.0137, da 37ª vara do trabalho de Belo Horizonte. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-trabalho-fixa-motorista-uber.pdf>>

⁴⁵² EDELMAN, Benjamin. Uber can't be fixed – it's time for regulators to shut it down. *Harvard Business Review*. 21 de junho de 2017. Disponível em <<https://hbr.org/2017/06/uber-cant-be-fixed-its-time-for-regulators-to-shut-it-down>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁴⁵³ Nesse sentido, denúncias: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/08/31/interna_gerais,896605/aumentam-denuncias-de-assedio-de-

devem. Mas pontuamos que a eventual incapacidade do Uber e/ou seus motoristas conseguirem se adaptar a mínimas convivências sociais e respeitar normas, o que eventualmente teria como resultado a falência, não pode ser confundido com permissões para que o Estado crie estruturas jurídicas que limitem a livre iniciativa e a livre concorrência, ou fomentem a discriminação para defender privilégios estatais de grupos de interesse, especialmente porque o caso Uber serve como explicação, mas a verdade é que este mercado tem muitos outros agentes, como por exemplo o LadyDriver, exclusivamente com mulheres motoristas, uma resposta inovadora nesse mercado à um dos problemas de transporte e violência contra a mulher.

Ainda no tribunal de justiça paulista, a Desembargadora SILVA ROCHA⁴⁵⁴ declarou: “O simples fato de uma atividade em geral inovadora, não ser regulamentada, não traduz sua ilicitude de plano”. A Ministra FÁTIMA NANCY ANDRIGHI⁴⁵⁵ classifica como inconstitucionais as normas estaduais ou municipais que restrinjam o acesso a mercados por empreendedores que não estejam vedados constitucionalmente de atuar em tais atividades, citando ainda longa lista de decisões do Supremo Tribunal Federal⁴⁵⁶ que declararam a inconstitucionalidade forma de leis estaduais ou distritais. Sobre as legislações municipais, perfilamos ao entendimento dos pareceristas CANOTILHO e SARMENTO, do juiz BRUNO BODART e da Ministra ANDRIGHI: salvo disposição constitucional expressa e respaldo desta, as normas e os atos administrativos não podem livremente ofender os princípios constitucionais. A regulação, quando possível, há de ser em benefício da sociedade, observado a proporcionalidade sob as luzes da livre iniciativa e da livre concorrência, e do interesse nacional no caso de investimentos estrangeiros. Não há de se confundir interesses que encontram abrigo em legislações inconstitucionais por meio de captura regulatória com o interesse dos nacionais. No caso do Uber, há ainda competência legislativa outorgada constitucionalmente aos municípios e os seus limites. O fenômeno da captura regulatória precisará ser fiscalizado constantemente, uma vez que a nova economia quebra padrões

traxistas-e-motoristas-de-aplicativos.shtml; <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/05/1883807-passageiros-da-uber-relatam-de-roubo-a-assedio-por-motoristas-de-aplicativo.shtml>

⁴⁵⁴ TJSP – 29ª Câmara de Direito Privado. AI nº 2128660-56.2015.8.26.0000, Rel. Silvia Rocha, 15/07/2015

⁴⁵⁵ Palestra proferida pela Ministra Fátima Nancy Andrighi no II Congresso Brasileiro de Internet, promovido pela Abranet – Associação Brasileira de Internet. Painel “Internet das normas: quais discussões tem sido objeto de debates jurídicos no Brasil” Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150925-01.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁴⁵⁶ Decisões do Supremo Tribunal Federal, apontadas pela Ministra ANDRIGHI, declarando a inconstitucionalidade normas que restringiam o princípio da livre iniciativa ou avançavam sobre áreas que seriam de competência privativa da União

ADI 1592, relator Min. Moreira Alves, DJ 03/02/2003; ADI 2802, relator Min. Ellen Gracie, DJ 31/10/2003; ADI 2432, relator Min. Eros Grau, DJ23/09/2005; ADI 3679, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 02/08/2007; ADI 3121, relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 14/04/2011.

antigos, e como sustentamos muito da inovação não virá das empresas “dinossauro”⁴⁵⁷, que embora não construam todas as inovações podem tentar abusar de sua força política para evitar a disseminação da inovação no mercado, de modo que corremos o risco de novas tentativas regulações contrárias aos princípios constitucionais e aos investimentos estrangeiros, ainda que ilegais, como nos parece, com a devida vênia, os exemplos ora citados. Nesse cenário, o Poder Judiciário precisará ainda mais impor limites em defesa dos direitos difusos dos cidadãos que são atacados por atos estatais, executivos ou legislativos.

b) O Marco Civil da internet e a regulação da nova economia

Desde a década de 1990 existem ensaios sobre a regulação da internet no Brasil. Na ausência de regulação específica o Poder Judiciário decidia controvérsias relacionadas a internet por meio da lei civil⁴⁵⁸, em sentido amplo. Muitos defendem a inexistência de uma regulação deste espaço, como a “Declaração de independência do ciberespaço” de 1996⁴⁵⁹, com uma visão libertária que propunha a ausência de interferência do Estado nas relações estabelecidas no espaço da internet. No Brasil, após anos de debates, sacramentou-se a regulação em lei específica sobre o tema.

O Marco Civil da Internet é a lei n.º 12965/2014, doravante Marco Civil, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Indústria 4.0, economia do compartilhamento, organizações exponenciais, internet das coisas, todos os fenômenos dessa nova economia têm como base a internet, o que motivo aprofundar esse tema.

O Marco Civil disciplina o uso da internet tendo como fundamento a liberdade de expressão, bem como reconhecendo a escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede⁴⁶⁰. Para CRUZ e ANTONIALI⁴⁶¹, “A estrutura

⁴⁵⁷ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015, p. 121.

⁴⁵⁸ CRUZ, Francisco Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência da elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. São Paulo. 2015. (Dissertação de mestrado) Faculdade de direito da Universidade de São Paulo. p. 20

⁴⁵⁹ Declaração redigida e lida por John Perry Barlow, no Fórum Econômico de Davos de 1996, Suíça. Disponível em < <https://www.eff.org/cyberspace-independence>>

⁴⁶⁰ Artigo 2º da lei n.º 12965/2014.

⁴⁶¹ ANTONIALI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito. Privacidade e internet: desafios para a democracia brasileira.

globalizada da rede implica a transferência internacional de dados pessoais por parte de atores do setor privado e coloca em sobreposição modelos regulatórios diferentes, o que gera dificuldades de compatibilização;”

Dispõe ainda o Marco Civil que se observará os seguintes princípios⁴⁶²: garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais, na forma da lei; preservação e garantia da neutralidade de rede; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; preservação da natureza participativa da rede; liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. O à época da aprovação do Marco Civil da Internet Ministro da Justiça EDUARDO CARDOZO⁴⁶³ saúda o respeito ao princípio da neutralidade da rede⁴⁶⁴ como “importante estímulo à inovação na internet”⁴⁶⁵. Reserva ainda espaço para mais princípios, pois os expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sobre a cláusulas dos tratados internacionais, GLAUCO LEITE⁴⁶⁶ dispõe “Essa cláusula de abertura propicia uma liberdade de conformação tanto para o legislador quanto para o juiz, na medida em que podem reconhecer outros direitos não expressamente contemplados no texto constitucional”.

A lei estabelece ainda que a regulação da internet tem por objetivo a promoção⁴⁶⁷ do direito de acesso à internet a todos; do acesso à informação, ao conhecimento e à participação

Ensaio *democracia* *digital*. 2017. Disponível em <
http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Privacidade_e_internet_Desafios_para_a_Democracia_Brasileira.pdf> p.7

⁴⁶² Artigo 3º da lei n.º 12965/2014.

⁴⁶³ CARDOZO, José Eduardo Martins. Prefácio. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴⁶⁴ Inciso IV do artigo 3º da lei n.º 12965/2014.

⁴⁶⁵ O conceito de neutralidade da internet possui relevante discussão. Há quem defenda ele como instrumento de fomento à concorrência dos sites e serviços na internet, mas há quem veja nele um sistema que mitiga a concorrência entre os provedores de internet, porque reduz oportunidades para provedores menores e externaliza custos que apenas as grandes empresas provedoras de internet poderia contemplar. No Brasil há a positivação da neutralidade da rede, mas algumas provedoras de telefonia/internet lançam planos econômicos de serviços diferenciados para o uso de dados de internet via Whatsapp, o que pode ser interpretado como uma quebra da neutralidade da internet na busca de participar do mercado crescente de investimentos estrangeiros exponenciais.

⁴⁶⁶ LEITE, Glauco. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionado à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp.240-247, p. 245.

⁴⁶⁷ Artigo 4º da lei n.º 12965/2014.

na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Não pretendemos nesse momento exaurir o estudo dessa legislação, mas sim conectá-la, em especial sobre sua lógica, objetivos e princípios com a nova economia que está surgindo. Como muito bem explicou SARMENTO⁴⁶⁸, condicionar a possibilidade de inovar à existência prévia de regramento estatal seria desastroso e inconstitucional, o que asfixiaria a inovação em detrimento de todos os nacionais. Assim, há de se interpretar a presente legislação como um farol sobre a nova economia que utiliza a internet, mas não como panaceia regulatória.

A inovação cada vez mais é global, os modelos de negócios têm na internet instrumento para catalisar processos para além fronteiras. FORGIONI explica que na globalização há a “disseminação cada vez maior de práticas (usos e costumes) e modelos de negócios desenvolvidos no exterior”⁴⁶⁹ e que “a aplicação do direito brasileiro não pode abraçar princípios diversos daqueles cristalizados em nosso ordenamento jurídico, sob pena de dar lugar a açodado transplante, incompatível com nossa realidade”⁴⁷⁰.

Iniciamos assim pontuando que essa legislação tem em seu cerne a noção de que a internet tem escala mundial e do mercado a ela relacionado também, abrindo a janela para que além dos princípios consagrados na legislação outros provenientes de tratados internacionais que o Brasil seja signatário. FORGIONI⁴⁷¹ entende que o direito empresarial assumiu um viés cosmopolita, e que os contratos empresariais são projetados a partir desse ambiente institucional. Nesse diapasão, a legislação estabelece “liberdade dos modelos de negócios promovidos pela internet” desde que não conflitem com os demais princípios.

A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor constitucionalmente cristalizadas são fundamentos da economia da internet. A inovação, recentemente alçada pela Emenda Constitucional n.º 85 de 2015 a responsabilidade comum da União, Estados e Municípios, que deve ser promovida pelo Estado, que por sua vez deve também promover e fortalecer-la nas empresas como parte importante do mercado interno, é um dos objetivos expressos do Marco Civil. Novos modelos de uso e de tecnologias da internet são

⁴⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>

⁴⁶⁹ FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São, Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 132.

⁴⁷⁰ FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São, Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 133.

⁴⁷¹ FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São, Paulo: Revista dos tribunais, 2010, p. 134.

consagrados na legislação federal. Para LEMOS⁴⁷², a proteção e estímulo à inovação é, aliás, um traço característico do Marco Civil da Internet.

O artigo 219 da Constituição federal estabelece que: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. O parágrafo único do artigo citado alterado pela emenda constitucional 85 de 2015 expõe que “O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia”.

A interpretação sistemática que entendemos adequada é que o Marco Civil da Internet é uma das leis federais que se relaciona à Constituição no fomento da inovação. Adicionamos a esse contexto que as limitações constitucionais possíveis ao exercício da atividade empresarial são aquelas que passam no crivo da proporcionalidade em suas três dimensões, como bem explica HUMBERTO ÁVILA⁴⁷³.

Nesse diapasão, BODART⁴⁷⁴ sentencia: “Por isso mesmo, a regulação não é matéria que deve ser submetida à pura discricionariedade do legislador ou do administrador. Tratando-se de liberdade fundamental, conforme já explicitado, compete ao Poder Judiciário atuar como limitador dos poderes do Estado, impedindo a sua expansão desmesurada em desfavor dos indivíduos”.

Se HART⁴⁷⁵ discorre sobre a textura aberta à interpretação das normas, quando falamos sobre a nova economia que está surgindo mesclada com a inovação e a livre iniciativa, temos um quadro perfeito para o debate interpretativo.

O Supremo Tribunal Federal já utilizou o Marco Civil para assegurar princípios constitucionais relacionados à nova economia. Quando o aplicativo Whatsapp foi bloqueado no Brasil, o Ministro LEWANDOWSKI⁴⁷⁶ deferiu pedido cautelar suspendendo a decisão que

⁴⁷² LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 3-11.

⁴⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

⁴⁷⁴ Sentença do juiz Bruno Bodart no processo n.º n.º 0373699-21.2015.8.19.0001, 1ª vara da fazenda pública do Rio de Janeiro, disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/justica-determina-autoridades-rio-nao.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁴⁷⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴⁷⁶ Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 403 de Sergipe, na qual o requerente foi o Partido Popular Socialista em face do juiz de direito da vara criminal da comarca da Lagarto, em 19 de julho de 2016.

bloqueava o uso do aplicativo, mantendo-o ativo com base no princípio da liberdade de expressão e comunicação, entendendo que afigurava-se “medida desproporcional”. Disse ainda o Ministro que “a internet é, sem dúvida, o mais popular e abrangente dos meios de comunicação”. Há, portanto, precedentes sobre o Supremo Tribunal Federal utilizar os princípios constitucionais e os fundamentos da do Marco Civil para assegurar a continuidade da prestação de serviços da nova tecnologia de empresa de capital estrangeiro no Brasil, ainda que em mercado que tangencia o mercado concessionado de telecomunicação, mas é o que temos de mais próximo de *leading case* já estabelecido.

Para IRIBURE JÚNIOR⁴⁷⁷, a “tecnologia nos conduziu a realidades inimagináveis há alguns poucos anos” mas diz o pesquisador estudando a liberdade dos modelos de negócios na internet que está deve ser interpretada também com um olhar sobre a dignidade da pessoa humana, reiterando o texto constitucional na visão de que o “indivíduo é maior que o Estado”⁴⁷⁸. Ainda, entende o pesquisador, quando lê-se “liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei” há de acrescentar-se “e que não afrontem a função social dos negócios jurídicos, os princípios fundamentais constitucionais e a soberania nacional”⁴⁷⁹. Entretanto, continua o pesquisador a liberdade dos negócios promovidos na internet “demonstra a clara opção legislativa pela preservação da autonomia em contratar pela rede”⁴⁸⁰. Para COTS⁴⁸¹ é “base da República o direito de empreender, com objetivos econômicos, em liberdade que só pode ser mitigada quando em conflito com outro fundamento (valor social do trabalho, por exemplo) ou princípio constitucional, a fim de se preservar a interpretação harmônica da Constituição Federal”.

SOUZA e NUNES JÚNIOR⁴⁸² afirmam que a adoção dos princípios constitucionais da

⁴⁷⁷ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216-239, p. 217

⁴⁷⁸ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216-239, p. 223.

⁴⁷⁹ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216-239, p. 236.

⁴⁸⁰ IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216-239, p. 234.

⁴⁸¹ COTS, Márcio. Promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 274- 293, p. 280.

⁴⁸² SOUZA, Adriana Cerqueira; NUNES JÚNIOR, Vidal. Livre-iniciativa, livre-concorrência, defesa do consumidor como fundamentos do Marco Civil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp 105-109, p. 109.

livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, como fundamentos do Marco Civil, confere à nova legislação um perfil afinado com a ordem econômica constitucional” mas tentam interpretar relativizando a importância da livre iniciativa e da livre concorrência ante a contraposição ao direito do consumidor. Aqui é um dos pontos mais importantes da interpretação jurídica brasileira, e embora a Constituição já o estabelecesse, a repetição dos três princípios em um mesmo inciso do Marco Civil traz novamente à baila o tema. O Supremo Tribunal Federal⁴⁸³ tem julgados que perfilam o assegurar dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor como parceiros da defesa da sociedade e Constituição, e não como oposição entre si.

Perfilamos inteiramente ao entendimento esposado de que o Marco Civil deve ser interpretado dentro da Constituição pátria, com o adendo dos tratados internacionais atinentes, por expressa disposição legal. A nova economia e o Marco Civil da internet não tem o condão de afastar a soberania, tampouco se pretende isso, mas trazem novos temas, novas tecnologias e novos impactos sociais que permitem debater o que efetivamente seja o interesse dos nacionais nesse processo, em especial porque interesse nacional é a premissa da regulação dos investimentos estrangeiros e a lei n.º 12965/2014 reconhece o caráter mundial que a internet e o mercado a ela relacionado possui.

Como vemos oposição entre políticas altamente intervencionistas como os campeões nacionais e orientação do capitalismo pelo Estado em um ambiente democrático com o fomento da inovação e respeito à livre concorrência, vemos também uma oposição à tradição jurídica brasileira a inserção da exigência de fomento à inovação pelo Estado, pós Emenda Constitucional n.º 85/2015, combinada com os demais princípios jurídicos que devem ser observados na ordem econômica pátria (artigo 170 da Constituição Federal). Nesse diapasão COTS⁴⁸⁴ explica que “No final das contas, constatou-se que a hipereficiência empresarial na descoberta de novas técnicas e inventos em muito superava qualquer iniciativa estatal no mesmo sentido, e aos governos sairia mais barato e produtivo proteger os direitos que cercam a invenção do que, por suas próprias forças, patrocinar tais intentos, salvo raras exceções”.

⁴⁸³ Nesse sentido, “Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo, da CF).” (RE 203.909, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-10-1997, Primeira Turma, DJ de 6-2-1998)

⁴⁸⁴ COTS, Márcio. Promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 274- 293, p. 276.

Assim, depreendemos que a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor não se contrapõem, mas se completam. A melhor defesa do consumidor é a que decorre de instituições que garantem a livre iniciativa e estimulam a livre concorrência. Em outra perspectiva, MARQUES e KLEE⁴⁸⁵ interpretam o Marco Civil da Internet como cumulativo ao direito consumerista; perfilamos a essa visão no que tange a interpretação de que os princípios ali presentes somam à defesa do consumidor e não se sobrepõe.

Assentamos isso na visão de ESTEVES⁴⁸⁶ que identificou que organizações exponenciais como Uber, sobre o qual efetivamente debruçou-se, podem mais do que capturar mercado, criar mercado. O caso do Airbnb, outra organização exponencial que se estabeleceu recentemente com bastante sucesso no Brasil, também está a gerar, e em breve, ainda maior escala, conflitos jurídicos. A Airbnb é uma plataforma online que conecta donos de imóveis com consumidores para locação dos imóveis por temporada. Por meio de um aplicativo, o consumidor se conecta e escolhe um imóvel disponibilizado pelo seu detentor de direito (assim assegura a plataforma), e entabula uma negociação, sobre a qual se comissiona pelo negócio fechado.

Movimentando bilhões de reais pelo mundo, esse modelo de negócio tem o condão de alterar a capacidade de leitos para turismo. Cidades turísticas como Gramado estabelecem taxas de turismo⁴⁸⁷ bem como restringem a construção de novos hotéis e pousadas. Uma vez que a plataforma pode ampliar sua rede de leitos turísticos sem obras, ensejando mais turistas, mas não necessariamente mais renda para os hotéis tampouco incremento na taxa de turismo sustentável, posto que as casas dos particulares não são pousadas nem hotéis, o conflito jurídico está estabelecido. Além da serra gaúcha, já se avizinha esse conflito⁴⁸⁸ em cidades como Fortaleza e Maceió e já está no Congresso o PLS 748/2015 que visa regulamentar o

⁴⁸⁵ MARQUES, Claudia Lima; KLEE, Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp 469-516, p. 472

⁴⁸⁶ ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>

⁴⁸⁷ Lei Municipal de Gramado n.º 3461/2015. Disponível em <http://www.gramado.rs.gov.br/admin/arquivos/secretarias/7/arquivos/lei-3461-15---acresce-dispositivos-na-lei-n%C2%BA-2-158,-de-18-de-dezembro-de-2003-e-cria-taxa-de-turismo-sustentavel-%E2%80%93-tts-no-municipio-de-gramado_01042016150757.pdf>

⁴⁸⁸ Nesse sentido, <http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/viagem/noticia/2016/08/avanco-do-airbnb-leva-hoteis-da-serra-gaucha-a-pedirem-regulacao-7331978.html> ; <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2017/03/empresarios-do-setor-hoteleiro-tentam-barrar-aplicativo-airbnb-em-fortaleza.html>; <http://www.reportermaceio.com.br/ministro-marx-beltrao-garante-regulamentacao-do-airbnb/>; <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/saida-para-regulacao-de-airbnb-no-brasil-pode-ser-a-desregulamentacao-geral-01tyxb7gd32jgh6el1m0qa2zsg>.

serviço de intermediação de hospedagem via aplicativo. Como vimos no aumento de tributos do Netflix, cabe ao Brasil repensar sua sanha sistemática de taxar o sucesso a fim de evita-lo sob o que seria algum argumento social político de ocasião, enquanto possa ser mera captura regulatória⁴⁸⁹ pela concorrência não-inovadora. Nesse cenário, observando o Marco Civil dentro do contexto constitucional, aceitando por hipótese argumentativa que a prefeitura local tenha competência legislativa para tanto, nenhuma legislação municipal poderá impor caráter de ilegalidade a plataforma online, uma vez que seja expressamente estabelecido na lei a defesa da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de modelos dos negócios promovidos pela internet⁴⁹⁰. Isto não quer dizer tampouco que os novos modelos de negócios que usem a internet estejam livres de taxações tributárias, quando cabível. Não buscamos aqui comprovar o estudo de que o Airbnb está construindo mercado⁴⁹¹; o que estamos aqui a sustentar é que a nossa interpretação sobre os negócios da nova economia relacionados à lei n.º 12965/2014, cumulado com a Constituição, devem ser interpretados de modo a fomentar a inovação, como por exemplo o Airbnb e que, em caso similar de organização exponencial, o Uber, o efeito não foi nocivo à concorrência, pelo contrário, e muito menos aos consumidores, que aderirem aos serviços por sua voluntariedade. E sobre isso, lembramos SARMENTO⁴⁹²: seria desastroso e inconstitucional submeter a inovação à prévia legislação estatal, e COTS⁴⁹³, o direito de empreender é base da República Brasileira.

Ressaltemos ainda que os modelos de negócios na internet têm como regra o insucesso. A inovação descentralizada que é sistemático motor da economia tem entre os empreendedores que não encontram modelos de negócios vencedores uma realidade muito mais constante do que os empreendedores que ganham milhões e afetam outros mercados. A realidade regulatória e interpretativa dessa regulação deve atentar para que os empreendedores

⁴⁸⁹No caso Uber, indícios apontam captura regulatória. Ver em ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>> “Na hipótese, há indícios significativos de que a iniciativa estatal é fruto de captura regulatória e não está voltada à promoção do melhor interesse público” em Processo n.º 0346273-34.2015.8.19.0001, 1ª vara da fazenda pública do Rio de Janeiro.

⁴⁹⁰ Nesse sentido, precedentes do STF geraram a súmula 646, que impede a capacidade do município restringir por meio de lei atividades de modo que ofenda a livre concorrência ““Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área””.

⁴⁹¹ Estudo da FIPE aponte nesse sentido. <http://www.valor.com.br/empresas/5151790/airbnb-acrescentou-r-25-bilhoes-ao-pib-brasileiro-em-2016-diz-fipe>.

⁴⁹² SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>

⁴⁹³ COTS, Márcio. Promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 274- 293, p. 280.

brasileiros devem ser incentivados a gerar inovação e com isso, conforme a vontade dos consumidores, atender as demandas do mercado, sendo o risco natural do empreendedorismo.

Para TIMM⁴⁹⁴ “O mercado, dessa maneira, pode ser regulado de acordo com valores e princípios (exteriores ao sistema econômico) de uma determinada sociedade, em um determinado tempo e espaço, como resultado de um amplo processo de discussões políticas e sociais (como no caso de uma ordem constitucional programática).” Entendemos que a sociedade atual que pretenda se inserir na nova economia e desfrutar as benesses das tecnologias e da criação de riquezas no mercado pela inovação tecnológica deverá interpretar o direito com esse viés. Contudo, o Marco Civil da Internet, enquadrado no viés constitucional e na recente alteração que exige do Estado papel de fomentador da inovação nas empresas como desenvolvimento no mercado interno, possui nos seus princípios normas de textura aberta⁴⁹⁵, e sem ser panaceia para os males da regulação da nova economia, enseja uma interpretação jurídica aberta a novos modelos de negócios na internet, fortes na liberdade de empreender, sendo a melhor interpretação aquela que outorga aos consumidores o direito de escolha livre sobre qual será o seu prestador de serviços online, sem discriminação prévia, sem restrições desproporcionais ou não previstas constitucionalmente e reconhecendo o caráter mundial da internet e da sua nova economia.

⁴⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 89.

⁴⁹⁵ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

4. O INTERESSE NACIONAL NA REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO NO BRASIL

4.1 ELEMENTOS PARA A ATUALIZAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE INTERESSE NACIONAL

4.1.1 Interesse nacional na regulação de investimentos estrangeiros: a construção da interpretação jurídica brasileira vigente, teoria da escolha pública e críticas

Buscamos nesse trabalho conciliar o conceito de interesse nacional com a nova economia de base inovadora em um ambiente democrático com uma moldura constitucional de princípios e regras para a finalidade específica da base da disciplina do investimento de capital estrangeiro no Brasil. Nos parece oportuno apontar que não há posituação dissertativa do objeto de estudo, razão pela qual optamos por visitar a doutrina bem como buscar compreender as estruturas estamentais que afetam a interpretação jurídica para aprofundar o debate propositivo.

Nossa proposta de estudo sobre interesse nacional o se dá porque há consequências jurídicas relevantes que decorrem da organização deste conceito e partimos da premissa que não há na Constituição palavras inúteis. Explica SARLET⁴⁹⁶ que “a primeira e principal característica do direito constitucional reside na sua supremacia hierárquica, no sentido de que todas as normas constitucionais prevalecem em relação a toda e qualquer forma normativa”.

Interesse nacional é uma expressão que surge por cinco vezes na Constituição brasileira. Quando atacada, motiva a perda da nacionalidade⁴⁹⁷; quando motivo para o Estado exigir empréstimos compulsórios⁴⁹⁸; enquanto critério sobre a autorização e concessão de lavra⁴⁹⁹ de recursos minerais e potenciais de energia, assim como estavam no Ato de

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo. Conceitos e características do direito constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97.

⁴⁹⁷ Artigo 12. São brasileiros:

I – Natos

[...]

II – Naturalizados

[...]

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

⁴⁹⁸ Artigo 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

[...]

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

⁴⁹⁹ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica

disposições constitucionais⁵⁰⁰ referentes a este tema; e na regulação dos investimentos estrangeiros.

GEORGE e KEOHANE⁵⁰¹, em uma perspectiva das relações internacionais, apontaram a existência de três interesses nacionais comuns aos Estados: sobrevivência física, autonomia e bem-estar econômico, que inspirados em John Locke, seriam os direitos inalienáveis informalmente descritos como “vida, liberdade e propriedade”. Explicando isto, CONTRERA⁵⁰² dispõe que bem-estar econômico seria a capacidade do povo se alimentar, se abrigar e se vestir e que não há hierarquia entre os três interesses nacionais.

O conceito de interesse nacional “encontra-se em crise em função das profundas mudanças de natureza política, tecnológica e econômica”⁵⁰³. Em sentido amplo, MOTONAGA⁵⁰⁴ afirma que interesse nacional

é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, aplicável em suas relações exteriores, em que o agir do Estado – observado o princípio da destinação pública do dinheiro – visa precipuamente aos imperativos do desenvolvimento nacional, promoção do bem de todos, exercício da cidadania, erradicação da pobreza, desenvolvimento da criança e do adolescente, e, secundariamente, os princípios atinentes às relações internacionais enumerados no artigo 4º da Constituição Federal, cabendo aos detentores do poder político, inclusive à superior direção da administração direta e indireta do Poder Executivo Federal, submeter-se a essa diretriz, e, conseqüentemente motivar os seus atos e decisões

constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no ***interesse nacional***, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

⁵⁰⁰ Art. 44. As atuais empresas brasileiras titulares de autorização de pesquisa, concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em vigor terão quatro anos, a partir da promulgação da Constituição, para cumprir os requisitos do art. 176, § 1º.

§ 1º Ressalvadas as disposições de ***interesse nacional*** previstas no texto constitucional, as empresas brasileiras ficarão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, desde que, no prazo de até quatro anos da data da promulgação da Constituição, tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado a industrialização no território nacional, em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada.

⁵⁰¹ GEORGE, Alexander L.; KEOHANE, Robert. The concept of national interests: Uses and limitations. In GEORGE, Alexander L. *Presidential Decision making in Foreign Policy*. Boulder: Westview, 19080, pp. 217-238.

⁵⁰² CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 183.

⁵⁰³ MOTONAGA, Alexandre Akio. *O interesse nacional na ótica da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. 2010. (Tese de doutorado). Faculdade de ciências sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 47.

⁵⁰⁴ MOTONAGA, Alexandre Akio. *O interesse nacional na ótica da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. 2010. (Tese de doutorado). Faculdade de ciências sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 114.

internacionais, sob pena de responsabilização

Para JOSÉ RODRIGUES⁵⁰⁵, interesse nacional é somatório de aspirações permanentes com caráter de unicidade e indivisibilidade no campo externo e interno visando garantir o bem-estar do povo, direitos e garantias, e a integridade territorial. Nos interessa nesse trabalho exclusivamente o interesse nacional enquanto regulação do investimento estrangeiro. Dispõe o artigo 172 da Constituição brasileira: “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”. Percebamos, portanto, que é com base no interesse nacional que lei poderá regular o investimento estrangeiro. Não basta portanto ser lei para regular o investimento estrangeiro, esta deverá basear-se no interesse nacional. Nesse sentido, entendemos que tem sido sonogada a atenção devida a expressão interesse nacional⁵⁰⁶, e sobre este tema que pretendemos adentrar.

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵⁰⁷, em comentário ao artigo 172 da Constituição, “À lei só cabe disciplinar os investimentos, não os pode proibir de todo; mas nessa disciplina se inclui a seletividade – o que decorre da obrigatoriedade de que ele tenha por base o interesse nacional, de sorte que as restrições são admitidas para que tal objetivo se cumpra.”

O ministro EROS GRAU⁵⁰⁸, ao comentar este artigo 172, relembra do histórico brasileiro e do excluído texto do artigo 171, asseverando ainda que:

A Constituição planta raízes, neste preceito, de uma *regulamentação de controle* – e não de *regulamentação de dissuasão* – dos investimentos de capital estrangeiro. Não os hostiliza. Apenas impõe ao legislador ordinário o dever de privilegiar o interesse nacional ao discipliná-lo. Cuida-se aqui, pois, tão somente de submetê-los às limitações correntes que a ordem jurídica opõe ao exercício do poder. Observa Washington Peluso Albino de Souza ‘é pelo caminho do entendimento do *poder* que o jurista há de chegar ao regime jurídico dos capitais estrangeiros, como, de resto, do capital em geral’. Daí por que a vinculação do legislador ordinário, na sua regulamentação, às imposições do interesse nacional, decorreria do princípio da soberania nacional inscrito no art. 170, I, ainda que a regra não tivesse sido contemplada no texto constitucional (*grifos originais*)

⁵⁰⁵RODRIGUES, José Honório. *Interesse nacional e política externa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1966, p. 77.

⁵⁰⁶ O Supremo Tribunal Federal, em sua publicação “A Constituição e o Supremo”, com milhares de precedentes que comentam artigos da Constituição não encontra nenhum único para alocar como comentário ao artigo 172, não porque menos relevante, mas porque, a nosso ver, o tema não tem sido enfrentado pela perspectiva que ora apresentamos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A Constituição e o Supremo. 5ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/LegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>

⁵⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 731.

⁵⁰⁸ GRAU, Eros. Comentário ao artigo 172. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SALET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12712.

GUIMARÃES⁵⁰⁹ entende que há aspectos positivos e negativos na globalização e propõe uma regulação do capital estrangeiro que limite essa relação. Nesse tom, apresenta sua preocupação: “Muitas vezes, o resultado do investimento estrangeiro ocasiona uma redução da demanda global quando este investimento novo elimina empresa concorrente que utilizava tecnologia mais intensiva em mão-de-obra.”. Para ele, portanto, interesse nacional passa por reduzir a competição de multinacionais quando estas possam gerar a eliminação de empresas nacionais que utilizem mão de obra intensivamente.

Interesse nacional tem sido utilizada como uma expressão que diz tudo sem necessariamente dizer algo. Esta expressão tem se confundido com interesse do governo, interesse dos legisladores, interesse de grupos empresariais, interesses sindicais, interesses diversos e sendo diversos do interesse nacional são qualquer coisa, menos interesse nacional. Por vezes, interesse nacional é considerado algo similar a opinião pública. Temos que o *policy space* brasileiro sobre o investimento estrangeiro deve respeitar a Constituição brasileira e portanto basear-se no interesse nacional.

HACHEM dispõe que interesse nacional seria similar ao interesse público⁵¹⁰, e que quando o Estado autoriza à administração a agir em nome do interesse público estaria chancelando uma “prerrogativa para assegurar a prevalência desses interesses sobre interesses específicos (individuais e coletivos)⁵¹¹”. Ademais, não devemos confundir a supremacia do interesse público com a disciplina da regulação do investimento estrangeiro pelo interesse nacional, ainda mais sem passar pelo crivo da proporcionalidade nas regulações, da eficiência, e da transparência, como quem busca assim autorizar o que quer que seja que o Estado está a fazer, afrontando outras liberdades constitucionais. Ademais, existem diferentes contextos de interesse nacional: o da disciplina de investimento estrangeiro é essencialmente diverso do que dispõe sobre a perda de nacionalidade, esse sim mais próximo do poder de polícia e da relação com o princípio da supremacia do interesse público, sem prejuízo de ressaltar as cabíveis críticas a esse princípio⁵¹², que apenas referimos sem adentrar por não ser objeto do trabalho. Interesse nacional não se confunde com a supremacia do interesse público, mas por

⁵⁰⁹ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançado*. vol.14, nº.39, São Paulo, Mai/Aug, 2000.

⁵¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia pública do interesse público*. Curitiba. 2011 (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade Federal do Paraná, p. 170.

⁵¹¹ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia pública do interesse público*. Curitiba. 2011 (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade Federal do Paraná, p. 168.

⁵¹² Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 23-117.

vezes o conteúdo que se quer afirmar seja interesse público também contribui para o que seja interesse nacional.

O governo brasileiro recentemente lançou um documento que estuda o interesse público⁵¹³ trazendo uma diferente abordagem. Diz o documento oficial:

Visto desde a perspectiva do cidadão, o interesse público brasileiro é aquilo que maximiza o bem-estar da população, em particular daqueles em situação mais vulnerável. Contudo, o que se define como interesse público por parte de agentes públicos brasileiros é, muitas vezes, o interesse de grupos de pressão que querem tingir seus interesses particulares com cores patrióticas; essa dinâmica acaba por gerar privilégios, corrupção, desigualdade e complexidades regulatórias. Como os ganhos de distorções, subsídios e transferências são concentrados naquelas empresas ou grupos que deles se beneficiam e os custos estão dispersos por toda a sociedade, há poucos incentivos para corrigir essa situação.

Definir o interesse público como o interesse de alguns brasileiros é ignorar que políticas de privilégio, conquanto beneficiem grupos específicos, usualmente reduzem a eficiência econômica e prejudicam a sociedade brasileira em termos agregados. O interesse público brasileiro – seja numa decisão de compras governamentais ou uma negociação de comércio internacional – não pode ser tomado única e exclusivamente como os interesses de empresas brasileiras. Enquanto empresas operarem sob a premissa de que seu futuro é mais influenciado pela decisão de agentes públicos do que sua capacidade de inovação, sua estrutura de incentivos estará distorcida. Elas não serão levadas a produzir bens e serviços de maior qualidade a preços mais baixos, mas sim a tentar influenciar agentes públicos, legal ou ilegalmente, com o propósito de garantir receitas sem os custos de inovação. O interesse público deve ser compreendido como a melhoria do bem-estar da população – isto é, o desenvolvimento socioeconômico – e esta passa, necessariamente, por uma elevação das taxas de crescimento econômico e da produtividade do trabalho.

Embora entendamos que interesse nacional e interesse público possam ser divididos em conceitos diferentes, nos parece que a proposta de entendimento de interesse público que o governo federal está tentando buscar se assemelha em muito as preocupações que externamos e orientam este nosso trabalho. Assim, servem para basilar a compreensão e as críticas aqui estabelecidas. Segue essa linha, o texto de LAZZARINI⁵¹⁴

⁵¹³ BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral da presidência. *Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público*. Novembro de 2017. Disponível em <http://www.secretariageral.gov.br/relatorio_conjuntura_2-final_x1a_revisado-sem-marcas-de-corte.pdf> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁵¹⁴ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 196.

Da mesma forma, é preciso considerar os prós e contras de ações protecionistas. Ao sinalizar preferência por grupos e matérias-primas nacionais, o governo estimula o setor privado doméstico, mas afugenta potenciais concorrentes estrangeiros em leilões públicos e diversos setores da economia. Além disso, cria incentivos para que empresas estrangeiras formem estratégias associativas com grupos locais de grande peso e com atores ligados ao setor público — mais uma vez, as aglomerações se reforçam. Cabe discutir o benefício de tudo isso em comparação ao seu custo real e imediato: menor competição e preços potencialmente mais elevados para a população brasileira

Para SCHMIDTCHEN⁵¹⁵ “A opinião pública é o correlato da dominação [...] algo que existe apenas em determinadas relações entre a dominação e o povo” e pode ser manipulada segundo os padrões de resultados e das pesquisas de opinião, ao passo que mesmo que objeto de dominação política concomitante ao fato de que a dominação política por vezes se vê forçada a reorientar-se ou fazer concessões à opinião pública. A opinião pública, para HABERMAS⁵¹⁶, “é, de fato, uma ficção”.

Entendemos que a opinião pública é um conceito utilizado pelos detentores do poder para dialogar com a sociedade civil e tentar direcioná-la. Em contrapartida, atender aos pedidos de *zeitgeist* atende aos interesses eleitorais de perpetuação no poder dos detentores do poder. No Brasil, o interesse nacional surge na Constituição assim com ares um tanto amórficos, tal qual a opinião pública enquanto ficção social. Entendemos que interesse nacional não se confunde com a opinião pública, porque esta não é obrigada a obedecer os princípios constitucionais.

A eficiência, princípio orientador da administração pública também dialoga com o interesse nacional. SARLET⁵¹⁷ sustenta que o princípio da eficiência “implica o dever do intérprete e aplicador de atribuir o sentido que assegure maior eficácia às normas constitucionais”. Para MOTONAGA⁵¹⁸ a ação estatal orientada pelo interesse nacional “deve levar em conta o quanto de satisfação/benefício social foi subtraído para financiar determinada ação estatal no âmbito internacional. Se a justificativa for um possível retorno futuro, isso tem que estar demonstrado na motivação dos governantes. O que não se pode

⁵¹⁵ SCHMIDTCHEN, G. apud HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad.: WERLE, Denilson. São Paulo: Unesp, 2014, p. 498.

⁵¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad.: WERLE, Denilson. São Paulo: Unesp, 2014, p. 501.

⁵¹⁷ SARLET, Ingo. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 225

⁵¹⁸ MOTONAGA, Alexandre Akio. *O interesse nacional na ótica da Constituição Federal de 1988*. São Paulo, 2010. (Tese de doutorado). Faculdade de ciências sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 115.

admitir é a utilização de recursos, em nome do ‘interesse nacional’, para alcançar a posição de pretensa potência regional, a fim de atender apenas aos ‘homens do gabinete’ em detrimento do homem da rua”. Nesse diapasão, o sistema de preços e de orientação dos recursos do tesouro público ganha destaque, ao mesmo tempo que a motivação do governante há de ser computada na equação do interesse nacional em escala menor do que o interesse das pessoas.

Como bem asseverou a ministra ELLEN GRACIE⁵¹⁹, “O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor”, ao passo que a Ministra ANDRIGHI⁵²⁰ sustenta, complementarmente ao esposado pela Ministra ELLEN que não pode a legislação infraconstitucional querer restringir liberdades que a Constituição defendeu. Depreendemos desses postulados que a livre iniciativa, fundamento da república brasileira, pode ser mitigada nos termos constitucionais; é portanto constitucionalmente aceitável, enquanto previsto no texto, que o Estado tenha o monopólio sobre o correio nacional⁵²¹, independente da sua eficiência, e com isso impedindo o investimento estrangeiro nesse mercado. Fosse fruto de uma legislação infraconstitucional, o artigo 222 da Constituição Federal que outorga exclusividade aos brasileiros a propriedade de empresa jornalística talvez tivesse sua constitucionalidade discutida ante os princípios da não-discriminação, livre iniciativa e concorrência, mas sendo texto expreso da Constituição tem sua constitucionalidade firmada pelo legislador. Contudo, os limites da legislação do investimento estrangeiro encontram limites constitucionais. Nesse tom, ainda que dispondo sobre intervenção econômica pelo Estado em sentido amplo, o Ministro CELSO DE MELLO⁵²² asseverou:

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição

Sustenta STRECK⁵²³ que “o significado da Constituição depende do processo

⁵¹⁹ RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005

⁵²⁰ Palestra proferida pela Ministra Fátima Nancy Andrihgi no II Congresso Brasileiro de Internet, promovido pela Abranet – Associação Brasileira de Internet. Painel “Internet das normas: quais discussões tem sido objeto de debates jurídicos no Brasil” Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150925-01.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁵²¹ Artigo 21, X da Constituição Federal

⁵²² RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-2-1997, Primeira Turma, DJ de 6-6-1997

⁵²³ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

hermenêutico que desvendará o conteúdo do seu texto, a partir de novos paradigmas exsurgentes que envolvem a produção democrática do direito”. De outra banda, DWORKIN⁵²⁴ afirma que os liberais acreditam ser “uma fraqueza fundamental das várias formas de coletivismo o fato de que elas se apoiem em entidades fantasmagóricas como vontades coletivas ou espíritos nacionais”.

KENNEDY⁵²⁵ aponta que não há unicidade interna para a construção de um conceito interesse nacional unívoco, posto que dentro de um país há diferentes interesses. NYE JR⁵²⁶ entende que somente conseguimos entender o interesse nacional de um Estado se entendermos como o o interesse nacional é definido pelo Estado. CONTRERA⁵²⁷ observa que o “critério do interesse nacional é essencial na tarefa de auxiliar o *policymaker* diante das incertezas que afetam a definição de interesses nacionais e da escolha entre políticas alternativas”. Ainda, HUNTINGTON aponta que para entendermos os interesses nacionais precisamos saber “quem somos”⁵²⁸, mas que às vezes somente compreendemos que somos a partir de “contra quem estamos”⁵²⁹.

Para que possamos adentrar mais profundamente a estrutura de interesse nacional importa observar a captura regulatória e a teoria da escolha pública. Um dos trabalhos mais fundamentais do tema foi produzido por STIGLER. Diz o professor que sua hipótese geral é⁵³⁰ “*every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry*” e que para entender como isso é possível em uma democracia, há de se compreender o caráter coercitivo da legislação cumulado com a força dos grupos de interesse, que podem “comprar” legislações com votos ou recursos, interessantes aos legisladores. Nesse processo, o caráter coercitivo da legislação permite criar custos difusos na sociedade que não gerem um resultado que interesse a essa massa difusa uma reação tão forte quanto a reação daquele grupo de interesse ligado na legislação a ser capturada. Com essa preocupação, POSNER⁵³¹ apontou que os subsídios cruzados via regulação também tem

⁵²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XIV.

⁵²⁵ KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48.

⁵²⁶ NYE JR, Joseph. *Compreender os Conflitos Internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002, p. 58.

⁵²⁷ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 194.

⁵²⁸ HUNTINGTON, Samuel P. The erosion of American national interests. *Foreign Affairs*. v. 76, pp. 28-49, 1997, p. 28

⁵²⁹ HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 20.

⁵³⁰ STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*. V. 2, n.º 1, primavera, 1971, p.3-21, p.5.

⁵³¹ POSNER, Richard. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. V.2, n.º 1, primavera, 1971, p. 22-50.

potencial nefasto. Quando um serviço é prestado e contratado por um valor abaixo do que sua remuneração e não é lucrativo, ele está sendo subsidiado, e dessa forma sendo pago por alguém que não o usuário, sejam sócios, credores ou uma futura geração de consumidores, e o subsídio sempre está sendo pago por alguém. Em serviços regulados, exemplo de sua tese, trazendo-a para a realidade brasileira, pelo tesouro público.

Ainda sobre o tema, PELTZMAN⁵³² :

What has come to be called the economic theory of regulation, or ET, began with an article by George Stigler in 1971. The most important element of this theory is its integration of the analysis of political behavior with the larger body of economic analysis. Politicians, like the rest of us, are presumed to be self-interested maximizers. This means that interest groups can influence the outcome of the regulatory process by providing financial or other support to politicians or regulators

Diz FIANI⁵³³, “É importante destacar que Stigler não afirmou visar sempre a regulação econômica ao benefício da indústria, embora muitas vezes assim tenha sido interpretado posteriormente. STIGLER afirmou que a regulação econômica na maior parte dos casos beneficia a indústria regulada e que, mesmo naqueles poucos casos em que isso não ocorre, uma teoria econômica da regulação pode oferecer explicações adequadas”.

Portanto, não são todas as regulações que estão comprometidas. Entretanto a atenção a esse fenômeno é muito importante para a economia brasileira, pois como disse GOLDAFJN⁵³⁴ é comum na regulação do ingresso do capital estrangeiro no Brasil que em favor de poucos beneficiários, os custos sejam divididos para um grupo bastante difuso. Reconhecemos ainda que existem outras formas de captura regulatória⁵³⁵, como alguns intercâmbio de profissionais entre agências reguladoras e empresas reguladas, mas no momento nos concentramos mais nas barreiras de ingresso do investimento pelo foco da presente dissertação se dar no investimento estrangeiro, que está ingressando e portanto

⁵³² PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brooking Papers on Economic Activity* 1989: Microeconomics. Washington, DC: The Brooking Institution Press, 1989.

⁵³³ FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e sociedade*. Campinas, v. 13, n.º 2, p.81-105, jul/dez, 2004, p. 83.

⁵³⁴ JORNAL VALOR ECONÔMICO. Governo estuda simplificar entrada de banco estrangeiro, diz Ilan. 24 de março de 2017. Disponível em < <http://www.valor.com.br/financas/4913436/governo-estuda-simplificar-entrada-de-banco-estrangeiro-diz-ilan> >

⁵³⁵ Em uma ambição de reajustar o que seria o interesse público visando o desenvolvimento, o governo federal identificou a necessidade de melhorar a transparência e a eficiência das agências regulatórias. BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral da presidência. *Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público*. Novembro de 2017. Disponível em < http://www.secretariageral.gov.br/relatorio_conjuntura_2-final_x1a-revisado-sem-marcas-de-corte.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

requerendo licenças para tal, bem como a nova economia, que por sua natureza se distânciam tanto das atuais operadoras de negócios já instalados.

De forma muito resumida, o risco da captura regulatória pode ser explicado por um exemplo: em um contexto no qual há um milhão de pessoas é suficientemente provável que elas não se movimentem politicamente para impedir um aumento de impostos de R\$1,00 (um real) mensal. Contudo, se esse um real mensal subsidiar um grupo de 10 pessoas, é bastante possível que essas dez pessoas se esforcem muito para aprovar essa legislação. Se elas receberão um milhão de reais por mês, talvez valha a pena investir R\$500.000,00 por mês para aprovar e manter essa legislação vigente, independente da avaliação moral ou de eficiência desse gasto público, o que gera efeitos nefastos na economia, destinando recursos para pessoas que o recebem apenas porque o Estado coercitivamente assim determinou, de modo ineficiente já que os valores são destinados conforme interesses políticos, corrompendo o interesse nacional em favor do interesse de um grupo. A esse fenômeno de regulação que gera uma renda para um grupo, ensejando esforços compensatórios, chamamos de *rent-seeking*, expressão cunhada por KRUEGER⁵³⁶, que explica:

In many market-oriented economies, government restrictions upon economic activity are pervasive facts of life. These restrictions give rise to rents of a variety of forms, and people often compete for the rents. Sometimes, such competitions is perfectly legal. In others instances, rent seeking takes others forms, such as bribery, corruption, smuggling and black markets

TELÉSFORO⁵³⁷ propõe: “Para diminuir a tentação dos servidores públicos à captura, é necessária a redução dos ganhos ou perdas que os grupos regulados podem obter de decisões regulatórias.” E ainda, “Dessa forma, na medida em que os homens públicos possuem interesses próprios e estão sujeitos à teoria da escolha pública e sujeitos ao *rent seeking*, a melhor forma de lidar com essas falhas é por meio de um mercado concorrencialmente saudável ou por regras burocráticas firmes.”⁵³⁸

O Brasil de há muito conhece essa relação entre políticos e amigos do rei, que em simbiose, transformam dinheiro público em políticas públicas que enriquecem políticos e seus amigos de forma ilegal.⁵³⁹ OLSON⁵⁴⁰ explica que quanto mais uma sociedade se distânciam dos

⁵³⁶ KRUEGER, Anne. The political economy of the rent seeking society. *The American economic review*. V. 64, n.º 3, jun. 1974, pp. 291-303, p. 291.

⁵³⁷ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 36.

⁵³⁸ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 37.

⁵³⁹ A Lava Jato é a operação vigente mais famosa na tentativa de dismantelar a rede de corrupção do governo

elementos comuns que originaram a nação e começa a ter regulações que prejudicam os cidadãos em geral em favor de grupos de interesse, mais perto da decadência fica aquela nação. A ideia de legislações que privilegiam um grupo em detrimento da sociedade seria o início do fim de uma sociedade. A perspectiva de OLSON é muito vinculada aos países do hemisfério norte, no qual o *rent seeking* seria degradações dos projetos originais de cada país; para FAORO⁵⁴¹, a tradição brasileira de capitalismo orientada não é uma novidade, mas um problema histórico.

Um dos exemplos de captura regulatória⁵⁴² é a imposição de dificuldades aos novos entrantes conseguirem licenças públicas de operação e instalação, assim como existem outros tantos. A dificuldade de obter licença é uma das barreiras clássicas ao investimento estrangeiro.

Nos parece que o interesse nacional deverá observar os efeitos dessa equação, sendo um dos objetivos dessa estrutura regulatória combater o crescimento da corrupção, e para essa finalidade há de se reduzir a arbitrariedade regulatória e aumentar a transparência. Ainda, para evoluirmos para uma definição de interesses nacional precisamos observar o que seja interesse dos nacionais e não das demandas de grupos de interesse. FERREIRA⁵⁴³, seguindo o pensamento de ROSE-ACKERMAN, entende que uma causa plausível para o suborno “reside na fricção entre os interesses públicos e os privados e a existência de criação de incentivos para ação corrupta”, de modo que compreender o interesse nacional disciplinador do investimento estrangeiro poder ser uma forma de contribuir no sentido de redução dos incentivos de corrupção. Precisamos opor a captura regulatória aos fundamentos, objetivos, liberdades e direitos constitucionais. A Constituição, sem que para tanto retiremos todas as críticas cabíveis, apresenta importantes e pertinentes fundamentos e objetivos, os quais são bastante claros:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela

federal, chegando a condenar um ex-Presidente da República. Ação Penal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, 13ª vara federal de Curitiba, Juiz Sergio Moro. Nos termos da sentença, a prática de pagar propinas referentes a contratos com empresas públicas é tão “comum e sistematizada” que foi descrita por alguns como “regra do jogo”.

⁵⁴⁰ OLSON, Mancur. *The rise and decline of nations: economic growth, stagflation, and social rigidities*. Yale University Press: New Haven, 1982.

⁵⁴¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

⁵⁴² A captura regulatória no Brasil é complexificada a partir da existência de fortes elementos de corrupção na relação público-privado.

⁵⁴³ FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio Costa (Coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 293-311, p. 309.

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;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

[...]

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.

Compreendemos as palavras da Ministra ELLEN GRACIE⁵⁴⁴ a fim de que sim a livre iniciativa pode ser restringida nos termos da Constituição, mas não em outras circunstâncias. O Ministro BARROSO⁵⁴⁵ assim entende:

A Carta de 1988 manteve a referência já tradicional à livre iniciativa, no capítulo dedicado à ordem econômica, mas promoveu-a a princípio fundamental do Estado brasileiro, dando-lhe novo status constitucional. Além disso, disciplinou exaustivamente as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, fixando os limites da ação legislativa na matéria - em qualquer caso excepcional -, na qual não se inclui a possibilidade de criar novos monopólios. Qualquer restrição ao princípio precisa estar fundada na própria Constituição.

É assaz difícil comprovar o fenômeno da captura regulatória em um país com a nossa tradição jurídica. A soberania de uma país exerce-se também entendendo que os interesses dos nacionais estão acima do interesse de alguns grupos privilegiados, ainda que compostos de brasileiros.

A dignidade da pessoa humana é um dos grandes dilemas da “reserva do possível” que o judiciário enfrenta, bem como dos demais direitos sociais positivos. SARLET⁵⁴⁶ explica a reserva do possível por sua dimensão tríplice, envolvendo a jurídica, a fática e a

⁵⁴⁴ RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005.

⁵⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, out./dez. 2000, p. 184.

⁵⁴⁶ SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 30.

“proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e nesta quadra, também de sua razoabilidade”. Aqui há um elemento muito forte na estrutura orçamentária de um país: preço.

Quando a sociedade estabeleceu a estrutura de moeda como sistema de referência para trocas, criou-se um ambiente institucional de confiança que permite às pessoas supor que aquela troca gerará um benefício para ela cujo valor poderá ser trocado para adquirir outro bem de seu interesse, ou contratar um serviço, sendo essas trocas, uma cadeia. POSNER⁵⁴⁷ explica que *“No milk czar decides how much milk is needed when and by whom and then obtains the necessary inputs, which include dairy farms and farmers, milk-supply plants, refrigerated milk trucks, packaging equipment and materials, accounting and other support activities, and the scheduling and provision of delivery to retail outlets”*. Comprar é uma declaração de interesse de uma pessoa de ter acesso a algo e de que entende ser mais benéfico adquirir de quem produziu do que produzir este algo por seu próprio esforço; contratar um serviço é uma declaração de interesse de que alguém faça algo para ter um resultado esperado, mas que esse alguém não é o contratante, pois este imagina ser mais interessante fazer outra coisa, por motivos de sua escolha. Para POSNER, preço é o coordenador⁵⁴⁸ da ordem espontânea dos esforços orientados por uma quantidade enorme de informações dispersas e dinâmicas, ao que completamos que há cada vez mais informação, cada vez mais rápido e cada vez mais dinâmica. A vantagem do sistema de preços é que sendo autorreferencial, ele permite decisões rápidas e livres pelos cidadãos sobre o que consumir e por quanto.

A dúvida se o Estado destinará um milhão de reais para remédios para mil pessoas ou para a cirurgia de uma única pessoa contém, por sua natureza, o componente de que algumas inovações médicas já estão mais difundidas do que outras e também a capacidade de algumas indústrias em distribuir produtos. Não adentraremos aqui no problema de propriedade intelectual e distribuição na saúde por não ser o objeto da dissertação, mas inequivocamente as inovações trazem soluções importantes para o mercado, e a competição reduz preços ao mesmo tempo; as interpretações jurídicas que fomentam a inovação devem observar também que ao preservarem princípios como livre iniciativa, indiretamente, estão endereçando potencialmente soluções via mercado para problemas sociais. O direito à alimentação é um outro exemplo de direito que no fim é essencialmente preço (e logística), uma vez que a produção de alimentos hoje caminha para um excedente de produção, sendo a fome um

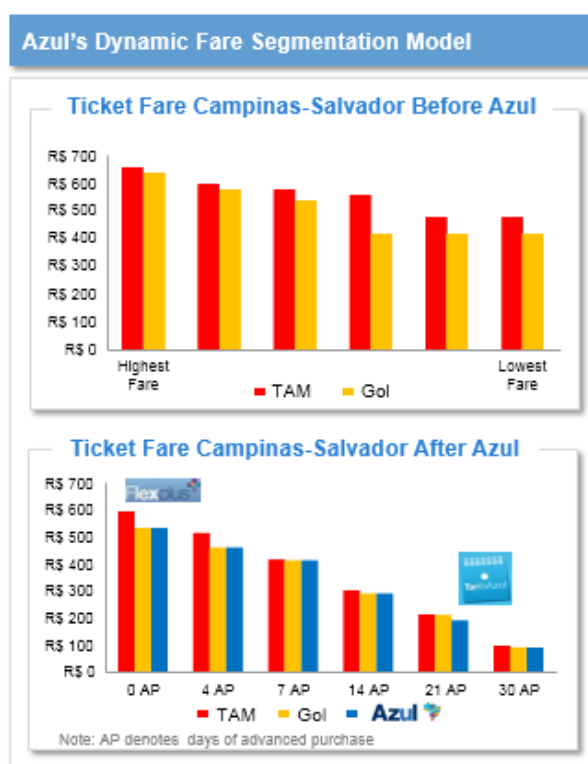
⁵⁴⁷ POSNER, Richard. Hayek, law and cognition. *New York University Journal of law & Liberty*. V. 1, n.º 0, pp. 147-166, p. 149, 2005.

⁵⁴⁸ POSNER, Richard. Hayek, law and cognition. *New York University Journal of law & Liberty*. V. 1, n.º 0, pp. 147-166, p. 149, 2005.

dilema mais logístico do que de indústria no Brasil, que exporta seu excedente agrícola com importante lucratividade há anos⁵⁴⁹. Pontuamos que essa produção é motivo de orgulho e traz consigo riqueza e felicidade: é pelo excedente de produção que se soluciona o problema da alimentação.

Com o direito ao lazer, e a exigência constitucional de fomento ao turismo, é claríssimo. A partir da competição no setor, mais pessoas puderam comprar passagens aéreas a um preço menor, conforme comprova o gráfico abaixo, apresentado por JOSÉ MARIO CAPRIOLLI⁵⁵⁰, acionista e conselheiro da Azul Linhas Aéreas:

GRÁFICO 4



No exemplo da rota Campinas-Salvador, o efeito da concorrência é claro no preço para o consumidor. Temos nesse setor a questão emblemática da Azul que somente se viabilizou juridicamente porque o seu controlador, David Neelman, viveu seus primeiros anos da infância no Brasil quando seu pai vivia como expatriado aqui, embora criado e radicado nos Estados Unidos- de pais norte-americanos, David que já era empresário do setor aéreo norte-

⁵⁴⁹ O Brasil é o segundo maior exportador agrícola do mundo. Nesse sentido, o relatório da FAO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO – FAO. Perspectivas agrícolas no Brasil: desafios da agricultura brasileira 2015-2024. 2015. Disponível em <<http://www.fao.org.br/download/PA20142015CB.pdf>>

⁵⁵⁰ CAPRIOLI, José Mário. *Azul: crescimento acelerado*. CEO Fórum Amcham Porto Alegre. Porto Alegre, 26 de junho de 2017.

americano descobriu que era o único dos empresários norte-americanos atuantes no setor que poderia ingressar no mercado brasileiro em decorrência de nossa legislação. A Azul corresponde a 16,7% do mercado brasileiro⁵⁵¹ em um setor que era um virtual duopólio até recentemente. Quantos mais brasileiros poderiam viajar se fosse possível o investimento estrangeiro nesse setor? Será que o interesse nacional é o mesmo interesse das empresas de aviação aérea controladas por brasileiros e protegidas por uma legislação protecionista?

Nesse mesmo sentido, o objetivo do desenvolvimento nacional não necessariamente é o mesmo da tese desenvolvimentista nacional. GIANETTI DA FONSECA⁵⁵² muito bem pontuou os problemas de uma país cuja economia assegura lucro sem geração de inovação e riqueza como a política desenvolvimentista faz, protegendo da competição internacional e nacional. Ainda, o dever de não discriminação contribui para a tomada de decisão da interpretação jurídica: a discriminação não pode ser a regra e não se deve interpretar que existe hostilidade constitucional ao investimento estrangeiro⁵⁵³.

Contudo, a estrutura jurídica indiretamente por vezes hostiliza os investimentos estrangeiros por meio do subsídio cruzado que POSNER⁵⁵⁴ indicou como problemático já há muitas décadas, bem como outras formas de incentivo à industrial nacional⁵⁵⁵. Não que a regra geral da política econômica brasileira seja essencialmente contra o investimento estrangeiro tanto quanto o é em sentido de favorecer grupos de interesse, aquilo que o Ministro BARROSO⁵⁵⁶ chamou de “socialismo de ricos” que não gostam de competição nem de riscos. O decreto n.º 8.957/2017 que alterou o decreto n.º 2.233/1997 é uma peça importante nesse quebra-cabeça. Na tentativa de atrair investimentos estrangeiros com competitividade para o país, o Presidente TEMER expediu decreto não retirando os privilégios de alguns setores, mas ampliando-os para que abarcassem estrangeiros que julgou economicamente interessantes para a economia nacional. Isto porque o decreto sobre o alto interesse nacional visto isoladamente poderia dar uma interpretação de mera declaração, mas

⁵⁵¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros*. Brasília: CNT, 2015.

⁵⁵² GIANNETTI DA FONSECA, Eduardo. *O futuro da democracia*. Fórum da Liberdade. Porto Alegre, 10 de abril de 2017.

⁵⁵³ GRAU, Eros. Comentário ao artigo 172. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12712.

⁵⁵⁴ POSNER, Richard. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. V.2, n.º 1, primavera, 1971, p. 22-50.

⁵⁵⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160. MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, p. 45.

⁵⁵⁶ Expressão do Ministro BARROSO, “Vivemos um modelo de capitalismo que não gosta nem de risco nem de competição. Isso não é capitalismo, isso é socialismo para os ricos”. Matéria do Jornal El País em 24 de maio de 2016. Disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/23/politica/1464029905_693663.html.

se faz absolutamente necessário conjugá-lo com o artigo 39 da lei n.º 4131//1962 que autoriza ao BNDES emprestar dinheiro a juros subsidiados para empresas estrangeiras de alto interesse nacional. E no Brasil, o BNDES possui taxas de juros muito mais atrativas para os que tem acesso a estas do que na concorrência bancária. Taxas estas que são subsidiadas via tesouro público⁵⁵⁷, isto é, tributação. O Brasil também precisa visitar as aplicações práticas da não-discriminação constitucionalmente prevista sem que para tanto inclua novos grupos de interesses entre os privilegiados, podendo politicamente reduzir privilégios, até em atendimento aos preceitos constitucionalmente dispostos de sociedade livre, justa e solidária. Não parece que seja interesse dos nacionais na construção de uma sociedade justa aumentar tributos sobre os bens de consumo de forma coercitiva para subsidiar as grandes empresas, sejam nacionais ou estrangeiras, e se não coincidir com o interesse nacional, a regulação do investimento estrangeiro não está atendendo ao preceito constitucional.

Em sentido contrário ao decreto expedido pela presidência, e mais afinada a crítica que ora realizamos, o próprio governo federal elaborou documento oficial onde consta⁵⁵⁸ “Com direcionamento, os recursos não necessariamente estarão sendo alocados nos setores onde há maior expectativa de retorno econômico, mas sim naqueles setores e empresas que têm mais capacidade de conseguir crédito, usualmente subsidiado, junto ao governo – o que, naturalmente, abre espaço para ineficiências e corrupção”.

Enquanto as legislações ainda possuem características como as que estamos ora criticando, vem a memória a defesa das liberdades de DWORKIN, para quem os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, por vezes essa maioria a legislativa. SARLET⁵⁵⁹ aponta que “a democracia não pode resultar em arbítrio da maioria sobre as minorias (as assim chamadas ditaduras majoritárias), inclusive – mas não apenas por isso – pelo fato de que em grande parte dos casos as maiorias obtidas são bastante exíguas, o que se agrava ainda mais se trata da maioria simples”. Observando esse apontamento do magistrado gaúcho sobre direitos fundamentais em sentido amplo, aprofundamos nossa observação sobre a importância da verificação das restrições ao investimento estrangeiro estarem condicionados ao interesse nacional.

Ocorre ainda que estamos em um país altamente litigante, que as questões legais

⁵⁵⁷ Lei n.º 12.979/2014 injetou R\$24.000.000.000,00 (vinte e quatro bilhões de reais) de recursos públicos no Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.

⁵⁵⁸ BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral da presidência. *Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público*. Novembro de 2017. Disponível em <http://www.secretariageral.gov.br/relatorio_conjuntura_2-final_x1a-revisado-sem-marcas-de-corte.pdf>

Acessado em 20 de dezembro de 2017. P. 22

⁵⁵⁹ SARLET, Ingo. Dos princípios fundamentais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 274.

costumam ter suas definições últimas no judiciário, e quando enfrentam temas constitucionais, sua casa mais alta, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Ao fim, as legislações infraconstitucionais que restringem investimentos estrangeiros podem ser desafiadas junto aos tribunais, caso não estejam de acordo com o conceito de interesse nacional.

As legislações infraconstitucionais que sob estas parem dúvidas sobre se há o fenômeno da captura regulatória podem ser alçadas aos magistrados para que estes definam sob esse prisma a constitucionalidade de tais leis, sem prejuízos das demais questões jurídicas pertinentes, como por exemplo a competência legislativa. Se entendermos que tais restrições afetam ao mercado interno, que é patrimônio público, temos que qualquer cidadão poderia ajuizar ação popular⁵⁶⁰.

FRIEDMAN e FRIEDMAN⁵⁶¹ afirmam que “a perfeição não é para este mundo. Sempre haverá produtos de má qualidade, charlatões, vigaristas. Mas em geral, a concorrência do mercado, quando lhe é permitido funcionar, protegem melhor do que fazem os mecanismos alternativos do governo que foram sendo progressivamente impostos ao mercado”. Tradicionalmente, interesse nacional tem sido compreendido como instrumento para defesa das empresas nacionais com proximidade ao governo; propomos que o interesse nacional seja atendido na perspectiva de que interesse nacional seja o interesse dos nacionais, e não apenas das empresas nacionais.

Ainda, importa a definição sobre a natureza jurídica do “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro”. HUMBERTO ÁVILA⁵⁶² expõe que “princípios são normas do dever-do-que-deve-ser (*ought-to-be-norms*): seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas” enquanto regras “são normas-do-que-fazer (*ought-to-do-norms*): seu conteúdo diz diretamente respeito a ações”, de modo que “regras instituem o dever de adotar o comportamento prescrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas”; diz ainda que as “regras consistem em normas imediatamente descritivas e mediatamente finalísticas, a justificação da decisão de interpretação será feita mediante a avaliação de concordância entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma”, enquanto princípios se “constituem em normas imediatamente finalísticas e mediatamente na conduta, a justificativa da decisão

⁵⁶⁰ Sobre a ação popular como instrumento para defesa do mercado interno, ver CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico*. Porto Alegre: Editora Sergio Fabris, 2006, p. 92.

⁵⁶¹ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Trad. Ligia Filgueiras. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 322.

⁵⁶² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 73-75.

de interpretação será feita mediante avaliação dos efeitos na conduta havida como meio necessário à promoção de um estado de coisas posto pela norma como ideal a ser atingido”. HART⁵⁶³ salienta que na “maioria dos casos importantes há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos”; de outra banda, DWORKIN⁵⁶⁴ defende “a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”. Ainda, para HUMBERTO ÁVILA⁵⁶⁵, regras “têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito de razões” enquanto princípios tem “pretensão de complementaridade [...] não tem pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir”.

Nesse sentido, afirmamos ainda que “A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro” é uma regra constitucional. Não pode a lei disciplinar os investimentos de capital estrangeiro com base em algo que não seja o interesse nacional, muito menos em contrário a este; é uma regra direcionada aos legisladores e aos administradores da estrutura pública, que não podem regular o investimento estrangeiro em favor de grupos. Contudo para que se possa identificar o que é o interesse nacional, princípios jurídicos, especialmente os cristalizados na Constituição, são fundamentais nesse processo, assim como a compreensão que a escola da *Law and Economics* pode contribuir para o tema, mas especialmente porque falamos de interesse nacional e porque falamos de sistema de preços em uma sociedade de proteção ao consumidor e de sua liberdade de escolha que interpreta o texto constitucional a todo tempo, que a definição do que seja interesse nacional seja em estabelecida em favor do cidadão-consumidor, respeitando os seus direitos fundamentais. Nos parece por exemplo que a escola da *Law and Economics* poderia fornecer respostas importantes sobre os efeitos das sentenças que versam sobre proibir algumas atividades econômicas; o aplicativo Whatsapp foi proibido momentaneamente no Brasil por um juiz de primeiro grau que não sabia, ou não se importou, com a dimensão das consequências de sua sentença, nem com a proporcionalidade no contexto da nova economia, e nesta nova era absolutamente interligada, as restrições deverão ser adequadamente ponderadas para que as decisões judiciais alcancem seus objetivos sem que para tanto criem problemas maiores do que suas soluções⁵⁶⁶, evitando assim que o Supremo Tribunal

⁵⁶³ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15.

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad.: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132.

⁵⁶⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 76-77.

⁵⁶⁶ Novo Código de Processo Civil, por exemplo, traz uma ampla gama de opções para o juiz em seu artigo 536,

Federal⁵⁶⁷ precise intervir diretamente em casos análogos. Ainda, importa observar a visão de TRINDADE⁵⁶⁸, que, inspirando em fontes dessa escola, identifica entre outros elementos, a relevância do impacto da inovação na economia, e buscando reconhecer a necessidade de eficiência regulatória, propõe que a regulação do mercado de capitais seja mais dinâmica e modulável. Um interesse nacional que converse com essa nova economia precisa ter elementos institucionais que sejam adequados a esse dinamismo.

FRANCO⁵⁶⁹ aponta ainda sua preocupação para que se evite a politização do Judiciário na busca de irregularidades, fomentando o respeito ao papel do parlamento; nessa esteira que sustentamos que a regra que determina o interesse nacional como fundamento da disciplina dos investimentos de capital estrangeiro é destinada ao legislador e aos administradores, cabendo ao judiciário apenas a sua verificação *a posteriori*, se e quando houver litígio, do cumprimento das regras, tal qual faz rotineiramente. Contudo, não podemos deixar de apontar a importância do judiciário para evitar abusos de captura regulatória. Nesse sentido, RAGAZZO⁵⁷⁰ dispõe: “(...) o Poder Judiciário exercerá uma dupla função na revisão de marcos regulatórios: (i) evita arbitrariedades e regulações que são resultados de influência indevida de grupos de interesse, impondo limites substantivos a serem observados pelo Poder Legislativo e demais órgãos reguladores; e (ii) estimula o Poder Legislativo e as agências reguladoras a desenvolverem uma capacidade analítica maior, com a imposição de requisitos procedimentais em hipóteses específicas, a fim de que os órgãos reguladores identifiquem claramente os objetivos regulatórios, bem como a alternativa que represente a melhor relação de custo e benefício, contribuindo para o aumento da transparência e, portanto, da participação democrática”.

De outra banda, GUIMARÃES⁵⁷¹ aponta que entre apologistas mais radicais ao investimento estrangeiro existem aqueles que defendem “condições mais favoráveis do que ao

e a solução do caso concreto estará nesse contexto.

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente

⁵⁶⁷ Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 403 de Sergipe, na qual o requerente foi o Partido Popular Socialista em face do juiz de direito da vara criminal da comarca da Lagarto, em 19 de julho de 2016.

⁵⁶⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Conformação regulatória do mercado de capitais a partir das falhas de mercado : proposta de regulação dinâmica e modulável*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

⁵⁶⁹ FRANCO, Gustavo. Celebrando a convergência. In: TIMM, Luciano Benetti. São Paulo: IOB Thomsom, 2005, pp.11-14, p. 13.

⁵⁷⁰ RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 255-256.

⁵⁷¹ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançado*. vol.14, nº.39, São Paulo, Mai/Aug., 2000.

capital local para, justamente, atraí-lo a investir diretamente em zonas de alto risco, como são os países da periferia, entre eles o Brasil”. Entendemos, contudo, que o princípio da não-discriminação bem como todos os demais, tais como a livre concorrência, e os objetivos de uma sociedade mais justa, também impedem que o investimento estrangeiro seja tratado de uma forma mais benéfica do que os nacionais. Do contrário, seria permitir que grupos de interesse, quando estrangeiros, possam capturar regulação em favor de seu grupo e em detrimento do interesse dos nacionais, em especial quando há o subsídio financeiro. Se houver de fato interesse dos cidadãos em atrair o investimento estrangeiro pagando-o algum valor incremental que o façam enquanto sociedade civil ou pelo sistema de preços, sem onerar os cofres públicos nem usar da coerção estatal para direcionar renda para quem quer seja. O interesse nacional serve também como proteção aos grupos de interesse estrangeiros em favor do povo. Há de se atentar aos subsídios cruzados, que sempre são pagos por alguém⁵⁷².

GIANNETI DA FONSECA⁵⁷³ postula que o Brasil tem um Estado patrimonialista que “foi capturado por setores da sociedade que vivem da transferência de renda e da caça às rendas que são intermediadas pelo setor público” e “temos que redirecionar o Estado para que ele atenda de fato as necessidades de saneamento, saúde, educação, e segurança da maioria”. Nosso trabalho tenta contribuir para proposta de redirecionamento colocada por GIANETTI e é portanto incompleto: é apenas parte de uma construção de proposta alternativa dentro do arcabouço jurídico brasileiro de interpretação constitucional para avanços institucionais. Isto quer dizer que sem outros avanços institucionais a simples concordância com o ora escrito é insuficiente para o Brasil avançar para um novo estágio de promoção da inovação no contexto da nova economia.

Ainda, ao retirarmos os alicerces de grupos de interesse e caçadores de renda poderemos perceber uma redução de investimentos por aqueles costumados a mitigar os riscos de seus investimentos com o apoio estatal. Sem dúvida, os recursos subsidiados para investimentos atraem os empresários, e a redução destes exigirá um ímpeto mais firme na tomada de decisão de investir no Brasil. Portanto, o gradualismo dos avanços das políticas públicas também é um imperativo pertinente, em especial se concordarmos com a interpretação que ora estamos desenvolvendo.

⁵⁷² POSNER, Richard. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. V.2, n.º 1, primavera, 1971, p. 22-50

⁵⁷³ Entrevista com Eduardo Gianneti da Fonseca, Jornal El País, dia 26 de julho de 2016, por Felipe Betim.

4.1.2 Breves considerações sobre diferentes conceitos de interesse nacional e o papel do desenvolvimento econômico nesse contexto

Há diversos vieses de interesse nacional. Há evoluções históricas, assim como há elementos próprios de diferentes países, e no vigente contexto de competitividade global cabe observar alguns elementos, bem como fazer algumas considerações antes de adentrarmos em propostas para o âmbito brasileiro.

Conceitualmente, CONTRERA opõe realistas e liberais: segundo o autor, para os realistas⁵⁷⁴ “Os princípios morais que regem a relação entre os Estados devem estar subordinados aos limites do que é considerado prudente, de modo a não colocar em risco a sobrevivência dos Estados”, e que⁵⁷⁵ “os críticos do realismo consideram que a teoria realista tem sua capacidade explicativa reduzida ao não considerar os efeitos que as preferências internas de uma sociedade têm para a definição do interesse nacional e por definir como imutável a natureza conflituosa do sistema internacional”, enquanto os liberais, muito inspirados em Kant e Bentham,⁵⁷⁶ “chamados pelos realistas de idealistas e utópicos, acreditam que a ética e a moral devem desempenhar um papel importante na definição do interesse nacional e rejeitam a afirmação realista de que a busca do poder deve ser o objetivo primário dos Estados nacionais” ofertando grande importância a opinião pública na construção do interesse nacional. No diapasão liberal, a inspiração de KANT⁵⁷⁷ oferta a visão de que os países democráticos tendem a manter a paz, de modo que o desenvolvimento também contribuiria para criação de um ambiente de paz cooperada para um sistema internacional de natureza conflituosa.

Um dos maiores estudiosos no tema, MORGENTHAU⁵⁷⁸ aponta

Qualquer política externa que opera sob o padrão do interesse nacional deve, obviamente, ter alguma referência à entidade física, política e cultural que chamamos de nação. Em um mundo onde um número de nações soberanas competem e se opõem umas com as outras pelo poder, as políticas externas de todas as nações devem necessariamente se referir à sua sobrevivência como seus requisitos mínimos. Assim, todas as nações fazem o que não podem deixar de fazer: proteger a sua identidade física,

⁵⁷⁴ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 181.

⁵⁷⁵ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 181.

⁵⁷⁶ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 181.

⁵⁷⁷ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

⁵⁷⁸ MORGENTHAU, Hans J. Another Great Debate: The National Interest of the United States. *American Political Science Review*, 46 (4): 961-988, 1952, p. 972.

A visão realista de MORGENTHAU conversa muito com a ideia de interesse nacional enquanto mecanismo de defesa, em uma perspectiva de guerra próxima ou vigente. Essa é uma perspectiva eminentemente norte-americana sobre o interesse nacional, extremamente vinculada a poder em âmbito militar. Manifestação recente nesse sentido pode ser percebida em declaração da então secretária de Estado dos Estados Unidos da América, HILLARY CLINTON⁵⁷⁹ que afirmou que o Mar do Sul, área geopolítica da Ásia “era de interesse nacional” norte americano. A concepção de interesse nacional da academia norte-americana encaminha uma visão mais militar do tema, considerando o desenvolvimento econômico como instrumento nesse contexto. A temática do desenvolvimento econômico, da inovação, do empreendedorismo e dos investimentos permeia toda a cultura política daquele país, e encontra sinergias quando percebemos que há grande quantidade de tecnologias cíveis que são subprodutos, ao menos em parte, do desenvolvimento tecnológico-militar, mormente a internet, fundamento da nova economia. Cumpre observar que os norte-americanos também utilizam os investimentos estrangeiros como elemento de fortalecimento de alianças, busca por mais mercado para suas empresas e cultivo de cadeias globais, em um viés de promoção de paz e influência geopolítica, algo entre a visão kantiana⁵⁸⁰ e a “teoria Dell” de paz global⁵⁸¹. Ainda, nos parece importante, ao falarmos da nova economia neste contexto, que a primavera árabe, movimento que movimentou a cena política do oriente médio nos anos recentes, teve como um dos elementos de debate a influência das conexões promovidas pelas tecnologias de comunicação, parte delas formada por organizações exponenciais norte-americanas, alicerces dessa nova economia, com destaque para o Facebook enquanto elo entre pessoas insatisfeitas com questões políticas locais. Aqui, considerações podem ser conectadas entre a defesa cultural proposta por MORGENTHAU e a nova economia como elemento de difusão da cultura globalizada, que afeta a cultura local por consequência, preocupação muito forte para os defensores da TWAIL⁵⁸².

Cabe a observação que a liderança da nova economia ainda é (embora disputas globais cada vez mais acirradas) das empresas norte-americanas, mais eficientes veículos de inovação em escala global, em especial na prestação de serviços no modelo exponencial, com exemplos

⁵⁷⁹ Extraído de FIORI, José L. O xadrez chinês. *Valor Econômico*. São Paulo, 26 de outubro de 2011.

⁵⁸⁰ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

⁵⁸¹ FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

⁵⁸² CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. In: ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, pp. 47-73.

já observados: Facebook, Uber, Airbnb, Netflix⁵⁸³. Embora o mercado interno do país seja bastante substancial, estas principais empresas norte-americanas são muito capazes na inserção global e na presença destas, investindo em muitos lugares e apresentando serviços/distribuindo bens em escala global. Contudo, nos parece conflitante a relação de interesse nacional baseada na visão militar para um país brasileiro, que está em paz, e tem na defesa da paz⁵⁸⁴ um dos princípios constitucionais que rege suas relações internacionais.

Pontuamos ainda que a noção de interesse nacional norte-americana divide-se em ser mais realista, em especial sobre segurança nacional, e propor ao mundo políticas mais liberais, como o propalado Consenso de Washington⁵⁸⁵, propondo políticas de desenvolvimento coordenado com organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional - FMI. Sobre o FMI, vale apontar que estudos recentes de OSTRAN, LOUNGANI e FURCERI, apontaram que há o que comemorar⁵⁸⁶ nas políticas propostas, como o aumento do fluxo de capitais e privatizações bem promovidas que facilitaram o acesso a serviços para a população, mas estas devem ser observadas com maior cautela e não há elementos suficientes para afirmar que essas políticas reduzem a desigualdade social. Inclusive dentro do modelo de desenvolvimento norte-americano há fricções importantes internas, melhor explicados pelos debates do 1% da população mais rica, que consolidou fortunas, bem como o debate da tributação dos robôs⁵⁸⁷.

Outro país é assaz importante para essas considerações, e cujo crescimento tem alterado as estruturas das relações internacionais: a China. TROYJO⁵⁸⁸ vê que o interesse nacional chinês na América Latina tem por um lado a exportação de bens manufaturados, cada vez mais tecnológicos, e de outro assegurar à China oferta de bens primários. O pesquisador atribui o sucesso chinês a sua capacidade de inserção nas cadeias globais. Nos parece que a estratégia chinesa de desenvolvimento anda muito próxima com o que se qualifica como sua política de interesse nacional. Com um Estado fortemente envolvido, a

⁵⁸³ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁵⁸⁴ Artigo 4, inciso VI da Constituição Federal.

⁵⁸⁵ MARKTANNER, Marcus; WINTERBERG, Jörg. Consenso de Washington x Economia Social de Mercado. *Diálogo Político*. v. 26, pp. 99-131, 2009.

⁵⁸⁶ OSTRY, Jonathan; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. Neoliberalism: Oversold? *Finance & development*. V. 53, n.º 2, junho, 2016, disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁵⁸⁷ A proposta de tributação dos robôs como mecanismos de redistribuição de renda foi defendida por Bill Gates, um dos mais proeminentes capitalistas norte-americanos. Nesse sentido, matéria do jornal El País https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/05/tecnologia/1491390957_573772.html. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁵⁸⁸ TROYJO, Marcos. O que os chineses querem do Brasil e da América Latina? *Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças de São Paulo*. 26 de agosto de 2015. Disponível em <<http://ibefsp.com.br/publicacoes/o-que-os-chineses-querem-no-brasil-e-na-america-latina/>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

China mantém uma inserção global de suas empresas controladas por privados, em um esforço de desenvolvimento tecnológico bastante significativo. O Estado chinês possui capacidades de agir mais amplas e estáveis do que o Estado brasileiro pluripartidário e com deveres não discriminatórios contra estrangeiros, por exemplo.

Ainda, a China possui um mercado interno muito maior do dos outros países em número de habitantes/potencial econômico. Enquanto é matematicamente impossível que qualquer empresa possua mais de 250 milhões de brasileiros como consumidores, esse mesmo número de consumidores chineses não garante sequer um espaço no pódio do mercado interno, posto que há mais de um bilhão e trezentos milhões de chineses. Como apontamos, escala⁵⁸⁹ é um dos elementos fundamentais na nova economia, e se de um lado é improvável que uma empresa ocidental seja globalizada sem presença relevante no mercado brasileiro, é impossível que uma empresa seja de porte global atendendo exclusivamente o mercado interno brasileiro. A economia chinesa também apresenta grande capacidade de investimento e de financiamento dos investidores.

Nesse sentido, apontamos ainda que empresas chinesas têm acelerado o seu investimento no Brasil. Entre outros, cabe apontar dois grandes negócios em 2017: a aquisição de infraestrutura portuária, em montante próximo de dois bilhões e novecentos milhões de reais,⁵⁹⁰ bem como a aquisição do controle de uma distribuidora de energia⁵⁹¹ em negócio avaliado em torno de quatorze bilhões de reais.

A abertura para comércio internacional é parcela importante do desenvolvimento chinês e do que parece ser seu interesse nacional. Nas palavras do presidente Xi Jinping⁵⁹²: “É provado pelos fatos que, sem reforma e abertura, não teríamos a China de hoje, para já não dizer do seu futuro”. Podemos observar desse modelo de interesse nacional e desenvolvimento chinês alguns aprendizados: a importância do capital humano, de estar inclusa nas cadeias globais de negócios e a capacidade de criar inovação, certamente estão entre os aspectos positivos. De outra banda, encontramos limites para a tropicalização desse modelo chinês: o caráter democrático pluripartidário do Brasil⁵⁹³, a capacidade de financiamento subsidiado do Estado brasileiro face os demais deveres da administração

⁵⁸⁹ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁵⁹⁰ Sobre o tema, <http://www.amanha.com.br/posts/view/4459/china-investe-pesado-nos-portos-do-sul>.

⁵⁹¹ Sobre o negócio, <https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/chinesa-state-grid-acquire-controle-acionario-da-cpfl-energia.ghtml>.

⁵⁹² SAFATLE, Claudia; RITTNER, Daniel. Xi rejeita hegemonia e quer mais atuação em questões globais. *Valor Econômico*. São Paulo, 14 julho de 2014.

⁵⁹³ O artigo 1º, V, da Constituição Federal aponta o pluralismo político como fundamento da República Brasileira, combinando ainda o pluripartidarismo previsto no artigo 17 da mesma Constituição.

constitucionalmente previstos e o tamanho do mercado nos parecem relevantes. Nesse mesmo sentido, podemos perceber a capacidade da China manter uma unidade de interesse nacional na regulação econômica de longo prazo, enquanto democracias tem que cultivar entendimentos mais flexíveis, haja vista as mudanças de discurso nos Estados Unidos entre o governo Obama e o governo Trump, assim como as diferenças entre os governos Dilma e Temer, eleitos em uma única chapa, em um contexto onde a continuidade da nação é também um dos elementos.

Ainda, importa observar, na linha de investimentos estrangeiros, que o apetite de investimento dos chineses é bastante alto. A Alemanha declarou seu interesse em ser uma líder da indústria 4.0, e uma das principais empresas alemãs⁵⁹⁴ que contribuía para esse ramo era a Kuka, fabricante de robôs. Ainda assim, a gigante chinesa Midea⁵⁹⁵ adquiriu o controle da empresa, por três bilhões e setecentos milhões de euros, apesar dos protestos políticos governamentais. A China tem sido bastante agressiva em sua política de investimentos estrangeiros, o que tem sido objeto de apreensão de alguns países, até mesmo entre os mais liberais⁵⁹⁶, como a Austrália que tem uma economia mais forte em serviços e que faz políticas de promoção de investimentos estrangeiros até no agronegócio⁵⁹⁷. Seguindo, observando o movimento chinês, cabe atentar para que políticas de interesse nacional que envolvam recursos públicos para subsídio financiamento encontram limites fáticos na capacidade das sociedades gerarem riqueza. Assim, o ajuste fiscal de um país afeta a sua possibilidade de promover políticas de interesse nacional, o que influencia como o conceito se perfectibiliza nos fatos, se esse interesse nacional está conectado a subsidiar empresas, bem como a capacidade de um governo impor regras coercitivas para manipulação política da economia também é elemento que pode restringir as atividades regulatórias de um país que busque conciliar princípios de mercado e princípios democráticos.

LIST⁵⁹⁸ entende que o modelo liberal econômico de competição é favorável aos países com capacidade tecnológica e econômica mais desenvolvida, e que há de se proteger a

⁵⁹⁴ Sobre o projeto do governo alemão <https://industrie4.0.gtai.de/INDUSTRIE40/Navigation/EN/industrie-4-0>

⁵⁹⁵ Sobre o tema, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-03-08/midea-eyes-top-spot-for-kuka-in-china-s-booming-robot-market>.

⁵⁹⁶ A Austrália impediu a aquisição do controle de uma empresa de energia por uma outra empresa chinesa, por razões de segurança nacional. Sobre o tema <http://www.valor.com.br/empresas/4669201/australia-barrainvestimento-chines>.

⁵⁹⁷ Sobre informações de fomento ao investidor estrangeiro na Austrália, ver página oficial do governo na internet. <https://www.austrade.gov.au/international/invest/investor-updates/2017/foreign-investment-the-focus-of-northern-australia-investment-forum>

⁵⁹⁸ LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad.: CURY, Antonio. São Paulo: Abril, 1983.

indústria nascente. Nesse diapasão CHANG⁵⁹⁹ propõe o desenvolvimentismo sul-coreano, defendendo até mesmo a formação de carteis dentro do país para que se alcance a competitividade global, concentrado em algumas famílias empresárias sul-coreanas a capacidade de competitividade global da indústria daquele país. Diz o autor que tais elementos são relevantes para a geração de riqueza de um país, e que os países já desenvolvidos tentam retirar as escadas dos países em desenvolvimento, escadas essas que teriam usado para seus respectivos crescimentos. Há aqui algo de similar entre o proposto por CHANG com a política de campeões nacionais, tanto lá⁶⁰⁰ quanto cá⁶⁰¹, a relação entre público-privado se distorceu, gerando prisões e afastamentos de altas autoridades políticas, esbarrando esse viés de desenvolvimento em questões de *compliance* e até de direito penal. Outro elemento importante da economia sul-coreana foi o investimento em educação de qualidade, sendo este sim uma lição mais adequada a democracia brasileira. Pontuamos, contudo, que o modelo sul-coreano foi eficaz no processo de desenvolvimento de um país que havia sido devastado por guerra poucas décadas antes.

O ordoliberalismo alemão apresenta características importantes também para o desenvolvimento, tendo sido relevante para o pós-segunda guerra mundial germânico. Baseado na concepção que o indivíduo tem direitos inalienáveis, esta concepção auxiliou a reconstrução da Alemanha por meio de um Estado firme no cumprimento de normas legais, com preocupações sociais, mas que permitiu o florescimento da livre iniciativa e de um sistema concorrencial. Inspirado pela Escola de Friburgo e por líderes como Walter Eucken, o ordoliberalismo tem como princípios constitutivos⁶⁰²: não-intervencionismo no mecanismo de preços, a primazia da estabilidade de preços sobre os objetivos de empregabilidade monetária, abertura de mercados, direitos de propriedade privada, liberdade contratual, não-intervenção pontual do Estado em caso de perdas sofridas por atores econômicos, e políticas orientadas para objetivos de longo prazo. Ainda essa visão preconiza⁶⁰³ “evitar intervenções pontuais, formular a legislação em termos de regras gerais, ao invés de políticas intervencionistas, usar

⁵⁹⁹ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004.

⁶⁰⁰ A presidente da Coreia do Sul foi afastada do governo acusada de corrupção (<https://g1.globo.com/mundo/noticia/tribunal-ratifica-destituicao-da-presidente-da-coreia-do-sul.ghtml>), e o herdeiro da Samsung, uma das principais empresas sul-coreanas foi preso por corrupção (<https://g1.globo.com/mundo/noticia/herdeiro-da-samsung-e-condenado-a-5-anos-de-prisao-na-coreia-do-sul.ghtml>)

⁶⁰¹ Nesse sentido, a operação Lava Jato, com afastamento e prisões de políticos e empresários próximos ao governo.

⁶⁰² MARKTANNER, Marcus; WINTERBERG, Jörg. Consenso de Washington x Economia Social de Mercado. *Diálogo Político*. v. 26, pp. 99-131, 2009, p. 105.

⁶⁰³ MARKTANNER, Marcus; WINTERBERG, Jörg. Consenso de Washington x Economia Social de Mercado. *Diálogo Político*. v. 26, pp. 99-131, 2009, p. 107.

de forma discreta a estabilização e impulsionar uma política social de acordo com o mercado visando priorizar o investimento em educação e capacitação de pessoas, antes de investir em oportunidades de consumo”. Este sistema é assim observado por RÖPKE⁶⁰⁴:

Uma economia de mercado e o nosso programa econômico pressupõem o seguinte tipo de Estado: um Estado que sabe exatamente onde traçar a linha entre o que faz e o que não lhe diz respeito, o que prevalece na esfera que lhe é atribuído, com toda a força de sua autoridade, mas abstém-se de toda interferência externa de sua esfera - um árbitro energético cuja tarefa não é nem de tomar parte no jogo, nem para prescrever os seus movimentos para os jogadores, que é melhor totalmente imparcial e incorruptível e cuida para que as regras de o jogo e de desporto sejam estritamente cumpridas. Esse é o Estado sem a qual uma verdadeira e real economia de mercado não pode existir

Esse modelo alemão ainda possui influência hoje para além fronteiras, e nessa linha a Alemanha tem liderado o recebimento de refugiados estrangeiros na Europa, por exemplo. Aponte-se ainda que essa estrutura social germânica conseguiu também conduzir um importante desenvolvimento econômico e conta com grande presença global, em especial na indústria de manufatura de bens com tecnologia embarcada, com fortes investimentos no Brasil. Contudo, não encontrou remédios para impedir que uma das principais empresas alemãs fosse adquirida por uma empresa chinesa, de modo que o modelo liberal traz consigo essa fragilidade decorrente da liberdade dos seus agentes – entre o interesse do governo e o interesse dos indivíduos podem haver dissonâncias, e neste caso, as liberdades individuais prevalecem dentro da moldura do Estado de direito. CHANG⁶⁰⁵ diz que a Alemanha promoveu cartéis de empresários nacionais no final do século XIX e início do século XX, então poderia se argumentar que o ordoliberalismo somente foi possível após um período de protecionismo. Ainda, os opositores às ideias liberais apontam que estas são mais vantajosas aos países já desenvolvidos dos que ao em desenvolvimento.

Aqui visitamos temas da administração e da sociologia, mas atentamos mais fortemente a regulação econômica e ao conceito de interesse nacional enquanto motor de desenvolvimento. Transplantar modelos sem transplantar culturas é excessivamente arriscado. Não cremos que exista um modelo perfeito a ser importado, mas conhecer sobre diferentes propostas de interesse nacional/fomento de desenvolvimento para a nova economia pode trazer luzes importantes ao debate, bem como inspiração. Ainda, aqui não pretendemos

⁶⁰⁴ ROPKE, Wilhelm. *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*. EUA: Institute for philosophical and historical studies, 1960.

⁶⁰⁵ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004, p. 159.

esgotar os modelos possíveis, nem tampouco afirmar que todo o pensamento de um ou outro país seja dessa ou daquela forma, mas buscar elementos fáticos e doutrinários para corroborar para um estudo na perspectiva brasileira. Assim, bebemos de fontes internacionais para no próximo capítulo propormos soluções possíveis para o Brasil conciliar o interesse nacional que deve servir de base pra disciplina o investimento estrangeiro nessa nação.

muitos dos quais estrangeiros, mas não todos, posto que alguns estrangeiros⁶⁰⁹ se inserem no grupo do “quem somos” que tem orientado o entendimento até agora vigente de interesse nacional que nesse trabalho admoestamos. Nossa proposta de interesse nacional tem como premissa de o “quem somos” que precisamos alicerçar a nova proposta seja a integralidade dos nacionais, e que suas liberdades individuais devem ser asseguradas, sem privilégios, e que ela é dinâmica, isto quer dizer que muda constantemente e espontaneamente, precisando portanto de uma compreensão de interesse nacional que acompanhe essa versatilidade de opiniões mutáveis dentro de um limite democrático constitucional e uma economia inovadora, com um sistema de preços dinâmico.

Nos parece que o tema da inovação é antigo na construção da economia e fundamental no novo contexto que estamos ingressando. A inovação muda paradigmas econômicos, exigem novas estruturas regulatórias e afetam o *status quo*; ACEMOGLU e ROBINSON⁶¹⁰ explicam:

Em 1583, William Lee voltou de seus estudos na Universidade de Cambridge para tornar-se o pároco local em Calverton, Inglaterra. Elisabeth I (1558-1603) havia recentemente determinado que seus súditos sempre usassem um barrete de tricô. Lee notou que ‘as tricoteiras eram o único meio de produzir essas peças de vestuário, mas a demora para terminar cada item era demasiado longa. Pus-me a refletir. Observei minha mãe e minhas irmãs sentadas no lusco-fusco do entardecer, às voltas com suas agulhas. Se cada peça era confeccionada por duas agulhas e uma linha de fio, por que não várias agulhas para conduzir o fio?’. Esse lampejo marcou o início da mecanização da produção têxtil. Lee ficou obcecado pela construção de uma máquina que libertasse as pessoas daquele infundável tricotar manual. Segundo ele, ‘comecei a negligenciar meus deveres para com a Igreja e a família. A ideia de minha máquina e sua criação tomaram-me por completo o coração e o cérebro’. Por fim, em 1589, sua máquina de tricotar meias ficou pronta. Entusiasmado, ele se dirigiu a Londres, na esperança de conseguir uma audiência com Elisabeth I para mostrar-lhe o quanto a máquina podia ser útil e solicitar uma patente, a fim de impedir a cópia da ideia por terceiros. Alugou um prédio para montar a máquina e, com o auxílio de seu representante local no Parlamento, Richard Parkins, foi apresentado a Henry Carey, Lorde Hundson, membro do Conselho Privado da rainha. Carey conseguiu que a Rainha Elisabeth fosse conhecer a máquina, mas sua reação foi devastadora; não só se recusou a conceder a patente de Lee, como o admoestou: ‘Quanto atrevimento, Senhor Lee. Considera o que tal invenção me poderia causar aos pobres súditos. Decerto lhes traria a ruína ao privá-los de emprego, convertendo-os assim em mendigos.’

⁶⁰⁹ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁶¹⁰ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012, p. 143-144.

Arrasado, Lee mudou-se para a França, a fim de lá tentar sua sorte; tendo também ali fracassado, retornou à Inglaterra, onde requisitou a patente a Jaime I (1603-1625), sucessor de Elisabeth. Jaime I também recusou, com a mesma justificativa de Elisabeth. (...) A reação à brilhante invenção de Lee ilustra a tese central deste livro. O medo da destruição criativa é o principal motivo por que não houve uma melhoria sustentada dos padrões de vida entre as revoluções neolítica e industrial. A inovação tecnológica contribui para a prosperidade das sociedades humanas, mas também implica a substituição do antigo pelo novo, bem como a destruição dos privilégios econômicos e do poder político de alguns. Para que haja crescimento econômico sustentado, são necessárias novas tecnologias e novas maneiras de fazer as coisas (...). Em última instância, não foi a preocupação com o destino dos possíveis desempregados devido à invenção de Lee que levou Elisabeth I e Jaime I a lhe negarem a patente; foi seu medo de saírem perdendo politicamente – isto é, seu receio de que os prejudicados pela máquina viessem a gerar instabilidade política e pôr em risco o seu poder.

Subscrevemos a posição dos autores sobre o papel fundamental que a inovação possui para a melhoria da vida das pessoas e sobre o contraste dela com o *status quo* desde muito. É sobre a perspectiva de que a inovação de hoje amplia a chance de melhorar a vida das pessoas, e que o luxo de agora é o mínimo que o povo aceitará amanhã, vide inovações em saúde, educação e saneamento básico do último século. Apesar de todas as ressalvas que possam ser feitas, nossa Constituição estabelece um genuíno interesse de que a população seja beneficiada por um processo de evolução constante. É nesse contexto “que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”⁶¹¹. Agora estamos ingressando em uma nova economia, que mescla elementos da economia de compartilhamento, da indústria 4.0 e das organizações exponenciais, cumulando perspectivas diferentes mas todas alicerçadas em inovação tecnológica.

TELÉSFORO⁶¹² afirma que “A era digital, na qual estamos inseridos, é responsável pela facilitação do processo colaborativo, com base num sistema que rompe com o ideal capitalista de propriedade”, entendendo a propriedade cada vez mais como meio para acessar o bem que ela proporciona e desvinculado o ter para relações de uso, e que⁶¹³ “[o] formato de comercialização e economia foi repensado: a cadeia de valor da economia colaborativa tornou os modelos de negócios ‘prestadores de serviços’, ‘fomentadoras de mercado’ ou ‘provedoras

⁶¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 720.

⁶¹² TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 28.

⁶¹³ TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas. p. 30.

de plataformas””, ao que completamos que a regulação, as barreiras e a atratividade do investimento nessa economia se diferencia da visão tradicional jurídica em alguns elementos; de outra banda, como exige ainda mais confiabilidade das relações, exige instituições que provejam segurança aos contratos, ao passo que sejam ainda mais previsíveis pois as relações são cada vez mais constantes, por serviços contínuos. Não se trata de flexibilizar o direito à propriedade tanto quanto o de compreender que o desejo do consumidor, por vezes, está mais próximo do uso do que o da condição de proprietário, sem que para tanto esqueçamos que alguém há de ser proprietário para fornecer como serviço ou locação. Nesse sentido, o indivíduo-consumidor tem uma posição de ainda maior relevância, e sua relação fica mais constante com os demais agentes que compõe a sociedade.

FRIEDMAN e FRIEDMAN⁶¹⁴ afirmam que a proteção mais eficaz do consumidor é a “livre concorrência no país e o livre-comércio com o mundo todo”. Coadunamos desta posição dos pensadores norte-americanos e interpretamos que é sob essa perspectiva que devemos avançar a interpretação jurídica que permitirá o ingresso definitivo do Brasil na nova economia de inovação do século XXI. A defesa do consumidor está lado a lado da livre iniciativa e da livre concorrência cristalizada como princípio orientador da sociedade.

Para TAVARES⁶¹⁵ é “Inegável é que a defesa da livre concorrência apresenta enorme relevância em uma efetiva e eficiente defesa do consumidor”. Para MUNHOZ⁶¹⁶, “A concorrência também desempenha funções sociais ao proporcionar oportunidades a todos os participantes no mercado: o empresário tem a possibilidade de decidir o uso dos recursos disponíveis, o consumidor tem liberdade de escolher entre várias alternativas, e o trabalhador pode mudar de emprego”. Acrescentamos ainda que cada pessoa desempenha diferentes papéis na sociedade: empresário é consumidor, trabalhador pode guardar seu excedente do salário em ações no mercado de capitais ou poupança, e o consumidor o é por que tem recursos que vem, seja da atividade empresarial, seja da atividade laboral.

Com uma visão mais positiva da influência do agir estatal, CLAUDIA LIMA MARQUES⁶¹⁷ entende que é papel do Estado-Juiz, do Estado-Legislator e do Estado-executivo assegurar a defesa do consumidor, sendo este um direito fundamental que demanda

⁶¹⁴ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Trad. Ligia Filgueiras. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 326.

⁶¹⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, p. 42.

⁶¹⁶ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Livre concorrência e promoção do desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, pp. 87-140, p. 104.

⁶¹⁷ MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. MARQUES, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.26.

ações efetivas de todos os poderes. GUIMARÃES⁶¹⁸ receia os investimentos estrangeiros, e rechaça a transferência de tecnologia das multinacionais, porque estas apenas vendem a tecnologia ao consumidor. Esta visão não consegue dialogar com a nova economia do século XXI: o consumo, ainda que temporário de um telefone celular, é mecanismo fundamental para toda a construção da indústria de desenvolvimento de aplicativos, e essa relação é umbilicalmente constituída. Desenvolvimento está, a nosso ver, intimamente conectado com assegurar as liberdades aos agentes do mercado⁶¹⁹, nos termos constitucionais, enquanto a dinâmica da economia, em especial dessa nova, é complexa e sua a regulação precisa observar holisticamente a sociedade.

Ao mesmo tempo que é exigível dos três poderes ações efetivas para assegurar liberdades econômicas, para o ministro GILMAR MENDES⁶²⁰ são estes também, influenciados pela sociedade em um processo plural e complexo, responsáveis por adequar as interpretações constitucionais às mudanças sociais: “seja por ato do Poder Judiciário – através da interpretação constitucional - seja por iniciativa do legislador ou do Poder Executivo, a mutação constitucional, aqui compreendida como ocorrência de alteração de entendimento da Constituição, tem se concretizado de forma ampla e constante”.

Sustentamos nesse trabalho que há uma regra constitucional que exige do legislador atenção quando regula o investimento estrangeiro: a disciplina do investimento de capital estrangeiro observará o interesse nacional. Concluir o que seja interesse nacional passa pela compreensão da norma constitucional, seus princípios e encontrar preencher com estes as lacunas. Estamos aqui a discorrer sobre essa nova economia, repleta de inovações que utilizam tecnologias, em especial a internet, para criar novos paradigmas que afetam o mundo jurídico. Não por acaso, o legislador aprovou a Emenda Constitucional n.º 85/2015, na qual identificamos a importância de que o Estado promova e incentive a inovação (artigo 218), que a inovação receba tratamento prioritário (artigo 218, parágrafo 1º), que o Estado estimule a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia (Parágrafo único do artigo 219), e que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal legislarão concorrentemente ao sistema nacional de ciência tecnologia e inovação, que promoverá colaboração entre entes públicos e privado (artigo 219-B), entre

⁶¹⁸ GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançado*. vol.14, n.º.39, São Paulo, Mai/Aug, 2000.

⁶¹⁹ MCKLOSKEY, Deirdre. *Bourgeois equality: how ideas, not capital or institutions, enriched the world*. Chicago: University of Chicago Press, 2016.

⁶²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 175-255, p. 255.

outros.

COSTA⁶²¹ sustenta que entre as diversas vantagens na recepção do investimento estrangeiro está o “estímulo à transferência de tecnologia”. Atrair investimentos estrangeiros é portanto adequado à visão proposta por esta recente alteração constitucional e contributiva para regular os investimentos dessa natureza baseados em um interesse nacional. O Marco Civil da Internet ainda trouxe elementos que corroboram esta visão de interconectividade e de liberdade: os fundamentos do reconhecimento da escala mundial da internet, da abertura e das liberdades econômicas caminham ao lado do princípio da liberdade de modelos de negócios promovidos na internet e da promoção da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso. Uma visão que discrimine o investimento estrangeiro inserto nessa nova economia baseada na internet por certo não estaria adequada a estes fundamentos, princípios e visão a ser promovida. A regra que condiciona o interesse nacional o faz em suas lacunas de textura aberta⁶²² por meio dos princípios constitucionais⁶²³ que interpretam essa nova economia.

Como temos sustentado, muito da inovação virá de empresas estrangeiras e também de empresas nacionais fora do eixo de poder político ora vigente. A visão Schumpeteriana⁶²⁴ de foco inovador virtualmente exclusivo pelas grandes empresas não mais atende a realidade econômica; são vastos casos de pequenas empresas inovando e crescendo rápido⁶²⁵, em especial pela redução dos custos de acesso a tecnologias fundamentais a escalabilidade dos negócios, no qual a concorrência é elemento crucial de estímulo⁶²⁶. Inovação e escala de mercado são elementos de alta relevância na estrutura de competitividade global. Nos parece que se havia um forte argumento para a linha que propunha a proteção da indústria nascente para futura concentração de capital⁶²⁷ suficiente para a inovação, este argumento não se perpetua para a nova economia. Pontuamos ainda a força da cooperação entre os agentes para fomentar inovação, e que isto é além fronteiras hoje em dia. Nesse cenário, nos comprometemos a analisar nesse trabalho exclusivamente o interesses nacional enquanto

⁶²¹ COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V 49. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>. p 31.

⁶²² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 15.

⁶²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010

⁶²⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

⁶²⁵ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Pulo: HSM Editora, 2015, p. 19.

⁶²⁶ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

⁶²⁷ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

regulador do investimento estrangeiro, mas acreditamos que existem riscos reais de captura regulatória em todo país por parte das empresas que enfrentem disrupção em seus mercados, visando conter processos de inovação, quer eles sejam oriundos de pequenas ou grandes empresas, nacionais ou estrangeiras.

A legislação que restrinja o acesso dos investidores estrangeiros que ameacem por seu sucesso alguns mercados não terá, necessariamente, a nomenclatura de disciplina do investimento estrangeiro, mas poderá o ser de fato e assim sendo, deverá ser enfrentada como manda a Constituição. Vimos no Caso Uber a tentativa de conter a inovação tecnológica oriunda de capital estrangeiro por meio da captura regulatória, nos termos de ESTEVES⁶²⁸, e que esta captura inclusive passou ao largo do Congresso Nacional: foi nas Câmaras Municipais que se estabeleceram tentativas institucionais de conter a livre concorrência. Isto se dá pela zona cinzenta que se cria quando se fala em direito econômico, que entendido como direito de síntese é também escudo para muitas intersecções de competência legislativa: o direito econômico é competência concorrente da União e dos Estados, bem como regular sobre produção e consumo⁶²⁹, enquanto cabe aos municípios legislar sobre assuntos de interesse local⁶³⁰. Nesse sentido, a janela está aberta para que todos os entes que assim quiserem ao menos tentem legislar sobre o tema investimento estrangeiro, em alguma instância, sem diretamente nominar este intuito, abrindo debate regulatório que tem consideráveis chances de ser enfrentado pelo judiciário, como os casos que já citamos, inclusive quanto a competência para legislar.

Nesse sentido, lembramos que todo ordenamento jurídico está sob o prisma constitucional e deve a ele obedecer⁶³¹. Assim, mesmo quando aceitamos a regulação no campo estadual, distrital ou municipal, se direta ou indiretamente relacionar-se com investimentos estrangeiros, deverá obedecer ao interesse nacional.

Caberá a regulação defender as “vítimas invisíveis”⁶³². Quando no âmbito nacional, a discussão sobre o interesse das empresas nacionais se imiscuir com o interesse nacional fica mais mascarada, mas ainda perceptível quando ocorre; no âmbito estadual ou municipal,

⁶²⁸ ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>

⁶²⁹ Artigo 24 da Constituição Federal

⁶³⁰ Artigo 30 da Constituição Federal

⁶³¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁶³² BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Trad. NOGUEIRA, Vera. Rio de Janeiro: IL, 2000. p. 24-25.

tentar defender grupos de interesse de empresas de um estado ou de um município como interesse nacional fosse fica ainda mais identificável. A contraposição entre o desenvolvimentismo da indústria nacional, visão política esposada por celebres economistas e juristas⁶³³, tampouco se confunde com o desenvolvimento, este sim protegido constitucionalmente, e melhor definido por SEN⁶³⁴ como expansão de liberdade como fundamento primeiro e principal do desenvolvimento, apontando a importância das liberdades substantivas, com o exemplo de evitar a fome, bem como SENGUPTA⁶³⁵, que define o direito ao desenvolvimento como um direito humano ao qual todos são chamados a participar.

Se aceitarmos a visão de desenvolvimento e liberdade, precisamos observar neste contexto o efeito da nova economia. Claro que as instituições que asseguram segurança e justiça são fundamentais a este processo, mas os fenômenos apontados por RIFKIN⁶³⁶ e PÍSTONO⁶³⁷ de que as inovações tecnológicas caminham para uma sociedade cujo custo de aquisição dos bens se reduzirá drasticamente deve ser considerado. Pontuamos que quando os custos de aumentar a oferta de bens e serviços se transforma em um custo marginal, o potencial de acesso destes bens por muito mais pessoas é enorme. O impacto social da redução do custo de aquisição de remédios, alimentos e fabricação de casas por meio da inovação está intimamente ligado ao dilema jurídico da “reserva do possível” bem como da perfectibilização dos direitos constitucionais, sejam os negativos mas também os positivos.

O orçamento público é o local das escolhas trágicas⁶³⁸ da sociedade enquanto esta busca desenvolver uma sociedade livre, justa e solidária fundamentada na dignidade humana. Não existem direitos sem custos⁶³⁹. Reserva do possível é uma proposta proveniente do direito alemão, entendida como uma espécie de limite fático e jurídico⁶⁴⁰ da efetivação dos

⁶³³ COMIN, A. A. ; MATTOS, P. T. L. . *Remando contra a maré: novo desenvolvimentismo e interesse nacional - Entrevista com Luiz Carlos Bresser-Pereira*. Plural (USP), 2015; MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas; COUTINHO, Diogo. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶³⁴ SEN, A. K.. *Development as Freedom*. New York: Anchor Books, 1999.

⁶³⁵ SENGUPTA, A. The right to development as a Human Right. François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. Harvard School of Public Health. 2000c. Disponível em: <www.harvardfxbcenter.org/resources/working.../FXBC_WP7--Sengupta.pdf>.

⁶³⁶ RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. New York: Palgrave/Macmillan, 2014.

⁶³⁷ PISTONO, F. *Robots will steal your job but that's ok: how to survive the economic collapse and be happy*. CreateSpace Independent Publishing, 2012.

⁶³⁸ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978.

⁶³⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York, Norton, 2000.

⁶⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42-43.

direitos fundamentais positivos, posto que “Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”⁶⁴¹. Reserva do possível não se confunde com a escassez em si, mas permeia a capacidade de produção e esta com o preço, em uma economia onde a escalabilidade dos negócios puxa os preços médios de fabricação dos produtos para baixo, com impactos de toda ordem, inclusive nas contas públicas. Na nova economia, acesso também é preço, e reduzir preço pela capacidade de inovação e dos instrumentos de mercado é gerar acesso sustentável aos bens que os indivíduos querem, ampliando o possível para as políticas públicas. Mas além de preço baixo, é utilidade; o caso dos óculos é exemplificativo da importância da difusão da inovação para dar acesso a bens que melhoram a vida digna dos indivíduos, lembrando que se é verdade que hoje é tão difuso que nem parece mais inovadoramente relevante, em seu início era altamente disruptivo e levou anos até todos terem acesso. Todo o potencial humano promovido por indivíduos que tiveram acesso a óculos para ajustar sua visão relaciona-se com a liberdade de inovação, perfectibilização da dignidade humana e do direito à saúde⁶⁴², e redução de custos Estatais. Entendemos que permeia o interesse nacional que os nacionais tenham acesso aos bens e serviços pelo menor custo possível, dentro das liberdades que perpetuam e estimulam o mercado interno que é patrimônio público constitucional, seja enquanto consumidores individuais ou coletivos, com papel fundamental da livre iniciativa e da livre concorrência nesse processo, ao mesmo tempo que seja permitido aos empreendedores liberdade de empreender em novos modelos de negócios e produtos.

Nessa nova economia, ANTONIALI e CRUZ⁶⁴³ apontam que “Muitos dos produtos e serviços oferecidos na Internet são gratuitos ou apresentam, no mínimo, versões gratuitas:

⁶⁴¹ GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

⁶⁴² Existem diversos motivos para tanto, mas há mais do que correlação entre os fatos de que Santa Catarina e São Paulo, dois estados do Brasil que tem desenvolvido forte trabalho de desenvolvimento econômico, atração de investimentos e promoção de cultura de inovação tenham mais de 5 anos de expectativa média de vida da população em comparação com a população de estados como Piauí e Maranhão, apesar de todos serem membros da federação brasileira. A adoção de inovações na área médica amplia a expectativa e a qualidade de vida dos indivíduos Nesse sentido, <http://exame.abril.com.br/brasil/a-expectativa-de-vida-da-populacao-em-cada-estado-do-brasil/>; e INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Mudança demográfica no início do século XXI: subsídios para as projeções da população*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁶⁴³ ANTONIALI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito. *Privacidade e internet: desafios para a democracia brasileira. Ensaios democracia digital*. 2017. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Privacidade_e_internet_Desafios_para_a_Democracia_Brasileira.pdf>

redes sociais, webmails, plataformas de compartilhamento de imagens e vídeos ou inúmeras outras aplicações com funcionalidades variadas, como jogos e agregadores de informações. A grande maioria dos modelos de negócio que viabilizam esse oferecimento gratuito de produtos e serviços está fundada na publicidade digital”. Caberá, nesse contexto, ao consumidor escolher se quer participar dessas plataformas para receber os bens e serviços ali disponíveis, ressaltando-se sempre a importância da clareza das informações, conforme lembrado por MARQUES e KLEE⁶⁴⁴.

Afeto a liberdade efetiva de escolha dos consumidores está a liberdade de concorrência efetiva e os efeitos que a discriminação para grupos de interesse possui sobre o mercado. Não se poderá confundir desenvolvimento com a política desenvolvimentista, que defende a indústria nacional da necessidade de gerar riqueza, subsidiando seu lucro por motivações de ordem política. Desenvolvimentismo é uma proposta; desenvolvimento, que com aquela não se confunde, é um objetivo fundamental da república. Como sustentamos, os grupos de interesse tentam capturar a regulação em seu benefício de diferentes maneiras, seja com facilitação para si, seja com oneração para seus concorrentes. Esse processo se faz por meio da lei, e a Constituição brasileira deve ser um balizador e um limitador a essas normas infraconstitucionais.

Até para os que defendem atuações expansivas do Estado na economia depreendemos a importância de conhecer o passado para construir o futuro. CELSO FURTADO⁶⁴⁵ falando da década de 1950, diz que o atraso do Brasil teria sua causa não pelo ritmo de crescimento do cem anos anteriores à sua análise, mas nos três quartos de século anteriores a tal período, quando “Não conseguindo o Brasil integrar-se nas correntes em expansão do comércio mundial durante essa etapa de rápida transformação das estruturas econômicas dos países mais avançados, criaram-se profundas dessemelhanças entre seu sistema econômico e os daqueles países”. Vemos nesse ponto específico uma importante observação sobre a relevância de aproveitar inícios de períodos de transformação econômica, e sustentamos que estamos em um desses momentos históricos.

YUCHAK⁶⁴⁶ explica o paradoxo da “hipernormalização” na última geração de cidadãos da União Soviética; todos sabiam que o sistema estava falindo mas não conseguiam

⁶⁴⁴ MARQUES, Claudia Lima; KLEE, Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp 469-516

⁶⁴⁵ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32ª ed. São Paulo: Companhia editora nacional, 2005, p. 151.

⁶⁴⁶ YURCHAK, Alexei. *Everything was forever, until it was no more: the last soviet generation*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

imaginar um novo modelo, viviam em um momento no qual os discursos políticos eram “padronizados e ubíquos”, de modo que quando o sistema faliu foi ao mesmo tempo óbvio e surpreendente. No Brasil não vivemos um momento tão agudo, mas nos parece que as históricas capturas regulatórias estão sendo expostas e em sendo, passamos por esse processo de mutação.

A nova economia e as novas tecnologias facilitam a difusão de informação, conhecimento e participação social. Para que o Brasil ingresse na nova economia de forma sólida, o interesse dos nacionais deverá se sobrepor ao interesse de alguns empresários sobre algumas reservas de mercado; como bem disse ALEXY⁶⁴⁷, como Estado cobra impostos para mais do que somente a retribuição em serviços, “não é oportuno citar imediatamente os direitos fundamentais sociais para justificação dessa intervenção”, menos seria ainda para impedir a livre concorrência em defesa de grupos de interesse. A interpretação desenvolvimentista pode gerar uma conclusão de protecionismo econômico que a nosso ver, *data venia*, não é a melhor forma de interpretar a Constituição se queremos ingressar na nova economia e colher seus frutos, embora percebemos que ainda é a mais forte politicamente e na doutrina. Pontuamos ainda que quando a Constituição diz que a o planejamento público é indicativo para os privados, em nada obriga a que o planejamento seja tal qual vem sendo feito nas recentes décadas, tratando-se aqui de uma decisão política. Existe um espaço de discricionariedade da atuação do Estado e neste a interpretação dos conceitos jurídicos desempenha papel significativo.

Para BOBBIO⁶⁴⁸ “a justiça é liberdade. Com base nesta concepção, o fim último do direito é a liberdade”. Como sustentamos, a cumulação dos princípios econômicos, o dever de não-discriminar expresso na Constituição e o dever do Estado em promover a inovação nas empresas, não autoriza tudo. Pelo contrário, os objetivos de desenvolvimento e de uma sociedade livre, justa e solidária devem nortear a interpretação jurídica. A liberdade dos modelos de negócio é princípio crucial para a inovação que gera disrupção no mercado. O caso Uber não pode ignorar que no Brasil há empresas como a Easy Taxi, aplicativo online para transporte de pessoas que usava exclusivamente a base de taxistas. Se é verdade que o Uber criou mercado e, como defendemos, que a livre concorrência gera riqueza para o país e defesa para o consumidor, é plausível o crescimento dessas empresas nacionais no país com base maior de fornecedores de serviços de transporte. Nesse sentido, um caminho natural para

⁶⁴⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Trad.: HECK, Luis Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

⁶⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília 1984, p. 73.

o crescimento da economia se dará pelo Estado assegurar a liberdade dos modelos de negócios e de empreender, ao mesmo tempo que garante o direito social ao transporte⁶⁴⁹ por meio do mercado, resolvendo problemas orçamentários por meio de endereçar o paradoxo de excesso e falta de carros na mesma economia: carros autônomos não precisam ficar tanto tempo estacionados, de modo que tendem a reduzir a necessidade de espaços públicos de estacionamento e conseqüentemente a redução do investimento em alargamento de ruas em centros urbanos. O simples permitir à inovação é uma das políticas públicas mais importantes que o país deve implementar, sendo esta uma recente exigência constitucional sobre a qual o Brasil ainda está iniciando ajustes regulatórios, e ao qual o conceito de interesse nacional muito tem a contribuir. Caberia ao mercado interno, constitucionalmente nosso patrimônio público, por meio dos consumidores, definir quem seja o melhor fornecedor, dentro dos limites constitucionais bem como da ordem pública⁶⁵⁰⁻⁶⁵¹.

As organizações exponenciais⁶⁵², por enquanto em sua maioria estrangeiras, têm obtido sucesso mercadológico pela combinação de inovação em modelos de negócios com sabedoria na leitura social na qual temos ao mesmo tempo excesso e falta nos mesmos mercados. Onde há um desempregado, ou empregado com baixos ganhos comparados às suas aspirações, e um carro subutilizado, o Uber, e seus concorrentes, perceberam uma oportunidade de transporte barata e eficiente; onde há um quarto residencial subutilizado e um anseio de gerar maior receita no proprietário/possuidor do quarto, o Airbnb está vendo uma solução eficiente de hospedagem. Uma casa e uma pessoa desocupada se transformam em uma hospedagem de animais de estimação, por meio da DogHero, plataforma online que conecta donos de animais de estimação com potenciais cuidadores em seus respectivos domicílios. A nova economia utiliza a internet para estruturar canais de comunicação e transmissão de informação de interesses individuais que geram riqueza pela assertividade na gestão de ativos, humanos e estruturais, por meio uma maximização do uso potencial destes, inovando na economia. Por certo nesse caso, para descontentamento de concorrentes que

⁶⁴⁹ Artigo 6º da Constituição Federal.

⁶⁵⁰ VELLOSO, Leandro. A garantia da aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 607-620, p. 616.

⁶⁵¹ A ordem pública é parte do sistema de proteção ao consumidor, nos termos expressos do Código de Defesa do Consumidor. Entendemos, na linha de Claudia de Lima Marques, que o código consumerista incide cumulativamente no sistema de defesa ao consumidor previsto pelo Marco Civil da Internet. Nesse sentido, MARQUES, Claudia Lima; KLEE, Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp 469-516.

⁶⁵² ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Pulo: HSM Editora, 2015.

preferiam a inércia anterior de seus mercados, mas como frutos da liberdade, tais organizações somente alcançam sucesso na medida em que consumidores e fornecedores estiverem interessados. Por esse motivo que a liberdade de modelos de negócio prevista no Marco Civil da Internet deve ser balizador para a nova economia. Asfixiar a inovação é prejudicar toda a sociedade.

O sucesso da indústria 4.0 terá como consequência necessária a redução dos postos de trabalho operacionais⁶⁵³ naquelas empresas em razão da produtividade, substituídos por robôs/máquinas ou inovações porvir. Embora isto potencialmente gere riqueza para a empresa, e com isso potencialmente a empresa cresça e mantenha ou aumente o número de empregados na sua operação pelo crescimento da produção, não devemos esperar o crescimento proporcional em postos de trabalho como regra em tais organizações. É sim altamente provável que assim como os datilógrafos não mais persistem em nossa economia, muitos outros postos de trabalho tenham o mesmo destino, e muito rapidamente. A leitura do princípio do pleno emprego de forma superficial poderia ensejar a tentativa de impedir o ingresso dos investimentos destas empresas no mercado brasileiro e há esforços institucionais nesse sentido por algumas lideranças públicas⁶⁵⁴. A nosso ver, articulação das políticas públicas não pode pretender estancar a inovação, posto que seria inconstitucional, sendo dever do Estado fomentá-la inclusive nas empresas⁶⁵⁵, portanto a conciliação da sociedade não deverá vir da redução da capacidade de inovação para que o Estado proteja empregos obsoletos, mas sim da adequada estrutura do sistema de acesso à educação⁶⁵⁶ e ao fomento ao empreendedorismo, gerando riqueza, acesso e redução de preços para os consumidores. Nesse sentido, vemos na indústria 4.0 uma nova fase econômica, na qual o efeito sobre o emprego será similar ao processo da revolução industrial do século XVIII: empregos obsoletos desaparecem, novas funções surgem, e a produtividade gera um excedente de riqueza que permite um acúmulo de capital, que combinado com a inovação, gerará mais negócios em novos modelos, liberdade que já é expressamente protegida pelo Marco Civil da Internet.

Ademais, a restrição do mercado porque a inovação externa é melhor do que os produtos produzidos por empresas internamente tem se revelado ineficiente, gerando

⁶⁵³ PISTONO, F. *Robots will steal your job but that's ok: how to survive the economic collapse and be happy*. CreateSpace Independent Publishing, 2012.

⁶⁵⁴ Foi aprovado em novembro de 2017, na Câmara Municipal do Rio de Janeiro, projeto de lei 1298/2007 que exige que os ônibus públicos daquela municipalidade tenham no mínimo dois funcionários a bordo: um motorista e outro cobrador.

⁶⁵⁵ Artigo 219, parágrafo único

⁶⁵⁶ TIMM, Luciano Benetti. Direito, inovação e o novo capitalismo. *Jornal Valor Econômico*. 06 de julho de 2017.

mercados paralelos. TIMM⁶⁵⁷ expôs sobre a regulação do mercado: o que se pretender destacar é que essa regulação (do mercado) pode ser mais ou menos eficiente, tanto do ponto de vista social (daí o surgimento de “mercados paralelos”) quanto econômico (com elevação da carga tributária, aumento da corrupção, sonegação e etc,) sendo que analisar a qualidade e características dessa regulação é também tarefa dos que dedicam ao Direito. Entendemos ainda que se as restrições ineficiente eram problemas na economia, agora serão ainda mais. Além das empresas que com tecnologias conseguem ser muito mais ágeis que a máquina pública, os consumidores, com acesso à informação tem se comportado de modo a buscar as vantagens que querem para si no mercado, sendo exemplo comum o uso dos serviços de empresas na internet antes delas serem confirmadas como legais no Brasil. Não que estas deveriam ser confirmadas por regulações específicas para operar (até pela presunção de liberdade de modelos de negócio), mas ao passo que conseguem ampliar sua base de consumidores, os opositores do mercado livre tentam encontrar, ou criar instrumentos jurídicos para gerar, irregularidades jurídicas para brechar a disrupção em seu mercado, como apontamos. A regulação que impedir a inovação levará muitos consumidores-cidadãos ao mercado paralelo, tal qual faz hoje, e o sopesar do interesse nacional, quanto aos investimentos estrangeiros, deverá também encontrar orientação no princípio da proporcionalidade da regulação. Até mesmo o que não é ilegal, mas é inovador e exige esforço do consumidor tem sido realizado: softwares somente disponíveis da *Apple Store* ou *Google Store* norte-americanas, por exemplo, são discutíveis “descaminhos” por cidadãos que tem enorme dificuldade em reconhecer no Estado ente adequado para lhe proibir tal consumo. E aos que pensam que estes elementos da nova economia sejam próprios da elite econômica brasileira, o número de smartphones no Brasil já ultrapassa cento e sessenta e oito milhões⁶⁵⁸ de unidades.

A regulação econômica a nosso ver terá papel fundamental para o florescimento da inovação e da nova economia no Brasil. As instituições terão um peso muito forte e disrupção do mercado será acompanhada da pressão dos grupos de interesse para capturar regulações restritivas aos entrantes ou inovadores. NUSDEO⁶⁵⁹ “explica que a ação dos grupos de pressão é difusa, sendo os menores, interessados em objetivos específicos, os mais agressivos

⁶⁵⁷ TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 89.

⁶⁵⁸ O número de smartphones no Brasil projetado para 2018 é de quase dois aparelhos para cada pessoa. <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1761310-numero-de-smartphones-em-uso-no-brasil-chega-a-168-milhoes-diz-estudo.shtml>

⁶⁵⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 222

e eficazes, pois para eles tais objetivos se apresentam como bens exclusivos, e portanto de interesse individual”.

Os casos difíceis⁶⁶⁰ devem atentar aos princípios jurídicos para buscar sua solução. As respostas à regulação da nova economia se encontram nos princípios da ordem econômica combinado com a obrigação do Estado em fomentar a inovação nas empresas e as legislações infraconstitucionais, bem como os demais atos estatais, devem observar essa lógica de regular a fim de permitir o desenvolvimento, sem outorgar privilégios indevidos.

HOLMES⁶⁶¹ expõe que “*If we want to know why a rule of law has taken its particular shape, and more or less if we want to know why it exists at all, we go to tradition*”. O capitalismo orientado brasileiro tem tido dificuldades históricas com a captura regulatória em detrimento da sociedade. Os embates legislativos estão para além do Congresso Nacional, vivos nas assembleias estaduais e nas câmaras municipais, mas acima de todas estas está a Constituição brasileira e neste texto está a regra de que os investimentos estrangeiros devem atender ao interesse nacional. E essa Constituição é dinâmica quanto à sua interpretação; para o ministro GILMAR MENDES⁶⁶² “O fator tempo é essencial na própria definição do conceito e da extensão das mudanças constitucionais”. Ainda, MENDES⁶⁶³ afirma que são muitas as hipóteses que podem ensejar alteração no entendimento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, tais como evolução na leitura de princípio constitucional, alteração fática na política brasileira, crescimento e consolidação do direito internacional e sua influência no direito interno e lacunas na norma constitucional se destacam: temos para nós que essa nova economia é elemento para darmos essa nova interpretação ao interesse nacional na regulação do investimento estrangeiro.

LAURO MORAES⁶⁶⁴, embaixador brasileiro, disse que “interesse nacional, no contexto de uma democracia, deve corresponder essencialmente ao interesse real da população, e não conduzir à santificação de interesses estatais, que não atenda

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad.: BOEIRA, Nelson. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 132.

⁶⁶¹ HOLMES JR, Oliver Wendell. *The Path of the Law*. Harvard Law Review 457. 1897. Disponível em <http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/sfuller/social_theory_law_2015-16/oliver_wendell_holmes_oliver_holmes_the_path_of_law.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

⁶⁶² MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS Carlos Blanco de. (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 175-255, p. 176

⁶⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS Carlos Blanco de. (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 175-255, p. 255

⁶⁶⁴ MORAES, Lauro Escorel de. *O conceito de interesse nacional e a responsabilidade de diplomacia brasileira*. Aula inaugural no curso de direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 03 de março de 1986, p. 156

necessariamente às aspirações e interesses legítimos do povo”. Coadunamos de sua posição.

Nesse sentido, HAYEK⁶⁶⁵ explica que “*We must look at the price system as such a mechanism for communicating information if we want to understand its real function—a function which, of course, it fulfils less perfectly as prices grow more rigid [...] It is more than a metaphor to describe the price system as a kind of machinery for registering change*”. Entendemos que sistema de preço é um sistema que transmite e recebe declarações de interesse de forma dinâmica, permitindo por meio da liberdade dos indivíduos atuantes no mercado, compreender o que seja interesse nacional para aquele momento, vinculando o interesse nacional a soma dos interesses dos nacionais, sem que para tanto o interesse nacional precise se transformar em algo estático que não possa ser alterado tão logo os indivíduos assim desejem. Especialmente em uma sociedade da informação veloz como a que está sendo construída. Evidentemente preço em um contexto no qual exista atenção do Estado ao princípio da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Entendemos que interesse nacional enquanto regulador do investimento estrangeiro é um conceito ainda em aberto na interpretação jurídica brasileira, ou se não tão em aberto, que agora disputamos. Interesse nacional serve para auxiliar⁶⁶⁶ as autoridades públicas na construção de regulação entre escolhas políticas alternativas. GEORGE e KEOHANE propõe a ideia⁶⁶⁷ de que todos os Estados tem ao menos três interesses nacionais (sobrevivência física, autonomia, e bem-estar econômico do povo) sem hierarquia entre estes, mas WENDT⁶⁶⁸ acrescenta que há um quarto, autoestima da população, e que por vezes há implicações contraditórias entre estes, exigindo priorizações. Nos parece que em tempos de paz e em Estados democráticos, no que tange a investimentos estrangeiros, o principal norteador do interesse nacional seja o bem-estar econômico da população.

Historicamente, no Brasil, esta locução serviu para enquadrar os interesses de algumas empresas nacionais em oposição às empresas estrangeiras. Vemos nisso ineficiências regulatórias decorrente de captura regulatória em detrimento da população e em favor de grupos de interesse e/ou interesses próprios dos reguladores decorrentes da inoperabilidade do

⁶⁶⁵ HAYEK, Friedrich. The use of knowledge in society. *American economic review*. V. XXXV, n.º4, pp. 519-530, setembro, 1945.

⁶⁶⁶ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 194.

⁶⁶⁷ GEORGE, Alexander L.; KEOHANE, Robert. The concept of national interests: Uses and limitations. In GEORGE, Alexander L. *Presidential Decision making in Foreign Policy*. Boulder: Westview, 19080, pp. 217-238.

⁶⁶⁸ WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 243.

sistema jurídico que atua de diferentes formas⁶⁶⁹, assim como vemos captura regulatória quando o Estado subsidia os estrangeiros com dinheiro público, ou ofertando a estes monopólios, para atraí-los. Quando o decreto 2.233/1997 estabelece o alto interesse nacional nos parece que esta norma está orientada a tentativa de reequilibrar a livre concorrência afetada pelos financiamentos subsidiados dos bancos públicos muito mais do que interessada em pacificar o conceito de interesse nacional para regulação do investimento estrangeiro. Uma decorrência política da captura regulatória que tenta ajustar a captura por meio de aumentar seu grupo de interesse afetado ao invés de reduzi-lo ou terminá-lo. Ainda sobre a concorrência, LANDE⁶⁷⁰ sustenta que o bem estar do consumidor é muito melhor tutelado quando este possui direito de escolha do que pela teoria dos preços ou da eficiência de mercado, pontuando ainda que a competição serve para incentivar a qualidade da inovação, e que nem sempre o consumidor quer o produto mais barato.

Não se trata aqui de acusar os apologistas da intervenção sistemática do que quer seja, nem de tentar afirmar que tudo foi feito nessa perspectiva foi errado e sem resultado, mas sim de propor uma reforma interpretativa, uma mutação constitucional se preferirem, usando um conceito jurídico expresso na Constituição, que à luz de tantos outros, pode ofertar novos caminhos regulatórios, enquadrando inclusive as legislações estaduais e municipais. Entendemos que há aqui uma possibilidade, em especial nesse nova economia ao menos, de com novas luzes constitucionais, construirmos uma nova interpretação de interesse nacional para fins de regulação do investimento estrangeiro, adequadamente dinâmica a sociedade e orientada para toda a população e não para grupos de empresas nacionais.

Defendendo uma posição ativa do Poder Judiciário, RAGAZZO⁶⁷¹ expõe:

O Judiciário funcionaria como um avalizador das barganhas legislativas, impedindo acordos explícitos ou implícitos que estejam em desacordo com os princípios constitucionais. Os próprios standards podem se transformar na metodologia que assegura a transparência e que evita as arbitrariedades legislativas, sejam elas produto de grupos de interesse ou não. Seguindo essa linha de pensamento, uma importante regra é a que assegura consistência legislativa. A consistência interna de uma regulação ou de uma legislação primária depende de um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre o que se propõe (objetivo regulatório) e a medida (finalidade regulatória). Já a consistência externa demanda a possibilidade de os objetivos propostos por um ato normativo serem alcançados

⁶⁶⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 221-224.

⁶⁷⁰ LANDE, Robert. *Consumer choice as the best way to recent the mission of competition law*. 2010. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=1624885>>

⁶⁷¹ RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011, p. 267-268.

pela Administração Pública (consistência de recursos). Ao impor regras de análise substantiva, avaliando consistência interna e externa ao processo político, o Judiciário provoca um incentivo para que os *trade-offs* sejam mais claros ainda na fase de formulação das regulações, incentivando-os a abordar os problemas sociais e econômicos de uma forma mais realista. Exposições de motivos que não informem claramente os motivos que justificam a edição da norma regulatória, portanto, estariam mais sujeitos ao escrutínio judicial, sobretudo porque, nessas ocasiões, a avaliação de consistência interna e externa se tornaria bem mais complicada.

Sabemos que há controvérsia, que mais estudos devem ser promovidos e não ambicionamos com este trabalho ofertar todas as respostas. Há elementos jurídicos que carecem também de uma decisão política para sua perfectibilização e o entendimento de desenvolvimento, que é um dos objetivos constitucionais, é um deles, por exemplo. Na sociedade aberta dos intérpretes, o debate plural é fundamental. Nesse diapasão, a proporcionalidade das medidas ante sua eficiência deve ser observada pelos agentes públicos. Parece importante frisar que nem toda legislação que intervém na economia é captura regulatória; mesmo um sistema livre exigiria ao menos contratos e confiança, o que em uma sociedade enorme e complexa como a que vivemos requer instituições⁶⁷² com credibilidade. Assim, embora nos pareçam raros e que estes devem respeitar os limites constitucionais⁶⁷³, há elementos que permitem por exemplo uma intervenção econômica dentro da moldura constitucional, como o caso da promoção da inovação nas empresas, exigida pela Emenda Constitucional n.º 85/2015; contudo, quando enfrentar a questão do investimento estrangeiro, a legislação infraconstitucional somente poderá fazê-la no âmbito do interesse nacional, ensejando ainda mais relevância ao tema ora estudado, observando ainda a proporcionalidade da regulação. Fomentar a inovação por meio de permitir novos modelos de negócios sejam testados no mercado é absolutamente diferente de estabelecer reserva de mercado para que uma empresa fique mais “estimulada” a inovar e aqui proporcionalidade, eficiência e transparência são guias importantes. A regulação que organiza para permitir a liberdade e o respeito aos princípios constitucionais, observando a proporcionalidade e a eficiência aos fins que se motiva, é salutar ao mercado.

Propomos, portanto, que essa interpretação do que seja interesse nacional esteja baseada nos princípios constitucionais, de modo que seja um escudo para que as legislações não possam ser capturadas aos interesses de grupos, mas mantidas sob uma perspectiva de

⁶⁷² NORTH, Douglass. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

⁶⁷³ WALD, Arnoldo. A evolução do regime constitucional da parceria público-privada e do capital estrangeiro. *Revista de informação legislativa*. v. 45, n. 179, p. 403-410, jul./set. 2008, p. 406.

interesse dos nacionais. Que a busca por entender o que seja interesse nacional seja constante e ágil, característica oportunizada pelo sistema de preços. Entendemos aqui sistema de preços como o sistema no qual diferentes atores se encontram no mercado e chegam a denominadores comuns entre o que querem pagar para adquirir algo e o quanto querem para vender esse algo, de modo livre, exercendo seus direitos, sem que o Estado outorgue privilégios para A ou B. Nesse sentido, HAYEK⁶⁷⁴ explica que

É justamente essa a função que o sistema de preços desempenha no regime de concorrência, e que nenhum outro sistema sequer promete realizar. Ele permite aos empresários ajustar sua atividade à de seus concidadãos pela observação das oscilações de um certo número de preços, tal como o maquinista dirige o trem observando alguns mostradores. É importante assinalar que o sistema de preços só cumprirá sua função se a concorrência predominar, ou seja, se o produtor tiver que se adaptar às alterações de preços e não puder controlá-las. Quanto mais complexo o todo, mais dependemos da divisão de conhecimentos entre indivíduos cujos esforços separados são coordenados pelo mecanismo impessoal, transmissor dessas importantes informações, que denominamos sistema de preços.

Como bem disse MISES⁶⁷⁵, em uma economia de mercado, o consumidor é o soberano. Ainda, lembramos que todo subsídio⁶⁷⁶ é pago por alguém, e percebemos como inadequado que o Estado coercitivamente arranque tributos da população para subsidiar indústrias obsoletas, até porque o Estado cobra impostos⁶⁷⁷ para ampliar sua própria capacidade financeira e não cabe justificar essa intervenção sob o prisma dos direitos fundamentais. Entendemos, portanto que para a nova economia, interesse nacional não pode ser confundido com opinião pública, tampouco com o interesse de algumas empresas nacionais, mas que como todo processo inovador, deve estar orientado pela livre escolha do consumidor, sendo que este consumidor-cidadão-nacional que deverá dizer quando e como quer consumir, e de quem, independente da nacionalidade do fornecedor, de modo que interesse nacional seja o interesse dos nacionais, manifestados sistematicamente quando estes quiserem por meio dos preços do mercado interno, patrimônio público constitucionalmente protegido, por meio da aquisição dos bens e serviços de sua livre escolha. Caberá ao Estado permitir o empreendedorismo, que somente pode ser restringido pelo texto expresso da

⁶⁷⁴ HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Trad. CAPOVILLA, Anna Maria; STELLE, José Italo; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 70.

⁶⁷⁵ MISES, Ludwig von. *Intervencionismo, uma análise econômica*. Trad: STEWART JUNIOR, Donald. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p.20.

⁶⁷⁶ POSNER, Richard. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. V.2, n.º 1, primavera, 1971, p. 22-50.

⁶⁷⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Trad.: HECK, Luis Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 61.

Constituição, e orquestrando para que sem discriminação, as assimetrias de informação sejam endereçadas, os custos de transação reduzidos e as instituições garantam estabilidade e segurança jurídica, atraindo investimento estrangeiros inovadores que resolvam demandas efetivas dos nacionais.

A ministra NANCY ANDRIGHI⁶⁷⁸, expondo sobre o caso Uber, demonstrou uma preocupação pertinente: ao longo do debate regulatório não se ouviu o que “os maiores interessados têm a dizer sobre a questão. De fato, a discussão sobre a proibição ou não de aplicativos de intermediação de contrato de transporte não pode ser pautada exclusivamente pela pressão política de certas categorias profissionais, como vem sendo feito, mas deve ser feita precipuamente no interesse dos consumidores do serviço de “transporte privado individual”, afinal é do interesse do consumidor — e deveria ser também do Estado, por força do art. 170 inciso IV da Constituição — que a “livre concorrência seja fomentada e não restringida. São os consumidores que devem ser os primeiros a serem ouvidos quando o Estado pretende proibir qualquer atividade econômica lícita!”.

KENNEDY⁶⁷⁹ sabiamente aponta que os Estados não são unos, e que existem conflitos de interesse entre os seus centros e suas periferias na formação do interesse nacional; nos parece que a grande dificuldade da aplicação desse estudo é a perfectibilização da audição dos maiores interessados, os consumidores na visão de ANDRIGHI, ao que perfilamos. Nesse sentido, a Desembargadora DAL BOSCO⁶⁸⁰, do Tribunal de Justiça gaúcho, no processo em que avalia sobre a legalidade de legislação municipal sobre aplicativos de mobilidade pública tal qual o Caso Uber, aponta no seguinte sentido, o uso e o interesse dos consumidores como um dos mecanismos de aferição de interesse dos nacionais:

É de se questionar qual a real vantagem ao interesse público primário em condicionar o cadastramento de motoristas à prévia autorização do poder público – como suposta forma de garantir segurança e qualidade – quando o sistema de transportes de aplicativos rapidamente se popularizou justamente por sua qualidade e confiabilidade, gerados espontaneamente, no exercício de auto-regulamentação, através de competição com os demais serviços, permitindo avaliações dos consumidores em tempo real, e garantindo com isto a fidelização do usuário.

[...]

Os serviços de transporte privado de passageiros estão em

⁶⁷⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 271, pp. 409-416, jan/abr, 2016, pp. 415-416.

⁶⁷⁹ KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48.

⁶⁸⁰ AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 70075503433, Órgão Especial, relatora Des. Ana Paula dal Bosco, 10 de outubro de 2017.

funcionamento na cidade de Porto Alegre há aproximadamente dois anos, período no qual, ainda que diante de alguns percalços e entraves, percebe-se um simples fato da vida, para o qual o julgador deve atentar: os usuários parecem satisfeitos, de modo geral, com a inovação propiciada pelos dispositivos tecnológicos de transporte - e todos os outros que de certa forma facilitam a vida moderna – Airbnb, Spotify, OLX, Mercado Live, plataforma de consultas de preços de passagens aéreas, etc, que democratizam o acesso ao desburocratizar serviços. Da mesma forma, propiciam trabalho e renda aos prestadores de serviço envolvidos, que de outra forma estariam quiçá à margem do sistema produtivo, sobretudo em tempos de crise econômica. Concretizam-se, assim, também os postulados de inclusão social e valorização do trabalho constitucionalmente previstos

Para BUCHANAN⁶⁸¹, a obra “*Social Choice and Individual Values*” de ARROW, em 1951, teria provado que o governo não consegue funcionar, se entendermos “funcionar” baseado em um critério de consistência no ato de escolher. Se isso não for suficiente, e for compreendido em uma decisão política de que para aquela circunstância o Estado deverá subsidiar algo na economia, que subsidie a inovação ou a transferência de tecnologia, que é obrigação constitucional, mas que abandone o “caso a caso”, posto que incompatível com a exigência de transparência e com o princípio da impessoalidade que deve nortear a administração pública.

TULLOCK explica que⁶⁸² “*In addition to creating small monopolies all over the place, government very commonly engage in regulations which, from a standpoint of production, are essentially arbitrary*”. Soma-se então ao nosso argumento a ineficiência do processo de escolha pelo Estado, por vezes arbitrário, especialmente quando escolhe em detrimento da liberdade de escolha do cidadão-consumidor. A proporcionalidade e a eficiência devem ser observadas em um contexto no qual o “excesso de proteção muitas vezes desprotege”⁶⁸³. HAYEK⁶⁸⁴ dispôs que em uma economia com tamanha quantidade de informações, não há como um ente central ter acesso a tantas para tomar as decisões mais

⁶⁸¹ BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 11-22, p. 17.

⁶⁸² TULLOCK, Gordon. The backward society: static inefficiency, rent seeking, and the rule of law. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 224-237, p. 225.

⁶⁸³ Essa frase, em especial em um contexto de direito trabalhista, foi proferida pelo Ministro BARROSO no Seminário Reforma Trabalhista: Impactos nas Relações de Trabalho. Nesse sentido, ver https://jota.info/trabalho/excesso-de-protecao-muitas-vezes-desprotege04082017?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=87ef2d84a6-EMAIL_CAMPAIGN_2017_08_11&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-87ef2d84a6-380126569.

⁶⁸⁴ HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. 6ª ed. Trad. CAPOVILLA, Anna Maria; STELLE, José Italo; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

acertadas por todos de modo centralizador, sendo a descentralização da tomada de decisão um elemento adicional na eficiência e na justiça das escolhas. LANDE⁶⁸⁵ aponta ainda a percepção da livre concorrência orientada ao direito de escolha para o consumidor como ferramenta fundamental para a inovação.

Uma proposta de interesse nacional influenciada, também, pelo ordoliberalismo traz um preço: as indústrias ineficientes precisarão criar eficiência sob pena de sofrerem com os efeitos da concorrência. Isso pode ser bom para elas, assim como seu fim. Contudo, precisamos interpretar a Constituição pensando no bem-estar da população e não de apenas alguns empresários que demonstram incapacidade de gerar interesse dos consumidores, observando a proporcionalidade e a eficiência. Não disputamos nesse momento se a interpretação do passado estava correta; vislumbrando o presente, as recentes mudanças e o futuro, precisamos ajustar as velas aos novos ventos. Ainda, nossa visão traz propostas incompletas pelo seu recorte: a economia brasileira é fundada em pilares de um modelo de intervenção estatal na economia e o que falamos é parte de uma mutação que se não for acompanhada de outros movimentos institucionais será insuficiente⁶⁸⁶ para a inserção plena do Brasil na nova economia. Estudos nesse sentido deverão agregar muito sobre os passos dessa nova economia, e como vemos, ainda que brevemente, os modelos de inserção global, desenvolvimento e interesse nacional nos outros países é mais complexo do que a definição de um conceito pontualmente, embora este seja elementos importante da equação.

Ao fim, nesse contexto, pretendemos que o conceito de interesse nacional não seja orientado a favorecer à empresa A ou B, nacional ou estrangeira. Se o Brasil definir pela manutenção da interpretação do interesse nacional como a permissão para as autoridades políticas restringirem a concorrência internacional inovadora estará onerando o pagador de impostos e mitigando o direito de escolha do consumidor em favor de um grupo de empresas nacionais incapazes de oferecer uma solução adequada aos interessados no contexto da nova economia, optando pela intervenção em detrimento da inovação. Pontuamos que essa proteção da concorrência em favor das empresas nacionais não assegura os lucros dos amigos do rei como era antes da nova economia, mas assegura a difusão desse custeio. De outra banda, uma regulação atenta aos princípios constitucionais e um quadro institucional que oferta segurança e previsibilidade e aos direitos contratados e ao direito de propriedade bem como de

⁶⁸⁵ LANDE, Robert. *Consumer choice as the best way to recent the mission of competition law*. 2010. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=1624885>>

⁶⁸⁶ Alocar investimentos em educação e saúde são fatores que reduzem a desigualdade social, por exemplo. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

impessoalidade no trato do tesouro público e transparência com os cidadãos-consumidores são condições fundamentais na regulação para proliferação do desenvolvimento da nova economia, inclusive de atração de investimento estrangeiro. Nesse sentido, importa observar que há um comando constitucional de promover e incentivar a inovação nas empresas, e a criação, a absorção, difusão e transferência de tecnologia, de modo que tais comandos devem ser ponderados no agir junto com os demais comandos constitucionais, como a impessoalidade e a legalidade na administração pública, alicerçados pela noção de que apolítica de fomento a inovação em um ambiente sem concorrência de mercado é insuficiente para criação de um ambiente inovador⁶⁸⁷.

Postulamos aqui que o papel do consumidor e suas liberdades devem ser respeitadas e a interpretação sobre a economia harmonizada com os princípios econômicos, os fundamentos e objetivos constitucionais em um ambiente institucional de segurança, previsibilidade e transparência. Portanto, que o interesse nacional não seja confundido com o interesse de algumas empresas controladas por nacionais, nem com opinião pública ou interesse público, sendo mecanismo de enfrentamento da captura regulatória que visa o *rent seeking* às custas dos privilégios outorgados inadequadamente pelo Estado, respeitando a adequação da destinação dos recursos do tesouro público em contexto de escassez e limitação destes. Nesse sentido, não podemos ter incentivos tributários destinados exclusivamente para A ou B, mas reformas legislativas, inclusive tributárias, que promovem os fins constitucionais podem ser realizados de maneira impessoal, como a promoção da inovação, são possíveis, atraindo investimentos estrangeiros em condições que possam competir com os investidores locais, e vice-versa, ao mesmo tempo em que nem os interesses destes nem os interesses daqueles se sobreponham as liberdades dos indivíduos.

Propomos que interesse nacional no contexto da nova economia e buscando disciplinar a regulação do investimento estrangeiro seja um critério conciliador que (i) observados os princípios constitucionais, visa efetivar a dignidade da pessoa humana de modo difuso em toda população, (ii) dentro da moldura constitucional e da ordem pública, de modo transparente e impessoal, liberte o país da captura regulatória, (iii) propulsione a inovação que reduz eficientemente o custo de acesso aos bens e serviços e/ou melhora a qualidade dos disponíveis, (iv) seja apontado como a soma dos legítimos interesses dos indivíduos nacionais (observadas as diferenças entre o que é direito e o que é privilégio), identificados por atos

⁶⁸⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

espontâneos coletados continuamente pelo sistema de preços no mercado interno e pelas trocas voluntárias, (v) seja capaz de atrair aqueles que ofereçam as melhores soluções para os interessados sem discriminação em razão da nacionalidade da origem do capital de modo seguro aos envolvidos, (vi) respeitando os direitos de escolha do indivíduo-consumidor e do indivíduo-empresendedor, com especial atenção para a perfectibilização da livre concorrência, da defesa do consumidor e da livre iniciativa, dinamicamente ao seu tempo e na esfera de suas liberdades, seja parte integrante de uma concepção constitucional adequada à nova realidade que se avizinha e dos avanços institucionais necessários ao redirecionamento do Estado para a promoção da inovação ao mesmo tempo que aloca os recursos estatais em favor da dignidade humana, em especial dos mais necessitados.

Conceito complexo como livre iniciativa e livre concorrência possuem dificuldades técnicas de serem ultimados e definitivos, e o interesse nacional também é um destes. Contudo, esperamos aqui contribuir para um amadurecimento de um elemento que é exigido constitucionalmente e cuja presença no debate pode ser percebida pelas falas da Ministra ANDRIGHI (“os maiores interessados”⁶⁸⁸) e da Desembargadora DAL BOSCO (“é de se questionar qual a real vantagem do interesse público primário”⁶⁸⁹) quando instadas a se manifestar sobre adequação da regulação do investimento estrangeiro da nova economia. Não esqueçamos que toda norma que regular o investimento estrangeiro sem ter por base o interesse nacional está sujeita a exame de constitucionalidade.

Embora exista intervenção econômica em toda parte, e mesmo no modelo que propomos também há intervenção estatal na economia, a China parece ser o modelo que melhor contesta nossa visão de livre iniciativa e concorrência como promoção da inovação, em nossa perspectiva que tenta somar ARROW⁶⁹⁰, interpretação de princípios influenciados pelos ordoliberalistas e ISMAIL⁶⁹¹ aos trópicos nacionais. Nos parece ainda que democracias tem compromissos importantes em combater a corrupção, e KLITGAARD⁶⁹² coloca a concorrência como um dos elementos de combate à corrupção, ao lado, por exemplo da redução da capacidade de arbitrariedade dos agentes públicos.

HAYEK⁶⁹³ explica que pela desconcentração de conhecimentos na sociedade, é difícil

⁶⁸⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 271, pp. 409-416, jan/abr, 2016, pp. 415-416.

⁶⁸⁹ AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 70075503433, Órgão Especial, relatora Des. Ana Paula dal Bosco, 10 de outubro de 2017.

⁶⁹⁰ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

⁶⁹¹ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁶⁹² KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

⁶⁹³ HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: norma e ordem*. Trad. BORGES, Maria Luiza, São

que um pequeno grupo seletivo consiga concentrar habilidade suficiente para pensar tantas equações sociais que consigam alcançar sucesso maior do que a soma das individualidades, em especial governos de milhões de pessoas. O modelo chinês aposta em alguns tecnocratas aptos a escolher as empresas e injetar subsídios econômicos nestas para que sejam as mais inovadoras. Nos parece que esse modelo tem difícil conciliação com a democracia e com a impessoalidade. A nossa proposta de interesse nacional vislumbra que a inovação seja protagonista por meio das demandas sociais diretas via mercado, e que as políticas sejam impessoais e difusas: dessa forma o interesse nacional pode estabelecer políticas para a facilitação da inovação, da livre iniciativa e da livre concorrência, mas não poderia criar políticas que privilegiam A ou B, como foi a política de campeões nacionais, recentemente, e cujos resultados causaram fissuras no tecido social brasileiro. Nossa visão de desenvolvimento é também provavelmente mais lenta que a chinesa, que com os recursos públicos consegue transformar *start-ups* em gigantes muito mais facilmente que o Brasil, que sequer possui um mercado de capitais robusto para novos entrantes, por exemplo. No modelo que propomos de interesse nacional não somos tão ágeis quanto os chineses, e ainda nos falta desenvolver uma cultura empreendedora distanciada da concepção de que o Estado deve mitigar via subsídio o risco do empreendedorismo. Estamos em uma encruzilhada que exigirá uma construção jurídico-político para a nova economia, mas elementos da equação de combate a corrupção em um ambiente democrático são instrumentos dos quais o Brasil não pode abrir mão, bem como a necessidade de observar os princípios constitucionais.

Uma professora chinesa⁶⁹⁴ disse que o Brasil não deveria ser tão democrático tão cedo. Nesse diapasão, o Brasil paga um preço por ser uma república que nem todos os países estão dispostos a pagar. Se por um lado, um Plano Marshall da indústria 4.0⁶⁹⁵ parece extremamente atraente para a inovação, por outro há profunda dificuldade de conciliar os marcos regulatórios impessoais e republicanos que precisamos preservar. Compras governamentais e ajustes tributários de fomento à inovação, técnicas muito utilizadas pelos Estados, precisam ser enquadrados em um contexto constitucional que não permite a discriminação, por exemplo.

Nos parece que o grande desafio da identificação do interesse nacional nessa nova

Paulo: Ed. Visão, 1985; e, HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José. São Paulo: Ed. Visão. 1983.

⁶⁹⁴ Nesse sentido, ver entrevista com Ann Lee, <https://exame.abril.com.br/economia/para-professora-chinesa-brasil-teve-democracia-cedo-demais/>

⁶⁹⁵ TROYJO, Marcos. Economia 4.0 ganharia com Plano Marshall tecnológico. Folha de São Paulo, 26 de julho de 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/marcostroyjo/2017/07/1904434-economia-40-ganharia-com-plano-marshall-tecnologico.shtml>> Acessado em 20 dezembro de 2017.

economia é ser verdadeiramente democrático em modo constante e dinâmico como é o mundo agora. Se abirmos mão da democracia ou de princípios jurídicos norteadores como a impessoalidade da administração pública, o modelo chinês é uma opção de modelo de fomento à inovação e ingresso na nova economia, mas a nosso ver menos desejável, posto que seja arriscado colocar todo o destino das nações nas mãos de alguns poucos políticos responsáveis pelo tesouro público, além de não ser condizente com a nossa constituição republicana. Nossa visão de interesse nacional tenta conciliar as políticas de inovação, da nova economia, combate à corrupção, os desafios sociais e de alocação de recursos públicos do Brasil, e os princípios jurídicos em um viés de democracia representativa com instituições plurais e fortes, tendo a liberdade do consumidor-cidadão como núcleo para proteção, o que tem sido um grande desafio para nós como nação.

4.2.2 Por uma proposta brasileira atualizada de interesse nacional que concilia a nova economia e a Constituição Federal

SILVA afirma que a Constituição consagra a economia de mercado e sistema capitalista no Brasil⁶⁹⁶. A nova economia possui como pilares, a inovação, a tecnologia, a escala e os talentos qualificados para sua construção.

Inovação é o elemento central da nova economia, de modo que seu fomento foi inclusive motivo de emenda constitucional, tema este que anda lado a lado com o outro pilar, tecnologia, sendo expresso na Constituição o papel do Estado de estimular as empresas que invistam em criação de tecnologia⁶⁹⁷. O artigo 219 do texto constitucional alça o mercado interno a patrimônio nacional, propondo incentivo a que este viabiliza o desenvolvimento socioeconômico e cultural, bem como o bem-estar da população e a autonomia tecnológica. COSTA⁶⁹⁸ entende que a atração de investimento estrangeiro é mecanismo de absorção tecnológica pelo país, sendo inclusive parte de estratégias nacionais, e THORSTENSEN⁶⁹⁹ aponta que há uma necessidade do Brasil promover temas como transferência de tecnologia via convergências regulatórias.

Escala é um dos elementos significativos da nova economia, em especial a fomentadas por organizações exponenciais⁷⁰⁰ e, de outro lado, que justifica elementos de robotização de indústrias. Nem a escala populacional chinesa⁷⁰¹ permite o fechamento econômico. Nessa linha a construção de um interesse nacional que concilie a nova economia há de observar a necessidade de escala, e conseqüentemente, de inserção de cadeias globais⁷⁰² e cooperação com os povos para o progresso da humanidade.

Outro pilar da nova economia são os talentos, pessoas hábeis para liderar essa sociedade: empreendedores, pesquisadores, executivos, reguladores, líderes e profissionais qualificados. Esta é uma estratégia utilizada por países em desenvolvimento que conseguiram

⁶⁹⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 720.

⁶⁹⁷ Artigo 218, parágrafo 4º da Constituição Federal.

⁶⁹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura da. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2013.

⁶⁹⁹ THORSTENSEN, Vera; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Coerência e convergência regulatória no comércio exterior. 2017. Disponível em < <http://www.camex.itamaraty.gov.br/images/Eventos/ConvRegulatoria/RELATORIO-FINAL-Vol-4---Sintese-e-Concluses.pdf>>. p. 53.

⁷⁰⁰ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Pulo: HSM Editora, 2015

⁷⁰¹ SAFATLE, Claudia; RITTNER, Daniel. Xi rejeita hegemonia e quer mais atuação em questões globais. *Valor Econômico*. São Paulo, 14 julho de 2014.

⁷⁰² THORSTENSEN, Vera; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. Coerência e convergência regulatória no comércio exterior. 2017. Disponível em < <http://www.camex.itamaraty.gov.br/images/Eventos/ConvRegulatoria/RELATORIO-FINAL-Vol-4---Sintese-e-Concluses.pdf>>. p. 46

avançar socialmente, a educação precisará encontrar mecanismos eficientes para que os cidadãos consigam educar-se, em sentido amplo, e desenvolver as competências necessárias para inserção na economia globalizada e de escala⁷⁰³. Além disso, a responsabilidade fiscal entra nesse diálogo: todo recurso do tesouro público subsidiado para um empresa é um recurso a menos para educação, saúde e segurança, por exemplo. Trazemos esse tema, porque o interesse nacional sobre a nova economia encontra limites no âmbito fático e, conseqüentemente, orçamentário de um país, que precisa estabelecer as escolhas trágicas próprias de sua operação.

Temos para nós que a nova economia se alicerça nesses pilares citados, requer liberdade nos modelos de negócios para fomentar a inovação, que esses novos modelos permitem a aceleração do seu crescimento e conseguem dar acesso a bens e serviços em grande escala sem necessariamente aumentar os seus custos, em razão de sua capacidade tecnológica, o que permite, e anseia, a busca pela universalização do acesso aos consumidores.

Para que possamos construir uma proposta de interesse nacional, precisamos observar nossa Constituição Federal, que define objetivos fundamentais para República Brasileira⁷⁰⁴:

- 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.

Nos parece que há de se compreender como objetivos as somas desses elementos. Nesse sentido, não é suficiente reduzir as desigualdades se estas não erradicarem as pobrezaas, assim como não a não-discriminação limita o conceito de desenvolvimento nacional, que precisa ser elemento de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Há de se equilibrar tais objetivos com o dever de fomentar a inovação, fortalecida pela Emenda Constitucional n.º 85 de 2015, que entre outros elementos, assim estabeleceu o texto constitucional:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a

⁷⁰³ GOLDENSTEIN, Ligia. 4ª revolução industrial: impactos no emprego e na educação. *Revista interesse nacional*. Ano 10, n.º 9, pp. 30-33, nov/2017-jan/2018.

⁷⁰⁴ Artigo 3º da Constituição Federal.

capacitação científica e tecnológica e a inovação.

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia

Estes objetivos possuem ainda uma moldura constitucional. Se estamos a buscar um entendimento de interesse nacional para regulação dos investimentos estrangeiros para a nova economia, precisamos atentar para o artigo 4º do texto da Carta Magna, que diz que a nossa república reger-se-á nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações

Assim, não podemos ter um interesse nacional calcado na visão militarista de intervenção, guerra, como oposição à paz. Precisamos ser soberanos e independentes, mas entendendo aqui a importância da cooperação para o progresso. Nesse sentido, o princípio da liberdade contratual ordoliberal encontra eco nos dizeres de LUCIANO TIMM⁷⁰⁵ quando este afirma “contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente” e os “contratos

⁷⁰⁵TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 181

geram riqueza na sociedade, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam”⁷⁰⁶. A solução pacífica dos conflitos não nos exige agir com ingenuidade, mas sim a prevalência de uma construção de paz Kantiana⁷⁰⁷, ou tropicalização da teoria Dell⁷⁰⁸ há de prevalecer sobre a invasão militar e/ou o progresso decorrente da pilhagem econômica. Aqui, lembramos que até mesmo gigantes até então mais reservados no cenário econômico mundial como a China⁷⁰⁹ se abriram para o mundo em busca por ganhar escala para seus negócios que tenham condições tecnológicas de competir no mercado global.

Pontuamos ainda que ao dispormos sobre a regulação dos investimentos estrangeiros estamos a estabelecer necessariamente sobre a ordem econômica. Fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, a ordem econômica⁷¹⁰ exige uma interpretação alicerçada nos seguintes princípios na forma do artigo 170:

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.

Nossa soberania é princípio, de modo que não podemos capitular nossa independência aos países estrangeiros, devendo cooperar com eles para o progresso dos povos sem perder

⁷⁰⁶ IDEM. op. cit. p. 185

⁷⁰⁷ KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

⁷⁰⁸ FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

⁷⁰⁹ SAFATLE, Claudia; RITTNER, Daniel. Xi rejeita hegemonia e quer mais atuação em questões globais. *Valor Econômico*. São Paulo, 14 julho de 2014.

⁷¹⁰ Artigo 170 da Constituição Federal.

este princípio de vista.

Alguns elementos servem também como reflexão para nossa construção. SCHUMPETER⁷¹¹ foi, e é, um dos gigantes do seu tempo, e estava correto quando apontou a força do capitalismo como provedor de acesso dos bens aos mais pobres, mas a concepção de que são as grandes empresas que conseguem acumular capital para investir em inovação está desatualizada, inclusive se dá hoje que o caminho está mais para o lado inverso: as empresas dinossauros, com diz ISMAIL⁷¹², gigantes sem a cultura de inovação exponencial, estão fadadas ao fracasso nessa nova economia. Nesse diapasão, pouco será eficiente concentrar capital advindo do tesouro público em algumas empresas de grande porte para gerar competitividade, e isto é, inclusive, inconstitucional: Subsidiar preferencialmente as grandes empresas é promovê-las em detrimento das demais, inclusive das pequenas, portanto o contrário do mandamento constitucional do artigo 170, IX.

Melhor vemos a conexão dos mandamentos infraconstitucionais com a nova economia quando, por exemplo, o Marco Civil da Internet reconhece a escala internacional da rede, a livre iniciativa, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a liberdade dos modelos de negócios na internet. Aqui, a visão de ARROW⁷¹³ contribuindo para um ambiente de concorrência e inovação. E ainda, a importância da atualização da interpretação do valorização do trabalho humano e pleno emprego que propomos, alicerçados na doutrina trazida, como princípios fundamentais, mas que não devem se opor à inovação em defesa de empregos obsoletos, mas se transformarem em elementos que contribuem para a nova economia, que orientam a estrutura da responsabilidade fiscal do Estado investir em educação e pesquisa e que não colocam os interesses de alguns grupos de interesse acima do desenvolvimento econômico nacional visando a manutenção do *status quo*.

Ainda, na construção do interesse nacional, como há um agir do Estado, seja ele executivo, legislador ou judiciário, e que a regulação e sua fiscalização se dá no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal há de se observar os princípios que regem a administração pública, na forma do artigo 37 da Constituição, a ressaltar: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Dessa forma, o interesse nacional visando os objetivos constitucionais restringe a busca pelo desenvolvimento se o tesouro público usar recursos de forma pessoalizada ou imoral. Também, há de se ser eficiente na alocação dos recursos, bem como há de se observar

⁷¹¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

⁷¹² ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁷¹³ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

a legalidade das legislações e das fiscalizações. Nesse sentido, o próprio interesse nacional servirá como um norteador do agir público quando este estiver pressionado por grupos de interesses a restringir investimentos estrangeiros que concorram com determinados interessados, como vimos no Brasil recentemente no caso Uber, que exigiu do Poder Judiciário⁷¹⁴ diversas manifestações sobre tentativas ocorridas no âmbito do poder legislativo municipal consideradas inadequadas.

A construção de um conceito complexo como o que buscamos construir exige tentarmos criar formas de tentar nos fazer melhor entender. Por isso, uma apresentação gráfica da concepção geral das molduras do proposto como abaixo pode contribuir para essa tentativa de conciliar o interesse nacional como a nova economia em um âmbito constitucional vigente.

GRÁFICO 5



⁷¹⁴ Como citamos, processo n.º 2216901-06.2015.8.26.0000, São Paulo; processo n.º 0373699-21.2015.8.19.0001, Rio de Janeiro, AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 70075503433, Rio Grande do Sul.

Apontamos ainda o artigo 5º da Constituição, que em seu caput estabelece que “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”, como um mecanismo de não discriminação e fomento da liberdade.

A tarefa da revisão do conceito de interesse nacional é complexa e sujeita à fortes críticas⁷¹⁵ pela ambiguidade e ausência de consenso sobre o tema, bem como o ponto de partida. O “quem somos”, ponto de partida de HUNTINGTON⁷¹⁶ nos parece claro: os nacionais. Entendemos aqui os nacionais, como um conjunto de indivíduos brasileiros com liberdades constitucionais garantidas, apontando que é vedado a discriminação ao estrangeiros para além do exposto constitucionalmente, sendo que parte dessas garantias são liberdades de empreender, concorrer e de ser defendido como consumidor pelas liberdades de iniciativa e de concorrência dos demais. Isto quer dizer que nosso “quem somos” neste conceito não é o conjunto de algumas indústrias controladas por alguns nacionais, portanto trazemos aqui o que consideramos uma importante diferença para atualização conceitual, ainda que esta premissa de “quem somos” não seja expressamente declarada frequentemente.

KENNEDY⁷¹⁷ nos ilumina quando diz que não há um interesse nacional unívoco na nação, e esta está sempre dialogando com seu centro e suas periferias internas. Portanto, nossa concepção de liberdade dos indivíduos ganha força como uma solução para que seja único enquanto critério igualitário, sem ser coercitivo, mecanismo utilizado por grupos de interesse para seus benefícios para particulares. Nacionais como a totalidade das liberdades individuais, e não de grupos de nacionais, por vezes em laços com estrangeiros⁷¹⁸, em detrimentos dos demais, e ainda garantindo espaço para que dentro de um sistema de mercado os interesses possam ser dinamicamente alterados conforme a liberdade dos indivíduos.

Ainda, um aspecto parece diferenciar entre nossa proposta de interesse nacional para interesses público primário. Enquanto o segundo se coloca como um interesse da coletividade, nos parece que o primeiro pode caminhar para um interesse da soma das individualidades, de

⁷¹⁵ CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015, p. 194.

⁷¹⁶ HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p. 20.

⁷¹⁷ KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48.

⁷¹⁸ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

modo que não poderia o interesse do coletivo se sobrepor às liberdades constitucionais garantidas aos indivíduos, como por exemplo, o limite vedando a discriminação, ainda que essa discriminação eventualmente beneficiasse parcela significativa do coletivo.

Definimos assim nossa proposta de interesse nacional para basear as leis que regulam o investimento estrangeiro para a nova economia no Brasil, buscando conciliar esta com a Constituição brasileira: observados os princípios da administração pública, os princípios que regem as relações internacionais, os princípios da ordem econômica, e o dever de fomentar a inovação inclusive nas empresas, e respeitando as liberdades individuais garantidas constitucionalmente e os respectivos deveres, interesse nacional é a soma dos interesses dos nacionais nas suas buscas individuais ao desenvolvimento econômico e à vida digna, em uma sociedade livre, justa e solidária, visando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promovendo o bem de todos sem nenhuma forma de discriminação.

Da nossa proposta, há uma série de possíveis consequências interpretativas que apontamos. Se aceito nosso argumento, o interesse nacional não pode servir como instrumento para mitigar a livre iniciativa, para mitigar a livre concorrência, para reduzir a defesa do consumidor ou do meio ambiente. Apontamos ainda que nossa proposta se estrutura em princípios porque é como se dá na Constituição, mas também porque os princípios são mais flexíveis que as regras e a nova economia ainda exigirá respostas para perguntas que ainda não fez, sendo imprudente a criação de regras rígidas *a priori* para o que se desconhece.

Se o interesse nacional deve ser impessoal, este não poderá ser definido a “caso a caso”⁷¹⁹. Observamos que nessa hipótese o modelo de criação de carteis nacionais competitivos globalmente, promovido pela Coreia do Sul e defendido do CHANG⁷²⁰ é incompatível com nossa interpretação constitucional. Assim, independente de se está é uma estratégia eficiente, isto não nos basta constitucionalmente, posto que ela precisa também respeitar as demais molduras estabelecidas pelos princípios constitucionais. Também não podemos compreender o interesse nacional como instrumento que permita o desenvolvimento econômico, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza mas que seja uma janela de oportunidade para corrupção e injustiça, se é que seja possível sustentar esse cenário na prática. Ainda, ao apontarmos o objetivo de assegurar vida digna aos cidadãos, precisamos reconhecer que o fazemos em detrimento da titularidade do capital da fornecedora de bens ou serviços: não podemos abrir mão da liberdade de buscar a vida digna para subsidiar algumas

⁷¹⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161, p. 160.

⁷²⁰ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004.

gigantes empresas nacionais.

Pontuamos que mais pela via do subsídio de crédito⁷²¹, em especial pelo BNDES, do que via formação de carteis, o Brasil postulou uma tentativa de construção de “campeões nacionais”⁷²², que se assemelham ao proposto pelo modelo sul-coreano. A nosso ver esse tipo de política ataca o interesse nacional nesse trabalho postulado, especificamente no que toca ao elemento de quem deve ser subsidiado: nos parece que o artigo 170, IX da Constituição Federal quando exige tratamento favorecido de empresas de pequeno porte o faz em detrimento das de grande porte, e de modo que subsidiar as de grande porte em detrimento das de pequeno porte seria uma oposição ao mandamento constitucional. Nosso viés, embora busque alterar tradições jurídicas, não tem o poder de romper com a visão desenvolvimentista do país, posto que ela é uma das interpretações jurídicas possíveis do Brasil e nessa moldura constitucional é uma das opções políticas, mas se há algo que podemos apontar é que o fundo de investimentos do BNDES aportando cem milhões de reais em *start-ups*⁷²³ para co-investimento está institucionalmente muito mais próximo do conceito ora apresentado do que a política de “campeões nacionais”. Nossa proposta de interesse nacional vê nas empresas de pequeno porte potencial para construção de inovação competitiva⁷²⁴, e se há interesse político de viés intervencionista na economia, esta regulação infraconstitucional deverá ser impessoal, orientada a inovação de mercado e do sistema de preços ao invés das políticas recentemente praticadas, uma vez que existem os preceitos constitucionais estabelecidos nesse sentido⁷²⁵. KEYNES⁷²⁶ sustenta, com razão, que nem sempre o autointeresse esclarecido atua em favor do interesse público; por ver que há divergências entre o interesse dos nacionais e do que

⁷²¹ MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010 (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas..

⁷²² CASTELLAR, Armando. Campeões nacionais. *Jornal Valor Econômico*. 01 de fevereiro de 2013.

⁷²³ Nesse sentido, www.bndes.gov.br/fundoanjo.

⁷²⁴ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015.

⁷²⁵ Artigo 170, I, IV, VIII, IX, Artigo 218, e Artigo 219, parágrafo único da 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.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

⁷²⁶ KEYNES, J. M. *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1978, p. 120.

convencionou-se chamar interesse público no Brasil que postulamos que os princípios e liberdades individuais, estas garantidas constitucionalmente, são sistemas que conceituam o interesse nacional próximo aos indivíduos e não aos grupos de interesses, até pela dificuldade do Estado escolher consistentemente⁷²⁷ por todos os indivíduos.

Ainda, se nesse contexto não cabe discriminação de qualquer natureza, exceto aquelas já estabelecidas pela Constituição Federal, isto inclui o dever de não discriminar os estrangeiros e conseqüentemente seu direito de empreender no Brasil, para além do expressamente disposto na carta de 1988. Aqui nos aproximamos da visão de HAYEK de que não basta ser texto aprovado pelo Congresso, a lei há de ser justa, sendo um crivo à brasileira os princípios da liberdade cristalizados na Constituição em uma busca de harmonização pragmática.

EROS GRAU é um dos líderes intelectuais do Brasil, e viu em uma visão de construção de interpretação histórica brasileira espaço para, após a retirada, via emenda, do artigo 171 da Constituição Federal, um ambiente de “*permissão fraca*”⁷²⁸ para discriminação, permitindo a legislação infraconstitucional limitar o investimento estrangeiro, já que a “*permissão forte*” fora retirada. Em um ambiente que objetiva o desenvolvimento nacional sem discriminação, observada o princípio da cooperação dos povos para o progresso, fundada na livre iniciativa, livre concorrência e na promoção da inovação, que ocorre também pela absorção de tecnologias via atração de investimentos estrangeiros, um entendimento de interesse nacional atualizado se opõe a “*permissão fraca*” para que a legislação infraconstitucional possa discriminar os investidores estrangeiros em razão da soberania, proposta pelo ilustre ministro EROS GRAU, de modo que mitigamos a histórica posição do ministro: a nosso ver, as restrições aos investimentos estrangeiros somente são possíveis se alocada na Constituição, como tantas que existem de modo que há esta *permissão fraca*, ou se o texto constitucional expressamente determinar – assim, só há permissão expressa no rol taxativo, que até pode ser ampliado, mas somente em âmbito constitucional, negando-se portanto essa discricionariedade para o âmbito infraconstitucional.

Ainda, nossa visão de interesse nacional, colocando o “quem somos” como os nacionais serve como um escudo ao *rent-seeking* decorrente de capturas regulatórias e pressões de grupos de interesses. A legislação infraconstitucional precisa respeitar as

⁷²⁷ BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 11-22, p. 17.

⁷²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006, p. 273.

molduras constitucionais, e isso inclui não apenas o Congresso Nacional, mas também aos parlamentos estaduais e municipais, bem como os poderes executivos. Casos como os apontados nesse trabalho demonstram que a regulação do investimento estrangeiro se dará no âmbito executivo (Ancine, por exemplo), bem como nos demais parlamentos, como vimos nos casos Uber e citamos no Airbnb. Nesse cenário, vemos ainda mais importância para este estudo, já que observamos nesse fenômeno uma tentativa de conter a inovação empresarial em favor de grupos específicos, por vezes inclusive estrangeiros⁷²⁹ mas já estabelecidos no Brasil, e que deve se manter para os próximos anos, posto que as empresas inovadoras da nova economia ganham escala muito rapidamente em zonas cinzentas da legislação posto que disruptivas, e com isso enfrentam grandes empresas, ou grandes grupos os quais tentarão ao máximo manter o *status quo* de seus negócios tentando, também, utilizar a legislação para barrar a nova economia, seja essa inovação promovida por empresas brasileiras seja por empresas estrangeiras. As liberdades constitucionais se sobrepõem às legislações infraconstitucionais, e a interpretação há de buscar conciliar as zonas cinzentas, como a presente noção de que condicionar a liberdade de inovar a existência prévia de regramento seria desastroso⁷³⁰, asfixiante para economia que requer cada vez mais escala e se daria em detrimento dos nacionais. Nossa visão também serve como sustentáculo para que eventualmente a democracia republicana comece a utilizar as tecnologias exponenciais⁷³¹ para a própria gestão pública, como o engajamento da comunidade em um propósito transformador massivo, mais próxima das liberdades dos indivíduos e menos centralizada, em um futuro não tão distante. Em alguma medida, a tecnologia da prestadora de serviços e o sistema de preços conversem com essa dinâmica de constante atualização do interesse nacional.

Por todo o exposto e estabelecido constitucionalmente, entendendo a regulação econômica como eficiente quanto os incentivos estão ajustados aos propósitos da sociedade, precisamos negar conceitos de interesse nacional que fomentem a corrupção, a obscuridade da decisão, a pessoalidade do caso a caso, e em especial negar constitucionalidade a restrições que confrontem essas estruturas jurídicas em um ambiente democrático. Ao mesmo tempo, não podemos fomentar a inovação a despeito do Estado democrático, fundamentos da república, ou propondo ofensas ao princípio da não-discriminação, por exemplo, como

⁷²⁹ LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁷³⁰ SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>

⁷³¹ ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad. YAMAGAMI, Gerson. São Paulo: HSM Editora, 2015

consagra o artigo 5º da Constituição Federal⁷³².

Como efeito, o governo brasileiro passaria a apoiar mais a cooperação entre agentes públicos e privados para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação⁷³³, e menos subsídio econômico de financiamento das grandes empresas, embora reconheçamos que o papel do financiamento⁷³⁴ (que também pode ser privado) da inovação e da pesquisa como elementos importantes na construção da nova economia. PASSOS⁷³⁵ propõe mirar a indústria 4.0 como objetivo da política de inovação, colocando como critério de priorização econômica os grandes desafios sociais e ambientais, e colocando os seguintes setores como mais importantes: educação, saúde, segurança, infraestrutura e mobilidade, e agronegócio, recursos minerais e recursos florestais, ao que concordamos. A definição de áreas de estratégicas é uma definição política e aberta, mas os limites jurídicos do agir estatal estão dispostos na Constituição Federal. A questão que põe nesse trabalho é como a regulação econômica poderá apoiar ou restringir os investimentos estrangeiros nessas áreas, dentro da moldura constitucional, mas se a inovação se dará no agronegócio, no ramo da saúde e/ou da indústria de base, é uma decisão política que a Constituição outorga às lideranças sociais.

Em nossa atualização de interesse nacional somente cabem novas restrições aos investimentos estrangeiros da nova economia que sejam cristalizadas na Constituição Federal, para que as regras restritivas se equiparem aos princípios e liberdades garantidos, como o dever de não discriminar de quaisquer forma. Isto quer dizer que caso o Brasil aponte para ampliar as restrições ao investimento estrangeiro, precisaria maior quórum do que maiorias simples legislativas, ou os poderes de decreto executivo (quando a Constituição não prevê nesse sentido), passando a exigir a maioria qualificada das emendas constitucionais. Nesse sentido, se esta tiver razão, estamos contribuindo para a proposta de DEIRDRE MCKLOSKEY⁷³⁶, de que a propagação de ideias de liberdade (em uma visão europeia de

⁷³² Art. 5º da Constituição Federal. 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.

⁷³³ Artigo 219-A da Constituição Federal. Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei

⁷³⁴ PASSOS, Pedro Luiz. Um novo caminho para a indústria. *Revista interesse nacional*. Ano 10, n.º 9, pp. 9-18, nov/2017-jan/2018, p. 18.

⁷³⁵ PASSOS, Pedro Luiz. Um novo caminho para a indústria. *Revista interesse nacional*. Ano 10, n.º 9, pp. 9-18, nov/2017-jan/2018, p. 18.

⁷³⁶ MCKLOSKEY, Deirdre. *Bourgeois equality: how ideas, not capital or institutions, enriched the world*. Chicago: University of Chicago Press, 2016.

liberdade de mercado, igualdade perante a lei e justiça) é, mais do que instituições ou capital, o instrumento mais significativo do desenvolvimento econômico do mundo. Segundo a autora, nesses cenários as pessoas se comprovam extremamente criativas e energéticas.

Assim, nosso conceito de interesse nacional está alinhado a visão de desenvolvimento via instituições inclusivas proposto por ACEMOGLU e ROBINSON⁷³⁷ como fundamento do desenvolvimento das nações, um dos objetivos constitucionais. Nessa linha, entendemos que estamos conectados com as soluções para a equação de KLITGAARD⁷³⁸ que visa a redução da corrupção, na medida que nossa proposta de interesse nacional está conectada a princípios como impessoalidade, legalidade e redução da arbitrariedade por parte dos agentes públicos, adstritos a alguns preceitos constitucionais, bem como perfilado a visão de ARROW⁷³⁹ dos benefícios da livre concorrência, um dos princípios constitucionais que emolduram nosso entendimento, como instrumento de fomento da inovação, em uma interpretação mais próxima do ordoliberalismo alemão⁷⁴⁰ do que dos outros modelos apresentados. Ainda, inspirados em SCHUMPETER⁷⁴¹ na capacidade do capitalismo ofertar acesso a produtos cada vez exigindo menos esforços em suas troca, buscamos alcançar o objetivo constitucional de reduzir as desigualdades por meio do desenvolvimento do mercado, dando relevância para a descentralização da informação e utilização dos conhecimentos sociais difusos que se encontram no sistema de preços de HAYEK⁷⁴². Construimos esse conceito de interesse nacional com o mesmo otimismo na criatividade e energia nos indivíduos livres que MCKLOSKEY⁷⁴³ vislumbra. Buscamos em KENNEDY⁷⁴⁴ a ideia de que não há um único interesse nacional da população, com seus centros e periferias, de modo que o interesse nacional precisa ser abrangente o suficiente para que sejam respeitadas essas diferenças e que estas diferenças são dinâmicas, de modo que haja espaço para alterações de escolhas pontuais ao longo do tempo sem perder a essência conceitual. Apontamos ainda que perfilamos a visão

⁷³⁷ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

⁷³⁸ KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

⁷³⁹ ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

⁷⁴⁰ MARKTANNER, Marcus; WINTERBERG, Jörg. Consenso de Washington x Economia Social de Mercado. *Diálogo Político*. v. 26, pp. 99-131, 2009.

⁷⁴¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

⁷⁴² HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: norma e ordem*. Trad. BORGES, Maria Luiza, São Paulo: Ed. Visão, 1985; e, HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José. São Paulo: Ed. Visão. 1983.

⁷⁴³ MCKLOSKEY, Deirdre. *Bourgeois equality: how ideas, not capital or institutions, enriched the world*. Chicago: University of Chicago Press, 2016.

⁷⁴⁴ KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48.

de MOROSINI⁷⁴⁵ sobre a eficiência na alocação e aproveitamento dos recursos quando o trânsito destes é permitido visando o fomento do desenvolvimento das nações, que os países com qualidade nas instituições podem se beneficiar do fluxo de investimentos e que o fenômeno da corrupção é a antítese de um clima favorável a proliferação do investimento estrangeiro. Não pretendemos afirmar que estes ilustres autores estão a concordar com a visão ora apresentada, mas que este trabalho buscou nessas diferentes visões iluminação para esta construção ainda que estes discordem do resultado proposto.

Apontamos ainda, que nossa visão pode, sem limitar-se a tanto, ser criticada por alguns aspectos: nosso conceito de interesse nacional gera como consequência a redução do *policy space* sem contrapartidas negociadas diretamente com outros países, o que implica dificuldades no agir diplomático do Brasil para obtenção de algumas vantagens por meio de “moedas de troca negociais”, posto que se há menos barreiras, há menos quantidade de barreiras a retirar em um eventual acordo internacional e para RODRIK⁷⁴⁶ a autonomia dos Estados nessas negociações é tão importante quanto acesso a mercados; nossa visão traz uma abertura de mercado que pode, eventualmente, acarretar risco a algumas empresas brasileiras que sejam ineficientes para a competição global, enquanto poderia ser salutar protegê-las dessa competição⁷⁴⁷, como muitos países fazem; mitigamos o poder das lideranças políticas para a promoção de um projeto nacional de desenvolvimento, exigindo maior engajamento contínuo dos indivíduos para que esta liderança perfectibilize sua visão de projeto nacional; que o Brasil, em um processo de desindustrialização⁷⁴⁸ vigente e que isto traz preocupações, teria maior dificuldade institucional de subsidiar grandes empresas para a competição global via tesouro público; que a adoção de teses mais liberais não asseguram redução da desigualdade econômica⁷⁴⁹, um dos objetivos constitucionais; que a redução de desigualdade regionais também é objetivo constitucional, e que há algumas regiões que se beneficiam de políticas circunstanciais de subsídio local; que adotar instituições mais abertas aos padrões da

⁷⁴⁵ MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81, p. 62.

⁷⁴⁶ RODRIK, D. The global governance of trade as if development really mattered. New York: United Nations Development Programme, 2001.

⁷⁴⁷ LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad.: CURY, Antonio. São Paulo: Abril, 1983.

⁷⁴⁸ CANO entende que a abertura econômica brasileira aliada a uma política ineficaz em proteger a economia produziu o subdesenvolvimento brasileiro. CANO, Wilson. *Economia e sociedade*. Campinas, n. 21, pp. 831-851, 2012.

⁷⁴⁹ OSTRY, Jonathan; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. Neoliberalism: Oversold? *Finance & Development*. V. 53, n.º 2, junho, 2016, disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

globalização “pouco fará para tornar o país mais atraente a investimentos estrangeiros”⁷⁵⁰; e que há importante doutrina que entende que esse caminho proposto é mais benéfico aos países já desenvolvidos, sendo a estratégia de interpretações como a que propomos uma influência de países desenvolvidos que querem “chutar a escada”⁷⁵¹ que usaram para se desenvolver; ainda, quando asseguramos mais liberdades aos indivíduos em um sistema capitalista estamos sendo otimistas que esses interesses individuais serão ao final, entre acertos e erros, promissores, enquanto pensadores como STREECK⁷⁵² fazem críticas fortes a essa visão capitalista, e entendem que o sistema capitalista está cada vez mais capitalista e por consequência será ingovernável, sendo assim um mecanismo para sua própria dissolução. Assim, nos parece que as contribuições críticas serão mais direcionadas as consequências interpretativas sobre o conceito que apresentamos do que a ele próprio, ainda que todas sejam bem vindas para o aprimoramento científico do interesse nacional e que contribua para o desenvolvimento pátrio.

Em algum sentido, embora sem ambicionar a transplantação de outro sistema jurídico para o desenvolvimento local, nossa atualização do proposta jurídica de interesse nacional nos diminui a chance de ser mais próximo do modelo de desenvolvimento da China e nos coloca mais próximo de um modelo australiano ou alemão⁷⁵³ de desenvolvimento, especialmente por entender que há limites jurídicos, que reconhecemos como salutares em uma democracia, às estruturas e ações da administração pública e que o interesse nacional é um conceito jurídico mas que encontra limites fáticos, por exemplo, na capacidade de financiamento e investimento público, dentre outros. Nos parece que o modelo chinês e sul-coreano de desenvolvimento com viés de forte intervenção estatal trouxe resultados expressivos para aqueles povos, e que portanto atendem ao princípio da eficiência do desenvolvimento econômico, que nossa moldura constitucional e população possui essas demandas, mas também há outras cristalizadas na Carta Magna. A nosso ver não haveria conciliação da nova economia, da integralidade do modelo chinês de desenvolvimento, que depende uma continuidade das lideranças políticas e por isso com ampla margem de atuação de intervenção

⁷⁵⁰ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004, p. 227.

⁷⁵¹ CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004, p. 230.

⁷⁵² STREECK, Wolfgang. *How will capitalism end? Essays on a failing system*. Estados Unidos: Verso books, 2016.

⁷⁵³ Ressaltando a crítica de CHANG de que a Alemanha incentivou carteis locais antes de adotar o ordoliberalismo que em alguma medida inspira a proposta ora apresentada. CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004, p. 159.

de longo prazo, com a presente Constituição brasileira, que exige um modelo democrático pluripartidário, entre outros elementos.

Acreditamos no nosso conceito de interesse nacional, na sua constitucionalidade, e na sua contribuição para a conciliação da nova economia com o Brasil, entendemos que os argumentos favoráveis suplantam as pertinentes críticas, mas estamos cientes de que esta percepção apresentada (ainda) não encontra eco na doutrina majoritária, e que como todo conceito aberto e crítico somente se perfectibilizará no espaço jurídico brasileiro se os líderes brasileiros também entenderem que há relevância no ora apresentado para a proposição de avanços institucionais. Ainda, nossa proposta de interesse nacional tem o recorte específico da nova economia, de modo que eventuais mudanças fundamentais, como por exemplo um ambiente de guerra internacional poderia ensejar outras construções jurídicas, sendo uma solução que tem um espaço mas também uma ocupação de tempo.

Assim, não bastará a definição futura de qual será melhor definição conceitual, seja esta ou outra, há de se observar qual será utilizada. Vemos que há perspectivas no sentido que propomos, em especial pela mudança apontada em documento do governo federal que parece conversar com a perspectiva ora estabelecida, ainda que não praticada. Nosso conceito é apenas um dos possíveis, mas é um que busca contribuir para uma construção reflexiva que atualiza uma definição de interesse nacional dentro dos limites constitucionais pátrios, com importantes consequências jurídicas, ensejando um papel conciliatório para o Estado entre a nova economia e a democracia pátria, nos quais a República, os princípios e as liberdades são fundamentos, e o desenvolvimento em uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O papel do Estado enquanto regulador da sociedade tem sofrido mutações ao longo dos séculos. Desafiado por pessoas, por empresas e por organismos internacionais, o Estado-nação viu elementos essenciais da sua natureza sofrerem mudanças, mas ainda segue com protagonismo na regulação das relações humanas, entre elas as econômicas. Ressaltamos aqui que o Estado não se confunde (não deveria) com os administradores públicos, que por vezes tem interesses diferentes de alguns, ou vários, dos nacionais, de modo que é possível que uma empresa nacional não seja defendida internacionalmente pelo Estado, ou que o Estado sofra capturas regulatórias de grupos de interesse que pretendem usar dele para benefícios particulares em detrimento do povo. Esses desafios importam ao mundo jurídico, tanto dentro da esfera jurídica nacional quanto nas relações internacionais, e, portanto, a sua análise.

O investimento estrangeiro desempenha papel muito relevante na ordem econômica internacional e também na economia brasileira. É a relação mais contínua que os agentes privados econômicos estrangeiros possuem com a sociedade na qual se inserem e com a qual passam a coexistir dentro de uma ordem jurídica. Entendemos que atrair investimentos estrangeiros é benéfico aos países, e que as instituições desempenham papéis fundamentais nesse processo. Se as instituições são confiáveis, combinadas com outros elementos como mercado potencial, por exemplo, atraem investimentos interessantes; se enfrentam a corrupção, se asseguram liberdades e reduzem custos de transação, se se transformam em ambientes de estímulo aos melhores negócios que apostam em inovação e em liberdade do consumidor como ferramenta de sucesso, os Estados podem criar ecossistemas de desenvolvimento econômico de base inovadora que melhoram a vida dos indivíduos. Investimentos estrangeiros podem atrair novas tecnologias e estimular as economias locais, e em uma economia global ser competitivo tecnologicamente é crucial.

O Brasil tem uma Constituição que norteia todo o seu sistema jurídico com forte ênfase em aspectos econômicos. Os investimentos estrangeiros estão inseridos no mesmo contexto de monopólios estatais, e ainda sobre estes investimentos algumas restrições adicionais são impostas. Os estrangeiros tanto quanto os brasileiros não podem concorrer com a União quanto aos Correios, por exemplo, mas também não podem controlar empresas em alguns setores nem ocupar alguns cargos, mesmo em empresas privadas, por expressa disposição constitucional. Contudo, não seria correto afirmar que a estrutura regulatória brasileira é contrária ao investimento estrangeiro em sentido *lato*, especialmente pelas políticas de laços estabelecidas por grupos empresariais que incluem estrangeiros, bem como

aqueles que investem independente destes relacionamentos.

Ainda, pontuamos que os aspectos constitucionais que asseguram liberdades individuais e até direitos positivos de contraprestação estatal se beneficiam de um mercado produtivo e eficiente, sendo a livre concorrência mecanismo que atua em benefício do consumidor, inclusive do Estado quando consome bens e serviços para prestar serviços à sociedade, nas hipóteses em que a solução política assim o define. A responsabilidade de segurança, por exemplo, tem íntima relação com a capacidade tecnológica disponível e quanto mais acesso a essa tecnologia mais interessante pode ser para o Estado, que enfrenta escolhas trágicas quando executa seu orçamento.

Os princípios econômicos bem como os fundamentos e objetivos constitucionais permitem a interação econômica com os agentes privados nos termos constitucionais. Para entendermos como a interpretação da regulação econômica ocorre hoje se faz necessário compreender a história da interpretação jurídica e política no Brasil: para nós, embora entendamos que a nomenclatura seja imperfeita pois falta liberdade para a consecução do capitalismo mais plenamente, a proposta de capitalismo orientado de FAORO explica essa trajetória de intervenção em favor dos amigos do rei (figuras políticas da alta administração pública). Essa relação simbiótica entre alguns agentes do Estado e alguns agentes privados criou espaços para que interpretações favoráveis ao intervencionismo ganhassem força, ao ponto de que existem aqueles que defendem até mesmo a casuística como mecanismo de promoção de políticas econômicas desenvolvimentistas.

A Constituição não é imutável. Recentemente inseriu-se a exigência constitucional do Estado promover a inovação, mas não abriu-se mão dos princípios da moralidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Em paralelo a isto, a nova economia que surge calcada na inovação tecnológica exige novas respostas regulatórias, e abre espaço para a construção de interpretações que harmonizem a nova economia com a sociedade brasileira. E nesse novo contexto de informação, cooperação e participação, não apenas as empresas pressionam por soluções, mas a população, alicerçada no seu direito de escolha, também participa desse processo. O conflito entre inovação e intervenção se aflora cada vez mais e exsurtem indagações que põe em xeque a estrutura regulatória do país: porque o Estado pode coercitivamente arrancar recursos da população para subsidiar empresas próximas aos governantes, analisadas caso a caso? O interesse nacional, historicamente analisado quanto à regulação do investimento estrangeiro, é o interesse das empresas nacionais ou o interesse dos nacionais? Entendemos que há espaço na Constituição para as interpretações que o passado tem oferecido à economia brasileira, mas que a estrutura vigente

que defende o interesse nacional como faculdade à administração pública de defender empresas de determinados setores econômicos é uma das interpretações jurídicas, talvez, possíveis, mas não é a única, e a nosso ver, nem a mais adequada para os novos rumos econômicos e sociais que o mundo toma; não buscamos aqui disputar todo o passado, mas defendemos que há outras opções interpretativas mais adequadas e eficientes para o desenvolvimento da sociedade, parte delas inclusive já positivadas no Brasil.

A nova economia não é um setor, mas uma cumulação de fenômenos econômicos de alta capacidade tecnológica e enorme impacto social. A indústria 4.0, as organizações exponenciais e a economia de compartilhamento, sem prejuízo de outras novidades que surjam, contribuem para que muito mude, desde as relações trabalhistas até as relações consumeristas, passando por toda a cadeia produtiva, em uma perspectiva de escala mundial, forte no uso da internet e da inteligência compartilhada da mineração de dados eletrônicos com a exigência de seres humanos cada vez mais capacitados.

A regulação do investimento estrangeiro brasileiro ainda está orientada para a sociedade industrial e material, enquanto estamos ingressando no mundo pós-industrial e digital. Esses hiatos vêm exigindo reformas regulatórias, e quando não as percebemos adequadas, o Judiciário, cada vez mais exigido, age. De outra banda, há também reação contrária à inovação, também tentando barrar a inovação para a manutenção do *status quo* de alguns segmentos econômicos, no próprio Judiciário, em especial de alguns temas mais específicos, como o Judiciário trabalhista versus a “uberização econômica”. Não há uniformidade institucional no Judiciário brasileiro, entretanto há elementos que começam a construir definições. Essas definições quando ultimadas serão fundamentais para encontrar soluções sociais, sem prejuízo de que o executivo e o legislativo cumpram seus papéis.

Na tradição político-jurídica brasileira a captura regulatória tem importante papel. Nem toda legislação de intervenção econômica necessariamente é captura, mas as legislações brasileiras parecem, muitas vezes consciente e outras, quiçá, inconscientemente, criar espaços para defesa de grupos de interesse em detrimento da sociedade. Os casos difíceis deverão ser enfrentados à luz dos princípios constitucionais e dos deveres do Estado, assegurando as liberdades individuais mas sem com isso criar novas castas de privilegiados pela força coercitiva. Não estamos com isso defendendo a perfeição da Constituição, mas a dizer que embora possa se sustentar que é salutar uma nova Constituição, ou aprofundar reformas nesta para aprimorar as instituições pátrias, mesmo na que está vigente há elementos que permitem, e a nosso ver exigem, em especial pela Emenda Constitucional n.º 85/2015, mudanças interpretativas que encaminham o Brasil para se beneficiar da nova economia, inclusive por

meio da atração de investimentos estrangeiros saudáveis ao mercado. O caso Uber, e outras plataformas como o Airbnb e decisões judiciais sobre o Whatsapp, bem como novidades legislativas como o Marco Civil da Internet são exemplos da atualidade do tema.

Ao adentrarmos na conceituação de interesse nacional propriamente dito, reconhecemos que este é um conceito historicamente ambíguo e contraditório. Qualquer conceituação sobre interesse nacional está aberta a críticas, posto que não há consenso suficiente para a unanimidade.

Uma das perguntas fundamentais para definir o que seja o interesse nacional é definir “quem somos”. Essa é uma das questões institucionais que a tradição jurídica brasileira respondia com alguma ambiguidade, mas defendendo a intervenção econômica do Estado, e em especial em benefício de algumas empresas controladas por nacionais, por vezes com laços com grupos estrangeiros, em uma busca por proteção da industrialização.

Visitamos brevemente diferentes modelos teóricos, bem como modelos de diferentes países, e não encontramos nenhum modelo de interesse nacional que possa ser perfeitamente transplantando para o Brasil. Na nossa perspectiva, embora alguns modelos sejam eficientes, esbarram em algumas molduras constitucionais que possuímos.

Ao responder a primeira pergunta do “quem somos” por meio de afirmar que somos um conjunto de indivíduos brasileiros com liberdades constitucionais garantidas, que não podemos discriminar os estrangeiros para além do exposto na Constituição Federal, estamos nos opondo a uma tradição jurídica, colocando os indivíduos nacionais antes das empresas nacionais para fins de regulação do investimento estrangeiro. Isso, a nosso ver, funciona como um escudo que defende a impessoalidade necessária para a promoção de uma regulação econômica sobre investimentos estrangeiros que seja eficiente e harmônica com a governança da nova economia.

Nos parece que há na própria Constituição Federal os indicativos suficientes e necessários para a construção de um conceito de interesse nacional propositivo que sirva para nortear a conciliação entre a Constituição e a nova economia, servindo como base para regulação do investimento estrangeiro: observados os princípios da administração pública, os princípios que regem as relações internacionais, os princípios da ordem econômica, e o dever de fomentar a inovação inclusive nas empresas, e respeitando as liberdades individuais garantidas constitucionalmente e os respectivos deveres, interesse nacional é a soma dos interesses dos nacionais nas suas buscas individuais ao desenvolvimento econômico e à vida digna, em uma sociedade livre, justa e solidária, visando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, promovendo o bem de todos sem nenhuma forma de discriminação.

Esse conceito é abrangente o suficiente para não limitar mais do que o necessário o arcabouço institucional da nova economia, que serve para basear a lei que disciplina o investimento estrangeiro, e se organiza para garantir as liberdades e os objetivos constitucionais que estão cristalizados na Constituição, obrigando que as restrições e os subsídios que intervêm nos princípios econômicos precisem ser mais do que meramente aprovados por maioria simples no Congresso Nacional, ou outras casas parlamentares. Em alguma medida, impõe alguma mutação na tradição jurídica pátria, mas ainda deixa com amplitude jurídica suficiente para alguma margem de definição política própria da democracia pluripartidária. A forma como interpretamos isto nos parece estar alinhado com parcela significativa da doutrina, se servindo de alguns pontos importantes de muitos pesquisadores, mas é uma visão otimista do modelo capitalista alicerçado em liberdades, empreendedorismo, inovação tecnológica como desenvolvimento econômico, responsabilidade fiscal, efeitos benéficos da concorrência, redução de arbitrariedades dos agentes públicos e dos monopólios como ferramentas de combate a corrupção, mercado e sistema de preços, buscando a harmonia entre a nova economia e a Constituição Federal em um prisma do princípio de impessoalidade e eficiência que norteiam o agir público. E exatamente por escolher estas, que parecem ao autor, virtudes abre-se caminho para uma série de críticas pertinentes e de escolhas, por vezes difíceis e/ou trágicas, a serem realizadas.

Vemos indícios em decisões no Poder Judiciário de que a visão ora apresentada encontra eco na construção das futuras regulações econômicas, bem como, embora o agir do governo ainda não contemple a visão ora proposta, documentos oficiais apontam para a necessidade de uma regulação que observe elementos trazidos para esta construção conceitual sobre o papel do Estado na harmonização da regulação econômica com a inovação, em um ambiente desta nova economia.

Estamos certos da constitucionalidade da nossa proposta, e isto é básico para sua validade. Mas como temos uma textura aberta no texto constitucional, é possível que outros vieses prevaleçam, desde que fundamentados na Constituição. A proposta de uma mutação de um conceito constitucional é válida no ordenamento jurídico brasileiro, mas sua eficácia somente será mensurada mediante uma resposta dos fatos. A definição da atualização do conceito de interesse nacional para conciliação da nova economia com a Constituição Federal não se perfectibiliza apenas na academia e somente terá totalidade do seu impacto social se utilizada como instrumento para a regulação econômica, algo que somente o tempo poderá comprovar.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron. *Political economy lecture notes*. Disponível em <economics.mit.edu/files/8753> . Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Trad.: SERRA, Cristiana. Rio de Janeiro: Elsevier Campus, 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA – ANCINE. Relatório de consulta pública sobre a notícia regulatória sobre a comunicação audiovisual sob demanda e recomendações da ANCINE para uma regulação da comunicação audiovisual sob demanda. Disponível em <<http://www.ancine.gov.br/sites/default/files/Vod%20Documento%20P%C3%BAblico%20Final%20v3.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2016

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 3ª ed. Trad.: HECK, Luis Afonso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. São Paulo: Ltr, 1998.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Painel “Internet das normas: quais discussões tem sido objeto de debates jurídicos no Brasil”. II Congresso Brasileiro de Internet, promovido pela Abranet – Associação Brasileira de Internet. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150925-01.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, v. 271, pp. 409-416, jan/abr, 2016.

ANTONIALI, Dennys; CRUZ, Francisco Brito. Privacidade e internet: desafios para a democracia brasileira. *Ensaio democracia digital*. 2017. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Privacidade_e_internet_Desafios_para_a_Democracia_Brasileira.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

APPLEBY, Joyce. *The relentless revolution: a history of capitalism*. Nova York: WW Norton & Company, 2011.

ARROW, Kenneth. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 1962.

ARROW, Kenneth. Increasing returns: historiographic issues and path dependence. *The European Journal of the History of Economic Thought*, v.7, n.2, p.171-180, 2000.

ARROW, Kenneth. Path dependence and competitive equilibrium. In: GUINNANCE, T.; SUNDSTROM, W. A.; WHATLEY, W. C. (Eds.). *History matters: essays on economic*

growth, technology, and demographic change. Stanford, CA: Stanford University Press, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARBIERI, Fábio. *A economia do intervencionismo*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

BARBOSA, Leonardo Garcia. Restrições ao exercício de empresa por estrangeiro. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 349-364, jul./set. 2013.

BARLOW John Perry. Declaração de independência do ciberespaço. *Fórum Econômico de Davos*. 1996, Suíça. Disponível em < <https://www.eff.org/cyberspace-independence>>.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 222, out./dez. 2000.

BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Trad.: LEVY, Eduardo. Barueri: Faro Editorial, 2016

BASTIAT, Frédéric. *Frédéric Bastiat*. Trad: LEGEY, Ronald. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BESSANT, John; TIDD, Joe. *Inovação e empreendedorismo*. Trad.: BECKER, Elizamari; PERIZOLLO, Gabriela; CUNHA, Patrícia Lessa Flores. Porto Alegre: Bookman, 2009.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. *Regulação sem o Estado*. Trad. NOGUEIRA, Vera. Rio de Janeiro: IL, 2000. p. 24-25.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad: SOLON, Ari Marcelo. São Paulo: Edipro, 2014

BORJA, Celio. O capital estrangeiro no direito brasileiro. *Revista do advogado*, v. 26, n. 88, p. 32-43, nov. 2006.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A Crise do Estado*. São Paulo: Nobel, 1992, pp. 147-161.

BRANT, Robert. Reforma trabalhista, uma mudança estratégica. *Jornal O Estado de São Paulo*. 08 de julho de 2017. Disponível em < <http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,reforma-trabalhista-uma-mudanca-estrategica,70001881644>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria geral da presidência. *Uma agenda de produtividade: o desenvolvimento como interesse público*. Novembro de 2017. Disponível em

< http://www.secretariageral.gov.br/relatorio_conjuntura_2-final_x1a_revisado-sem-marcas-de-corte.pdf> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUCHANAN, James M. A public choice approach to public utility pricing. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (Orgs.). *Theory of public choice: political applications of economics*. Michigan University Press: Ann Arbor, 1972, pp. 153-167.

BUCHANAN, James M. Politics without romance: a sketch of positive public choice theory and its normative implications. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 11-22.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. *Curso elementar de direito econômico*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2014.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. Norton, New York, 1978.

CANO, Wilson. *Economia e sociedade*. Campinas, n. 21, pp. 831-851, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Parecer. 26 de outubro de 2015. Disponível em < <https://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

CAPRIOLI, José Mário. *Azul: crescimento acelerado*. CEO Fórum Amcham Porto Alegre. Porto Alegre, 26 de junho de 2017.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Pensadores que inventaram o Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

CARDOZO, José Eduardo Martins. Prefácio. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Inovação, cooperação e concorrência: desafios para a política antitruste no Brasil*. São Paulo. 2015. (Tese de doutorado – Programa de pós-graduação em direito econômico, financeiro e tributário), faculdade de direito, Universidade de São Paulo.

CASTELLAR, Armando. Campeões nacionais. *Jornal Valor Econômico*. 01 de fevereiro de 2013.

CASTELAR PINHEIRO, Armando; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Trad.: ARAÚJO, Luiz Antônio Oliveira de. São Paulo: Unesp, 2004.

CHIMNI, B. S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. In: ANGHIE, Antony; CHIMNI, Bhupinder S.; MICKELSON, Karin; OKAFOR, Obiora. *The Third World and International Order: Law, Politics and Globalization*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2003, p.

47-73.

CHRISTENSEN, Clayton. *The innovator's dilemma: when new technologies cause great firms to fail*. Boston: Harvard Business School Press, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. A defesa da livre concorrência na Constituição de 1988. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, e empresarial*. N.º 70, out/dez, 1994, pp.101-111.

COMIN, A. A.; MATTOS, P. T. L.. *Remando contra a maré: novo desenvolvimentismo e interesse nacional - Entrevista com Luiz Carlos Bresser-Pereira*. Plural (USP), 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista: para compreender o mundo em que vivemos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 403-428.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE. *Transporte e economia – transporte aéreo de passageiros*. Brasília: CNT, 2015.

CONTRERA, Flavio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. *Revista de estudos internacionais*, v. 6, pp. 178-195, 2015.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Salomon's knot: how can law end the poverty of nations*. Princeton University Press: Princeton, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Trad: SANDER, Luis Marcos; COSTA, Francisco Araújo da. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul: uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos? *Revista Brasileira de Política Internacional*, nº 2, Brasília, Jul./Dez. 2006. V 49. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292006000200004&script=sci_arttext>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

COSTA, José Augusto Fontoura da. *Proteção internacional do investimento estrangeiro no Mercosul*. Florianópolis: GEDAI, 2013.

COTS, Márcio. Promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso como objetivos da regulamentação do uso da internet no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 274- 293.

COUTINHO, Diogo. *Direito, desigualdade e desenvolvimento* São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Francisco Brito. *Direito, democracia e cultura digital: a experiência da elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. São Paulo. 2015. (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito da Universidade de São Paulo.

DIAS, Bernardete Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e no direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EDELMAN, Benjamin. Uber can't be fixed – it's time for regulators to shut it down. *Harvard Business Review*. 21 de junho de 2017. Disponível em < <https://hbr.org/2017/06/uber-cant-be-fixed-its-time-for-regulators-to-shut-it-down>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Trad: MOROSINI, Fabio (Coord.). São Paulo: Direito GV, 2013.

ESTEVES, Luis Alberto. *Rivalidade após entrada: o impacto imediato do aplicativo Uber sobre as corridas de táxi porta-a-porta*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Brasília, 2015. Disponível em < <http://www.cade.gov.br/noticias/rivalidade-apos-entrada-o-impacto-imediato-do-aplicativo-uber-sobre-as-corridas-de-taxi.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

FADDA, Fernanda. Regime constitucional e legal dos investimentos estrangeiros no Brasil. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). *Direito internacional dos investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 395-423, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, Florestan. *A Revolução Burguesa no Brasil*. São Paulo, Zahar, 1981.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Altas, 2003.

FERREIRA, Luciano Vaz. A corrupção nos negócios internacionais: o problema do controle do suborno praticado por empresas transnacionais e seus reflexos no Brasil. In: MOROSINI, Fabio Costa (Coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 293-311.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIANI, Ronaldo. Afinal, a quais interesses serve a regulação? *Economia e sociedade*. Campinas, v. 13, n.º 2, p.81-105, jul/dez, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FIORI, José L. O xadrez chinês. *Valor Econômico*. São Paulo, 26 de outubro de 2011.

FONSECA, Pedro C. D.. Desenvolvimentismo: a Construção do Conceito. In: Calixtre, A. B.;

Biancarelli, A. M.; Cintra, M. A. C.. (org.). *Presente e Futuro do Desenvolvimento Brasileiro*. 1 ed. Brasília, 2014, p. 29-78.

FONSECA, Pedro C. D.. Keynes: o liberalismo econômico como mito. *Economia e Sociedade*. Campinas, v. 19, n. 3 (40), pp. 425-447, dez. 2010.

FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São, Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

FRANCO, Gustavo. Celebrando a convergência. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomsom, 2005, pp.11-14.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Livre para escolher*. Trad. Ligia Filgueiras. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Trad. RODRIGUES, Aulyde. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

FURTADO, Celso. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 32ª ed. São Paulo: Companhia editora nacional, 2005.

FURTADO, Celso. *Ensaio sobre a Venezuela: subdesenvolvimento com abundância de divisas*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha. *A proteção jurídica dos investimentos brasileiros no exterior*. (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade de São Paulo, 2015.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GARCIA, Augusto Teixeira. Investimento directo em África: algumas breves notas. In: DAN, Wei; JONA, Orquídea Massarongo. *Questões jurídicas contemporâneas relativas ao comércio e investimento China-África*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 21-28.

GEORGE, Alexander L.; KEOHANE, Robert. The concept of national interests: Uses and limitations. In GEORGE, Alexander L. *Presidential Decision making in Foreign Policy*. Boulder: Westview, 19080, pp. 217-238.

GIANNETI DA FONSECA, Eduardo. *O futuro da democracia*. Fórum da Liberdade. Porto Alegre, 10 de abril de 2017.

GOLDENSTEIN, Ligia. 4ª revolução industrial: impactos no emprego e na educação. *Revista interesse nacional*. Ano 10, n.º 9, pp. 30-33, nov/2017-jan/2018.

- GONÇALVES, Reinaldo. *Globalização e desnacionalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2006
- GRAU, Eros. Comentário ao artigo 172. In: CANOTILHO, J. J.Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SALET, Ingo; STRECK, Lenio. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 12712.
- GRÓCIO, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Trad: MIORANZA, Ciro. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.
- GUDIN, Eugênio. Produtividade. *Revista Brasileira de Economia*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 9-70, set. 1954.
- GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. *Estudos avançados*. vol.14, nº.39, São Paulo, Mai/Aug, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Trad.: WERLE, Denilson. São Paulo: Unesp, 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia pública do interesse público*. Curitiba. 2011 (Dissertação de mestrado). Faculdade de direito, Universidade Federal do Paraná
- HALLIDAY, Terence C.; SHAFFER, Gregory Shaffer. *Transnational legal orders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad.: OLIVEIRA, Hiltomar. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução SETTE-CÂMARA, Antônio de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- HAYEK, Friedrich A. *Direito, legislação e liberdade: norma e ordem*. Trad. BORGES, Maria Luiza, São Paulo: Ed. Visão, 1985.
- HAYEK, Friedrich A. *O caminho da servidão*. Trad.: CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José; RIBEIRO, Liane de Moraes. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.
- HAYEK, Friedrich A. *Os Fundamentos da Liberdade*. Trad. CAPOVILLA, Ana Mara; STELLE, José. São Paulo: Ed. Visão. 1983.
- HAYEK, Friedrich A.. The use of knowledge in society. *American economic review*. V. XXXV, n.º4, pp. 519-530, setembro, 1945.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou a matéria, a forma e o poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad: D'ANGINA, Rosina. São Paulo: Ícone, 2008.

HOLMES JR, Oliver Wendell. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 457. 1897. Disponível em < http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/sfuller/social_theory_law_2015-16/oliver_wendell_holmes_oliver_holmes_the_path_of_law.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York, Norton, 2000.

HORN, Mavroidis *et al.* *Beyond the WTO? Anatomy of EU and US preferential trade agreements*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1411066>. 2009.

HOWALDT, Jürgen. 4ª revolução industrial: consequências para o mercado de trabalho e para a sociedade. *Revista Brasil-Alemanha de Inovação* n.º, pp. 31-32, 2016.

HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatória - horizonte e fronteira do comercio internacional*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 87, p. 213-235, 1992.

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

HUNTINGTON, Samuel P. The erosion of American national interests. *Foreign Affairs*. v. 76, pp. 28-49, 1997.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. *Mudança demográfica no início do século XXI: subsídios para as projeções da população*. Rio de Janeiro: IBGE, 2015. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Brasil 2035: cenários para o desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2017.

IOTTI, Luiza Horn. *Imigração e colonização: legislação de 1747 a 1915*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Estado do RS, 2001.

IRIBURE JÚNIOR, Hamilton da Cunha. A liberdade na contratação dos negócios promovidos na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 216- 239.

ISMAIL, Salim. *Organizações exponenciais*. Trad.: YAMAGAMI, Gerson. São Pulo: HSM Editora, 2015.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Mercosul e a liberdade de concorrência. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; NOGALES DE SANTIVÁÑEZ, Emma (Orgs.) *IX Encuentro Internacional de derecho de América de Sur: los procesos de integración en el nuevo milênio*. La Paz: Universidade Católica Boliviana, 2000.

JAEGER JUNIOR, Augusto. Para uma quinta liberdade econômica fundamental. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* (UFRGS), Porto Alegre, v. 2, p. 149-168, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras independentes. São Paulo: Dialética, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad.: LEITE, Cássio. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad.: BORGES, Luis Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KENNEDY, David. Law and political economy of the world. *Leiden Journal of International Law*. 2013, (26), pp. 7-48

KERR, Sari Pekkala; KERR, William. Immigrants play a disproportionate role in American entrepreneurship. *Harvard Business Review* 03 de outubro de 2016. Disponível em < <https://hbr.org/2016/10/immigrants-play-a-disproportionate-role-in-american-entrepreneurship> >. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

KEYNES, J. M. *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1978.

KEYNES, J. M. *A teoria geral do emprego, do juro e do dinheiro*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

KHALDUN, Abd Ar Rahman bin Muhammed ibn. *The Muqaddimah*. Trad. ROSENTHAL, Franz. 1377. Disponível em < https://asadullahali.files.wordpress.com/2012/10/ibn_khaldun-al_muqaddimah.pdf >. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The emergence of global administrative law*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692628>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

KLÄGER, Roland. *“Fair and equitable treatment” in international investment law*. Nova York: Cambridge University Press, 2013.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1988.

KRUEGER, Anne. The political economy of the rent seeking society. *The American economic review*. V. 64, n.º 3, jun. 1974, pp. 291-303.

LANDE, Robert. *Consumer choice as the best way to recent the mission of competition law*. 2010. Disponível em < <http://ssrn.com/abstract=1624885>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

LAZZARINI, S. G. *Capitalismo de laços: os donos do Brasil e suas conexões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEITE, Glauco. “Os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionado à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 240-247.

LEMOS, Ronaldo. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 3-11.

LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *A nacionalidade da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Revista brasileira de estudos políticos, 1963.

LIST, Georg Friedrich. *Sistema nacional de economia política*. Trad.: CURY, Antonio. São Paulo: Abril, 1983.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad.: FISCHER, Julio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHAVA, Almeida. A estratégia da China para África e a integração económica do continente africano. In: DAN, Wei; JONA, Orquídea Massarongo. *Questões jurídicas contemporâneas relativas ao comércio e investimento China-África*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 175-196

MARKTANNER, Marcus; WINTERBERG, Jörg. Consenso de Washington x Economia Social de Mercado. *Diálogo Político*. v. 26, pp. 99-131, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Claudia Lima; KLEE, Os direitos do consumidor e a regulamentação do uso da internet no Brasil: convergência no direito às informações claras e completas nos contratos de prestação de serviços na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 469-516.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras; Uber, Whatsapp, Netflix, quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Jota. Info, p. 1 - 8, 26 jan. 2016. Disponível em <<http://www.cesst.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/26/2016/05/uber-whatsapp-netflix-floriano.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Proibição legal para que empresas privadas especializadas em segurança, serviços de vigilância e de transporte de valores sejam constituídas por estrangeiros: constitucionalidade da vedação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria

de Andrade (Coord.). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 231-242, jan./mar. 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Uma breve teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTIOLI, Maria Cristina. *Investimentos estrangeiros no Brasil*. Bauru: EDUSC, 1999.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Technology, jobs and the future of work. Fevereiro de 2017. Disponível em <<http://www.mckinsey.com/brazil/our-insights/technology-jobs-and-the-future-of-work/pt-br>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

MCKLOSKEY, Deirdre. *Bourgeois equality: how ideas, not capital or institutions, enriched the world*. Chicago: University of Chicago Press, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limite entre interpretação e mutação: análise sob a ótica da jurisdição constitucional brasileira. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS, Carlos Blanco de. (Orgs.). *Mutações constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 175-255.

MENDONÇA DE BARROS, José Roberto. JBS: vale a pena um campeão nacional? *Estadão*. 07 de novembro de 2010. Disponível em < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,jbs-vale-a-pena-um-campeao-nacional-imp-,636021> >

MERCADANTE, Aloizio. *As bases do novo desenvolvimentismo no Brasil: análise do governo Lula (2003-2010)*. Campinas. 2010. (Tese de doutorado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas.

MISES, Ludwig von. *Intervencionismo, uma análise econômica*. Trad: STEWART JUNIOR, Donald. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad.:MURACHCO, Cristina. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Lauro Escorel de. *O conceito de interesse nacional e a responsabilidade de diplomacia brasileira*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 03 de março de 1986. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67074>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

MORGENTHAU, Hans - What Is the National Interest of the United States?. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*. vol. 282, julho de 1952, p. 1-7.

MORGENTHAU, Hans J. Another Great Debate: The National Interest of the United States. *American Political Science Review*, 46, 961-988, 1952.

MOROSINI, Fabio Costa (Coord.). *Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 2017

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. ACFI: o que está por trás desta inovação regulatória? *Pontes entre o comércio e o desenvolvimento sustentável*. v. 12, n.º 1, pp. 9-12, março, 2016.

MOROSINI, Fabio Costa.; BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *Reconceptualizing international investment law from the global south*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michelle Rattón Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. A regulação de investimentos entre Brasil e Angola: condicionantes internos, contexto internacional, e a construção de acordo de cooperação e facilitação de investimentos. *Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*.v.5, n. 9, jan/jun 2016, pp. 222-248.

MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Rattón Sanchez; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. O ACFI face a determinantes históricos de regulação sobre investimentos estrangeiros em Angola e Brasil. In: MOROSINI, Fabio; BADIN, Michele Rattón Sanchez. *A nova diplomacia econômica nas relações Brasil-Angola: desvendando instrumentos políticos, jurídicos e econômicos*. Brasília: IBDC, 2017, pp. 71-93.

MOROSINI, Fabio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. Corrupção e investimento estrangeiro. In: *Interação*. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013, v. 4, n.º 4, jan/jun, pp. 59-81.

MOROSINI, Fabio Costa; XAVIER JUNIOR, E. C. . Regulação do investimento estrangeiro direto no Brasil: da resistência aos tratados bilaterais de investimento à emergência de um novo modelo regulatório. *Revista de Direito Internacional*, v. 2, p. 421-447, 2015.

MORRETI, Enrico, *The new geography of jobs*. Mariner Books, 2012

MOTONAGA, Alexandre Akio. *O interesse nacional na ótica da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. 2010. (Tese de doutorado). Faculdade de ciências sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

MOYEN, Yves. *Transformação digital e o impacto nos negócios*. Ciclo 2030 Amcham Porto Alegre. Porto Alegre, 28 de março de 2017.

MUHLINSKI, Peter. *Multinational enterprises & the law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. Livre concorrência e promoção do desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2006, pp. 87-140.

NETTO, Vladimir. *Lava Jato: o juiz Sergio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NORTH, Douglass. C. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*. Vol. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NYE JR, Joseph. *Compreender os Conflitos Internacionais*. Lisboa: Gradiva, 2002.

OLSON, Mancur. *The rise and decline of nations: economic growth, stagflation, and social rigidities*. Yale University Press: New Haven, 1982.

ORFORD, Anne. *International authority and the responsibility to protect*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. São Paulo Consensus. 25 de junho de 2004. Disponível < http://unctad.org/en/Docs/td410_en.pdf > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA AGRICULTURA E ALIMENTAÇÃO – FAO. Perspectivas agrícolas no Brasil: desafios da agricultura brasileira 2015-2024. 2015. Disponível em <<http://www.fao.org.br/download/PA20142015CB.pdf>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3º ed. Trad: Financiadora de estudos e projetos – FINEP, 1997, p. 55. Disponível em <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Relatórios Econômicos da OCDE – Brasil. Novembro de 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/eco/surveys/Brasil-2015-resumo.pdf> > Acessado em 20 de dezembro de 2017.

OSTRY, Jonathan; LOUNGANI, Prakash; FURCERI, Davide. Neoliberalism: Oversold? *Finance & development*. V. 53, n.º 2, junho, 2016, disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>>. Acessado em 20 de dezembro de 2017..

PASSOS, Pedro Luiz. Um novo caminho para a indústria. *Revista interesse nacional*. Ano 10, n.º 9, pp. 9-18, nov/2017-jan/2018.

PELTZMAN, Sam. The economic theory of regulation after a decade of deregulation. *Brooking Papers on Economic Activity* 1989: Microeconomics. Washington, DC: The Brooking Institution Press, 1989.

PERRONE, Nicolas Marcelo. *The international investment regime and foreign investor's rights: another view of a popular history*. Londres, 2013. London School of economics and political science.

PISTONO, F. *Robots will steal your job but that's ok: how to survive the economic collapse and be happy*. CreateSpace Independent Publishing, 2012.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown, 1977.

POSNER, Richard. Hayek, law and cognition. *New York University Journal of law & Liberty*. V. 1, n.º 0, pp. 147-166, p. 149, 2005.

POSNER, Richard. Taxation by regulation. *The bell journal of economics and management science*. V.2, n.º 1, primavera, 1971, p. 22-50.

RABELLO DE CASTRO, Paulo. *O mito do governo grátis: o mal das políticas econômicas ilusórias e as lições de 13 países para o Brasil mudar*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014.

RAGAZZO, Carlos. *Regulação Jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Renovar: Rio de Janeiro, 2011.

RAND, Ayn. *The virtue of selfishness*. Nova York: Penguin, 1961.

REALE JÚNIOR, Miguel. A ordem econômica na Constituição. *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, 12/134-142, 1995.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga tributária do Brasil em 2015: análise por tributos e bases de incidência. Brasília, setembro de 2016. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf>> Acessado em 20 de dezembro de 2017.

RIBEIRO, M. R. S.. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. p. 455-492. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

RIFKIN, Jeremy. *The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons and the eclipse of capitalism*. Palgrave Macmillan Trade, 2014.

RODRIGUES, José Honório. *Interesse nacional e política externa*. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 1966.

RODRIK, Dani. The global governance of trade as if development really mattered. New York: United Nations Development Programme, 2001.

RODRIK, Dani. *The globalization paradox: democracy and the future of world economy*. Nova York: W. W. Norton Company, 2011.

ROPKE, Wilhelm. *A Humane Economy: The Social Framework of the Free Market*. EUA: Institute for philosophical and historical studies, 1960.

ROSE-ACKERMAN, Susan; TOBIN, Jeniffer. *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*. Yale Law School: Center for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

ROSSI, Matheus. *Análise do capital estrangeiro na perspectiva da ordem econômica da constitucional brasileira*. São Paulo. 2009. (Dissertação de mestrado), Faculdade de direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SAFATLE, Claudia; RITTNER, Daniel. Xi rejeita hegemonia e quer mais atuação em questões globais. *Valor Econômico*. São Paulo, 14 julho de 2014.

SARLET, Ingo. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 23-117.

SARMENTO, Daniel. *Parecer: Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o caso Uber*. Rio de Janeiro. 10 de julho de 2015. Disponível em <<http://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/07/Parecer-Uber-vers%C3%A3o-assinada.pdf>>.

SCHLEE, Paula C. . Investimento Internacional e Desenvolvimento. In: BARRAL, Welber O. (Org.). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005, p. 259-288.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Abril Cultural, 1911.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1942.

SCHWAB, K. *A quarta revolução industrial*. World Economic Forum. São Paulo: Edipro, 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das letras, 2000.

SENGUPTA, A. The right to development as a Human Right. François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. Harvard School of Public Health. 2000c. Disponível em: < www.harvardfxbcenter.org/resources/working.../FXBC_WP7--Sengupta.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

SILVA, Américo Luis Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no direito internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Trad.: LIMA, Norberto de Paula. São Paulo: Hemus, 2008.

SORNARAJAH, M. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

SOUZA, Adriana Cerqueira; NUNES JÚNIOR, Vidal. Livre-iniciativa, livre-concorrência, defesa do consumidor como fundamentos do marco civil. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp 105-109.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Capitais estrangeiros: regime jurídico e modelo econômico. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 26/27, 1983-1984, pp. 112-184.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *The bell journal of economics and management science*. V. 2, n.º 1, primavera, 1971, p.3-21.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STREECK, Wolfgang. *How will capitalismo end? Essays on a failing system*. Estados Unidos: Verso books, 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERA: *A Constituição e o Supremo*. 5ª ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013, pp. 78-79.

TAVARES, Maria da Conceição. *Da substituição de importações ao capitalismo financeiro: ensaios sobre a economia brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. pp. 209-263.

TELÉSFORO, Rachel Lopes. *Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória*. Rio de Janeiro. 2016. (Dissertação de mestrado). Fundação Getúlio Vargas.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

THORSTENSEN, Vera; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. *Coerência e convergência*

regulatória no comércio exterior. 2017. Disponível em <<http://www.camex.itamaraty.gov.br/images/Eventos/ConvRegulatoria/RELATORIO-FINAL-Vol-4---Sintese-e-Concluses.pdf>>.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, inovação e o novo capitalismo. *Jornal Valor Econômico*. 06 de julho de 2017.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a privatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORELLY, Paulo Peretti. O direito e a síntese entre o público e o privado. In: CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas; TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015, pp. 79-144, p. 81.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *Conformação regulatória do mercado de capitais a partir das falhas de mercado : proposta de regulação dinâmica e modulável*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

TROYJO, Marcos. Economia 4.0 ganharia com Plano Marshall tecnológico. Folha de São Paulo, 26 de julho de 2017. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/marcostroyjo/2017/07/1904434-economia-40-ganharia-com-plano-marshall-tecnologico.shtml>> Acessado em 20 dezembro de 2017.

TROYJO, Marcos. O que os chineses querem do Brasil e da América Latina? *Instituto Brasileiro de Executivos de Finanças de São Paulo*. 26 de agosto de 2015. Disponível em <<http://ibefsp.com.br/publicacoes/o-que-os-chineses-querem-no-brasil-e-na-america-latina/>> Acessado em 20 dezembro de 2017.

TROYJO, Marcos. Pouca inovação pereniza Brasil como “potência média”. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 de novembro de 2017.

TULLOCK, Gordon. The backward society: static inefficiency, rent seeking, and the rule of law. In: BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D..(Orgs.). *The theory of public choice – II*. Michigan: Michigan University Press, 1984, pp. 224-237.

UNCTAD – UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2016* . Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_Overview_en.pdf>. Acessado em 20 de dezembro de 2017.

VELLOSO, Leandro. A garantia da aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo na internet. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Orgs.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 607-620.

WALD, Arnold. A evolução do regime constitucional de parceria público-privada e do capital

estrangeiro. *Revista de informação legislativa*. Brasília, v. 45, n. 179, pp.403-410, 2008.

WEI, Shang-Jin. Corruption and Globalization. Brooking policy brief series, n.79, abr. 2001. Disponível em: <<http://www.brookings.edu/research/papers/2001/04/corruption-wei>>. Acessado em: 20 de dezembro de 2017.

WENDT, Alexander. *Social Theory of International Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WILLIAMSOM, Oliver. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1966.

YURCHAK, Alexei. *Everything was forever, untill it was no more: the last soviet generation*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2006.

ZHANG, Liping; SCHIMNASKI, Silvana. Cadeias globais de valor e os países em desenvolvimento. Boletim de economia e política internacional n.º 18, set-/dez, 2014. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_internacional/150310_boletim_internacional18_cap_5.pdf> . Acessado em 20 de dezembro de 2017.