



Lívia Maria Fontenele Meneses

**A FINALIDADE SOCIAL DA EMPRESA: como o
Supremo Tribunal Federal aplica o art. 170 da
Constituição Federal**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob orientação da
Professora Helena Hime
Funari.**

**SÃO PAULO
2022**

Ao meu Pai nos Céus e aos meus pais na Terra, que me guiam à justiça social.

Agradecimentos

Dou graças a Cristo Jesus, nosso Senhor, que me deu forças.

Agradeço a cada uma das pessoas que fizeram parte da minha educação e contribuíram para o desenvolvimento do pensamento crítico, da disciplina e da empatia que me levaram a escrever este trabalho. Todos foram e têm sido essenciais para qualquer contribuição acadêmica e social que eu venha a produzir.

Ao meu pai e à minha mãe, por serem meus melhores amigos, conselheiros e apoiadores. Muito obrigada por tudo: pelo esforço, pelas conversas, pelo apoio, pela educação e pelo caminho traçado em direção à justiça. São as minhas grandes inspirações e a minha maior base.

Aos meus irmãos Levi e Lavínia, que sempre me despertaram curiosidade e vontade de descobrir as respostas para esses enigmas. Agradeço imensamente pela amizade e por poder estar ao lado de suas mentes brilhantes.

Agradeço a toda a minha família pelo amor. Em especial, aos meus avós Maria, Argemiro, Rita e Anísio que enchem o meu coração de alegria.

A todos os meus amigos, por tudo. Aos meus amigos do Piauí pelo apoio de anos. Agradecimentos especiais aos meus amigos José, Eloise, Júlia, Beatriz e Lúcia pela irmandade.

Aos amigos que fiz em São Paulo, pelo acolhimento e afeto. Agradeço aos meus amigos Felipe, Vinícius e Beatriz pelo crescimento conjunto e, principalmente, por sempre estarem ao meu lado. Sem vocês, eu seria outra. Aos meus amigos Arthur, Alberto e Augusto pelo companheirismo e auxílio. Gostaria de agradecer, também, ao meu amigo Thiago por toda a ajuda com esta pesquisa e pela parceria.

A todas as experiências que a Universidade de São Paulo me proporcionou. Agradeço a cada professor, aula e grupo de extensão, nos quais tive a chance de me aprofundar nos estudos e pensar o direito.

Em especial, gostaria de agradecer a três grupos que abriram a minha mente, contribuíram com este trabalho e me forneceram grandes amizades. Ao Grupo de Arbitragem, onde tive o meu primeiro contato com o direito empresarial. Ao Grupo Direito e Pobreza e ao Centro de Estudos em Direito Empresarial, que me fizeram repensar a empresa para fazer valer a justiça social. Obrigada, principalmente, pelas leituras e debates que despertaram as ideias desta pesquisa.

Agradeço ao professor Calixto Salomão Filho, por todos os ensinamentos e reflexões que mudaram a minha perspectiva de o que é e para que serve o direito. Obrigada pela esperança e pelo fôlego de mudança.

À professora Juliana Palma, por poder observar, auxiliar e me apaixonar pela docência, pela academia e pela pesquisa.

À Escola de Formação Pública e à Sociedade Brasileira de Direito Público, pela oportunidade de aprendizado e de formação de vínculos. A experiência nesse espaço de debate e de reflexão foi única e inesquecível. Agradeço à Mariana e ao Jolivê que fizeram tudo isso acontecer. Obrigada a todos os meus amigos de EFp que fiz na trajetória desse ano, levo a Turma 25 com muito carinho no coração.

Dedico meus agradecimentos a quem acompanhou este processo de perto. À minha orientadora Helena, por toda a atenção e dedicação na orientação deste trabalho. Muito obrigada por ter me feito aprender a fazer pesquisa: isso, eu levarei para a vida. À minha tutora, amiga e xará Lívia, por todos os ensinamentos e pelo amparo essenciais não só para esta pesquisa, mas para o meu ano.

Novamente, agradeço a Deus, sempre o princípio e o fim, a quem dedico todo o meu trabalho.

Resumo: Esta monografia investiga como o Supremo Tribunal Federal interpreta o art. 170 da Constituição Federal no controle concentrado de constitucionalidade de normas sobre a atuação empresarial. Propôs-se a analisar a finalidade atribuída à empresa frente ao binômio constitucional entre livre iniciativa e função social da propriedade. Para isso, foi feita uma pesquisa empírica em relação às decisões proferidas pelo tribunal de 1988 a 2022, pelas quais se avaliou a) a relação jurídica entre os princípios da ordem econômica, b) os fundamentos utilizados para decidir sobre a finalidade da empresa, e c) a posição institucional do Supremo no que tange essa matéria. A partir desses dados, percebeu-se que, em geral, interfere-se menos nas normas relativas à atividade empresarial do que em outras. Porém, com a tendência de entrada de ministros na Corte e de decisões mais recentes em favor da proteção da livre iniciativa, esse cenário tem mudado. O Supremo tem tido uma atuação mais forte no mercado, contrariando normas legislativas de garantia à justiça social por meio do uso de argumentos consequencialistas para fazer valer os interesses dos principais requerentes, o empresariado brasileiro.

Palavras-chaves: empresa; atividade empresarial; função social; livre iniciativa; STF.

LISTA DE SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Inc. – Inciso

MC – Medida cautelar

Ref – Referendo

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Julgados analisados

Tabela 2 - Critérios e classificações de análise

Tabela 3 - Posição individual de acordo com o voto em ata

Tabela 4 - Posição individual de acordo com o inteiro teor do voto

Tabela 5 - Posição individual por tema

Tabela 6 - Centralidade da discussão material por ação

Tabela 7 - Interferência quantitativa no Legislativo

Tabela 8 - Interferência percentual no Legislativo

Tabela 9 - Interferência geral no Legislativo

Tabela 10 - Interferência geral no Legislativo federal

Tabela 11 - Requerentes

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Análise individual de acordo com a antiguidade de cada ministro na Corte: posição externada no voto em ata

Gráfico 2 - Análise individual de acordo com a antiguidade de cada ministro na Corte: posição externada na íntegra do voto

Gráfico 3 - Posição do STF a partir da decisão final

Gráfico 4 - Análise coletiva no tempo

Gráfico 5 - Análise coletiva por tema

Gráfico 6 - Composição do STF

Gráfico 7 - Aplicação do teste de proporcionalidade por ministro

Gráfico 8 - Argumentos socioeconômicos por ação

Gráfico 9 - Argumentos socioeconômicos por ministro

Gráfico 10 - Argumentos socioeconômicos no tempo

Gráfico 11 - Interferência no tempo

Gráfico 12 - Interferência por tema

Gráfico 13 - Interferência por subtema

Gráfico 14 - Interferência no federalismo

Gráfico 15 - Legitimidade ativa

Gráfico 16 - Interferência por requerente

Gráfico 17 - Legitimidade ativa no tempo

SUMÁRIO

1. Introdução	11
1.1. Tema desenvolvido e suas limitações	11
1.2. Justificativa de escolha do tema	14
2. Metodologia	16
2.1. Pergunta e subperguntas de pesquisa	16
2.2. Hipóteses iniciais	17
2.3. Método utilizado	17
2.3.1. Seleção dos julgados	17
2.3.2. Seleção e análise dos argumentos	20
3. Pressupostos teóricos	27
3.1. Perspectivas sobre a finalidade da atividade empresarial	27
3.2. O Supremo Tribunal Federal, a empresa e o mercado	29
4. A prevalência da livre iniciativa ou da função social da propriedade	32
4.1. Definições da livre iniciativa e da função social	33
4.2. Análise individual: prevalência no todo, por tema e por período	40
4.3. Análise coletiva: prevalência no todo, por tema e por período	49
4.4. A ausência do “teste de proporcionalidade”	55
5. Os fundamentos utilizados	60
5.1. A centralidade da discussão material para a decisão	60
5.2. A presença de argumentos socioeconômicos	62
6. A posição institucional do STF	70
6.1. A interferência da Corte na produção do Legislativo	70
6.2. A interferência da Corte no federalismo	79
6.3. Legitimidade ativa: a quem interessa a inconstitucionalidade das normas impugnadas	83
7. Considerações finais	89
8. Referências bibliográficas	95
ANEXO	97

1. Introdução

Este trabalho é resultado de uma pesquisa empírica jurisprudencial para entender a finalidade da empresa de acordo com as disposições constitucionais. Neste capítulo, como panorama geral, apresentam-se o tema desenvolvido e suas limitações (1.1) e a justificativa de escolha do tema (1.2).

1.1. Tema desenvolvido e suas limitações

"Da forma como aplicado, o direito parece então fundamentalmente um instrumento de manutenção das estruturas econômicas e sociais existentes. Será esse o seu destino? Não é possível crer em um direito organizador da sociedade e transformador de suas estruturas?"
(SALOMÃO FILHO, 2015, p. 253)

Esta pesquisa tem por objetivo investigar, sob a perspectiva constitucional, a finalidade da empresa frente aos conflitos entre os princípios da ordem econômica do art. 170 da Constituição Federal (CF). A mesma questão pode ser abordada a partir de diferentes agentes e de diferentes instrumentos normativos. Aqui, privilegiou-se analisar a adequação de normas que tutelam a atividade empresarial ao sistema constitucional, de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A empresa, como agente econômico que organiza fatores de produção para a circulação de bens e serviços em mercado¹, é ente cuja tutela não partiu, historicamente, do Estado, mas da autorregulação da classe dos mercadores (a *lex mercatoria*). Orientados pela prática, os comerciantes criaram um direito especial que sujeitava aqueles que praticavam atos relacionados à "matéria de comércio" às regras das corporações e à jurisdição dos tribunais especiais (FORGIONI, 2021, p. 30). Evidentemente, estruturas jurídicas já amparavam as transações econômicas realizadas à época. Com o tempo, no entanto, a empresa passa

¹ Definição trazida no *caput* do art. 966, do Código Civil.

a ser vista como arena de encontro de interesses a serem harmonizados conforme a ordem pública², de tal modo que é desenvolvida a tutela do direito comercial pelo Estado. Nas colônias, esse direito foi transportado e incorporado nos moldes europeus.

Com a tutela estatal da atividade empresarial e com a constitucionalização do direito civil, abriu-se, para a doutrina do direito comercial, uma questão relativa à definição da finalidade da empresa. Em um conceito econômico liberal³, a finalidade da empresa seria fornecer o maior lucro aos acionistas (FRIEDMAN, 1970). Juridicamente, em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 definiu, pela redação do art. 170, qual deveria ser a finalidade da ordem econômica e, portanto, qual seria a finalidade da empresa. Para isso, elencou diversos princípios, dentre eles o da livre iniciativa, um direito individual que parece mais dialogar com a definição economicista, e o da função social da propriedade, um direito social que parece dialogar com o alinhamento ao dirigismo constitucional. Essa relação, é claro, não é consensual: há vertentes que defendem que a autonomia privada deixou de ser um valor em si (BERCOVICI, 2005, p. 143), tendo razão de ser na própria função social. Na redação constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - **função social da propriedade.**

² Por influência do Codice Civile, código civil italiano editado durante o período fascista, o Código Civil de 2002 adotou a mesma linha quanto à tutela da atividade empresarial (FORGIONI, 2021, p. 59).

³ Não se pretende generalizar o que a economia coloca como finalidade da empresa. Afinal, tal como no direito, a economia igualmente se divide em escolas e vertentes de pensamento. Contudo, fala-se de um conceito econômico prevalecente à época de discussão sobre a relação entre empresa, direitos humanos e sustentabilidade. Por isso, destaca-se o conceito norteador pela Escola de Chicago.

O conflito ou a convivência entre os dois princípios são discutidos pelos atores que entram no STF impugnando pela inconstitucionalidade de leis federais e estaduais que tutelam a atividade empresarial. Se, por um lado, o conflito entre princípios ou direitos é tema central do direito constitucional, por outro, a finalidade da empresa é central para o direito comercial repensar o próprio objeto no que tange à sua organização interna e à sua atividade econômica.

Será que realmente tem partido do direito a compreensão da finalidade da atividade empresarial? Parece que a lógica de mercado, economicamente, apenas tem se adaptado aos interesses do público consumidor, não aos da sociedade, coletivamente, como prescreve a Constituição. Na jurisdição constitucional, a atividade empresarial tem sido interpretada seguindo os pedidos de que grupos? Há alguma efetividade na atribuição dessa finalidade jurídica pela Constituição nos casos levados a juízo?

Por isso, cabe entender todas essas questões a partir de um recorte de pesquisa temático, institucional e temporal. Esta pesquisa debruçou-se sobre a aplicação do art. 170 à compreensão da atividade empresarial (recorte temático) pelo Supremo Tribunal Federal (recorte institucional) a partir de 1988 (recorte temporal). Já explicado o recorte temático, explico os recortes institucional e temporal.

Sobre o recorte institucional, pretende-se aqui não compreender a finalidade da atividade empresarial por recursos econômicos ou sociopolíticos (mesmo que possam configurar como fundamentos para o entendimento jurisprudencial), mas por recursos da formulação jurídica, contrastada com a Constituição Federal. Por essa razão, escolheu-se a Corte de jurisdição constitucional para analisar conflitos que perpassam o tema da finalidade da atividade empresarial sob a ótica constitucional, que tenta equilibrar os princípios da "livre iniciativa" e da "função social da propriedade" do art. 170.

Sobre o recorte temporal, três pontos são relevantes: a sociedade técnico-informacional de 1990 a 2022, a nova redação da Constituição Federal e a composição do quadro institucional da Corte. A sociedade técnico-informacional, marcada pelo fim da Guerra Fria e início de uma globalização neoliberal, data uma campo social com maior acesso à informação, marcada por reivindicações quanto aos direitos humanos e à sustentabilidade, mas que caminha ao lado de um processo de neoliberalização da economia, que dá maior ênfase à autonomia privada dos entes econômicos. Esse é um importante marco para compreender se a construção do direito vem acompanhando essa preocupação social e se é pressionada para seguir determinadas linhas de pensamento por quais grupos⁴. A nova redação da Constituição Federal, datada de 1988, permite uma reflexão sobre o dirigismo constitucional presente no art. 170, limitando a partir desse momento essa análise empírica. Por fim, esse é um recorte temporal adequado, que, além de tudo, permite uma análise mais contemporânea da mudança na composição do quadro institucional da Corte. Por isso, a pesquisa parte de 1988 até os casos de 2022.

1.2. Justificativa de escolha do tema

A ordem econômica constitucional é produto de amplos estudos nas áreas do direito constitucional, do direito econômico e do direito financeiro. Isso porque o constituinte optou por constitucionalizar a economia nacional. No plano do direito comercial, há uma discussão incipiente sobre a função social da atividade empresarial que surge, de certo modo, dos impactos da atividade neste estágio do capitalismo e, assim, de uma reflexão sobre empresa e direitos humanos.

No entanto, o cruzamento entre o direito constitucional, o direito econômico e o direito comercial parece ser localizado quando abordado na doutrina. Impressiona, evidentemente, ao passo que a empresa é um dos

⁴ "O objetivo de uma teoria estruturalista do direito assim caracterizada é definir um método amplo que permita (através da elaboração ou identificação de dispositivos declaratórios, como se verá abaixo) a consideração e o sopesamento dos interesses envolvidos pela aplicação do direito" (SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria crítico-estruturalista do direito comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 261.)

componentes mais importantes e impactantes da ordem econômica. Ou seja, a construção jurídica do mercado tem nela uma consequência imediata e um instrumento a ser utilizado.

O art. 170 da Constituição Federal, sobre o qual esta pesquisa se debruça, indica os fundamentos e princípios da ordem econômica, na qual, também, está inclusa a empresa. Assim, o debate do direito comercial ultrapassa preocupações de direito internacional, de ética empresarial e de *compliance* e encontra na ordem constitucional o seu princípio.

O Legislativo, é claro, produz normas infraconstitucionais sobre a atividade empresarial de acordo com a ordem econômica estabelecida constitucionalmente. O STF, contudo, controla a constitucionalidade dessas normas. Aqui, o tribunal constitucional tem uma função além daquelas dos tribunais ordinários, cujas decisões sobre a propriedade e os contratos já impactam o mercado. Efetivamente, o STF decide sobre o que permanece e o que não permanece no sistema jurídico que tutela a atividade empresarial – modifica as bases da atividade e as relações de segurança jurídica.

Por isso, a escolha do tema tem razão de ser na contribuição da pesquisa em tornar possível visualizar como o direito vem atendendo às demandas sociais na atuação privada. Assim, congrega o debate público e a tutela dos particulares a partir do tratamento da empresa sob uma perspectiva publicista.

2. Metodologia

"Words give us theories, but numbers give us sciences." (COMMONS, 1925, p. 371)

Apresentado o tema a ser desenvolvido nesta pesquisa e as razões pelas quais ele foi escolhido, cabe explicar a metodologia adotada para abordar a finalidade da empresa. Este capítulo se subdivide em três subcapítulos: pergunta e subperguntas de pesquisa (2.1), hipóteses iniciais (2.2); e método utilizado (2.3).

2.1. Pergunta e subperguntas de pesquisa

A pergunta de pesquisa que norteou os trabalhos foi:

"Como o Supremo Tribunal Federal decide sobre a livre iniciativa e a função social da propriedade ao interpretar o do art. 170 da Constituição Federal quanto à atividade empresarial?"

Para responder a essa questão, foi necessário endereçar as seguintes subperguntas:

- a) Quanto à prevalência da livre iniciativa ou da função social da propriedade:
 - a. Em geral, qual deles prevalece?
 - b. A prevalência de uma ou de outra muda de acordo com o tema?
 - c. A prevalência de uma ou de outra mudou de acordo com o tempo?
 - d. Aplica-se o "teste de proporcionalidade" para realizar essa análise?
- b) Quanto aos fundamentos:
 - a. Essa discussão foi *obiter dictum* ou *ratio decidendi* para a decisão?
 - b. A fundamentação precisou de argumentos extrajurídicos?
- c) Quanto à posição da Corte institucionalmente:
 - a. A Corte interfere menos ou mais na produção do Legislativo? Essa interferência depende do tempo ou do tema?

- b. A Corte interfere de forma diversa de acordo com o ente federativo que produziu a norma (a União, em nível federal, ou os Estados, em nível estadual)?
- c. A Corte interfere de forma diversa de acordo com o requerente da ação?

2.2. Hipóteses iniciais

As hipóteses iniciais desta pesquisa foram de que:

- a) A livre iniciativa e a função social da propriedade se sobrepõem uma à outra de forma diversa de acordo com o tema, com o tempo e com o ministro julgador; e
- b) A discussão essencialmente constitucional apenas tangencia as razões de decidir do Supremo Tribunal Federal, prevalecendo uma análise socioeconômica da finalidade da empresa.

A principal hipótese seria de que a interpretação do STF em relação aos dois princípios expressos no artigo 170 apresentaria variações a depender do tema. Ainda, as análises consequencialistas a partir de observações fáticas (não apenas da letra da lei) indicariam uma leitura extensiva dos ministros da realidade, que poderia influenciar no posicionamento institucional da Corte, e uma necessidade de recorrer a outros métodos, que não os jurídico-positivos, para interpretar a constituição econômica no que tange aos mercados. Considera-se, portanto, "análise socioeconômica" aquela que avalia elementos da realidade fática social e econômica para a decisão jurídica.

2.3. Método utilizado

Para chegar a resultados que respondam à pergunta e às subperguntas de pesquisa, foi feita uma seleção dos julgados (2.3.1) e uma seleção e análise de argumentos (2.3.2).

2.3.1. Seleção dos julgados

O estudo realizado é fruto de uma pesquisa empírica exaustiva na base de dados de julgados disponibilizada virtualmente pelo STF no site

"www.stf.jus.br". No campo "Pesquisa de Jurisprudência", utilizou-se como critério de busca "função social" e "livre iniciativa" e "empresa" não "crime" e, na aba de "pesquisa avançada", em "pesquisa por legislação", colocou-se o art. 170 da CF.

Os termos foram escolhidos para restringir a amostra à pergunta de pesquisa. Primeiro, todos os julgados deveriam abordar o art. 170 e os princípios, assim definidos pela norma constitucional, da função social e da livre iniciativa. Segundo, limitou-se a análise à atividade do que se chama "empresa" pelo STF. Há uma grande discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a definição de "empresa", que é trazida pelo art. 966 do CC, mas que não é, necessariamente, aplicada desse modo. Tendo isso em vista, o filtro de pesquisa foi no sentido de utilizar o termo corrente de "empresa" para tratar da atividade econômica organizada inserida em mercado. Optou-se por não utilizar o termo "pessoa jurídica", pois nem toda "pessoa jurídica" é "empresa", de tal modo que há "pessoa jurídica" cuja finalidade, por lei, não é o exercício de atividade lucrativa em mercado, característica essencial da empresa que, aparentemente, contrapõe-se à "função social" da atividade. Essa dualidade entre livre iniciativa voltada ao lucro da empresa e a função social da atividade empresarial é exatamente o escopo da pesquisa. Mesmo que fosse relevante, a pesquisa realizada com esse termo na base de dados do STF não trouxe nenhuma ação que representasse acréscimo relevante na base de dados coletada. Terceiro, não se quis analisar questões relativas ao direito penal econômico. Com isso, foram totalizados 51 acórdãos e 25 decisões monocráticas na pesquisa realizada em junho de 2022.

Aqui, foram realizados dois recortes: um de decisão colegiada, e outro de ação. As análises do direito constitucional e da ciência política têm apontado para a limitação de legitimidade das decisões monocráticas em uma Corte constitucional, colocando-as como "precárias, excepcionais e dependentes de confirmação do plenário" futuramente (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 27). Desse modo, optou-se por não entrar nessa discussão sobre as decisões monocráticas nessa matéria e analisar apenas as decisões colegiadas, mesmo frente às dificuldades metodológicas

explicadas adiante. Além disso, foram analisadas apenas as ações diretas de inconstitucionalidade, pois referem-se à função primária e clássica do STF de controle concentrado de constitucionalidade. Ademais oferecem uma discussão direta sobre os princípios e possibilitam uma interferência direta do STF nas decisões legislativas, no sentido de permitir, ou não, que continuem em vigor.

A partir desse recorte inicial, foram coletados 35 acórdãos em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Em seguida, foram retirados 11 acórdãos⁵ da amostra encontrada, por impertinência temática, já que não tratam de limites à atividade empresarial ou de deveres imputados à empresa, nos termos de definição de “empresa” explicados. Dessa forma, a amostra é composta de 24 acórdãos, referentes às ações diretas de inconstitucionalidade. São eles:

Tabela 1

Julgados analisados

Acórdão	Data de julgamento	Ministro relator
ADI 1950/SP	03/11/2005	Eros Grau
ADI 5357 MC-Ref/DF	09/06/2016	Edson Fachin
ADI 451/RJ	01/08/2017	Roberto Barroso
ADI 907/RJ	01/08/2017	Alexandre de Moraes
ADI 4923/DF	08/11/2017	Luiz Fux
ADI 4512/MS	07/02/2018	Cármem Lúcia
ADI 2163/RJ	12/04/2018	Luiz Fux
ADI 1003/DF	01/08/2018	Cármem Lúcia
ADI 4613/DF	20/09/2018	Dias Toffoli
ADI 5792/DF	11/10/2019	Alexandre de Moraes
ADI 6342 MC-Ref/DF	29/04/2020	Marco Aurélio
ADI 3811/RJ	22/05/2020	Gilmar Mendes
ADI 5685/DF	16/06/2020	Gilmar Mendes
ADI 1302/RN	31/08/2020	Ricardo Lewandowski
ADI 5452/DF	22/09/2020	Cármem Lúcia

⁵ ADI 5766, ADI 5135, ADI 5938, ADI 6349 MC-Ref, ADI 6357 MC-Ref, ADI 6362, ADI 3937, ADI 3470, ADI 5624 MC-Ref, ADI 5886 e ADI 3357.

ADI 6407 MC-Ref/DF	30/11/2020	Gilmar Mendes
ADI 4637/DF	07/12/2020	Gilmar Mendes
ADI 6423/CE	21/12/2020	Edson Fachin
ADI 2435/RJ	21/12/2020	Cármem Lúcia
ADI 6435/MA	21/12/2020	Alexandre de Moraes
ADI 6575/DF	21/12/2020	Edson Fachin
ADI 6407/DF	03/05/2021	Gilmar Mendes
ADI 6727/PR	12/05/2021	Cármem Lúcia
ADI 6445/PA	31/05/2021	Marco Aurélio

Fonte: elaboração própria

2.3.2. Seleção e análise dos argumentos

Foi realizada uma leitura preliminar do inteiro teor de todos os acórdãos para a prévia seleção dos critérios de análise dos argumentos. Os critérios foram colocados sistematicamente em uma planilha no campo das colunas para serem completados de acordo com as decisões. Cada voto de ministro no âmbito de uma decisão contou como uma linha ou observação na coluna.

De início, foi necessário resolver um problema de pesquisa para selecionar e organizar os critérios de forma adequada. Percebeu-se que, na maior parte dos casos analisados, nem a decisão final colegiada da Corte, nem os votos em ata, refletem necessariamente um posicionamento sobre o tema pesquisado. Considerou-se "voto em ata" aquele que registra na última página do acórdão se o ministro teve voto "vencido" (contrário à posição geral do Tribunal) ou "vencedor" (de acordo com a posição geral do Tribunal). Em geral, os ministros discutem diversos pontos, seja sobre a inconstitucionalidade formal em relação à competência para legislar, seja sobre a inconstitucionalidade material em relação a dispositivos constitucionais distintos. Por isso, geralmente, cada ministro decide pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade por razões diferentes (não necessariamente em virtude da livre iniciativa e da função social da propriedade), de tal modo que a união dos votos nada diz sobre a posição do STF em relação ao tema pesquisado. Pela mesma razão, a mera

presença dos votos em ata sem o inteiro teor do voto no acórdão não oferece qualquer informação sobre a razão de decidir do ministro, não sendo possível, portanto, inferir uma maioria ou uma minoria sobre o tema apenas a partir do voto em ata. Assim, o inteiro teor do acórdão não necessariamente forneceu as informações necessárias para a análise do objeto de pesquisa.

Essa constatação não é inovadora, apenas demonstra como as decisões são *seriatim* não deliberativas (decisões individuais colocadas lado a lado que não conversam entre si) na fase pós-decisional (MENDES, 2012, p. 13). Porém, para mapear quantitativamente os dados disponíveis frente a essa dificuldade, foi necessário adotar uma estratégia de pesquisa que considerasse os ministros individualmente, não apenas as decisões como um todo.

Dessa forma, analisou-se separadamente a posição de cada ministro a partir do inteiro teor do voto registrado no acórdão, do qual foi possível extrair a razão de decidir do ministro e classificar a posição dele especificamente em relação ao tema pesquisado. Assim, cada linha da planilha refere-se ao voto de um ministro em um julgado. Essa metodologia permitiu achar um duplo resultado de pesquisa: por um lado, foi possível analisar a posição individual de cada ministro integrante da Corte; por outro, permitiu inferir uma posição da Corte a partir da análise conjunta das posições individuais de cada ministro integrante, de acordo com seu posicionamento substantivo, e não apenas pela contagem de decisões finais pela "constitucionalidade" ou pela "inconstitucionalidade", o que produziria um dado cujo resultado seria incerto quanto aos motivos.

Os critérios adotados foram divididos entre critérios relativos ao acórdão e critérios por ministro (relativos ao voto individual analisado). Dentre eles, fez-se uma distinção entre os critérios objetivos, presentes expressamente no acórdão ou no voto, e os critérios subjetivos, que demandaram a interpretação dos dados pelo pesquisador para a classificação. Essa divisão fica clara na seguinte tabela, que apresenta, também, a forma de classificação a partir de cada critério:

Tabela 2

Critérios e classificações de análise

	Critérios por acórdão		Critérios por ministro	
	Critério	Classificação	Critério	Classificação
Critérios objetivos	Data de julgamento	(Inserir data de julgamento)	Alinhamento	<ul style="list-style-type: none"> - Voto vencido - Voto vencedor - Não compareceu
	Ente federativo	<ul style="list-style-type: none"> - Lei estadual - Lei federal 		
	Requerente	(Inserir requerente)		
	Classificação da requerente	Classificação da requerente nos termos do art. 103 da CF		
Critérios subjetivos	Tema	<ul style="list-style-type: none"> - Consumidor - Trabalhista - Empresarial 	Livre iniciativa	<ul style="list-style-type: none"> - Prevaleceu - Não prevaleceu
	Subtema	<ul style="list-style-type: none"> - Prestação de serviços - Educação - Administrativo - Saúde - Bancário e seguros - Propaganda - Acessibilidade - Empresarial 	Função social da propriedade	<ul style="list-style-type: none"> - Prevaleceu - Não prevaleceu
	Questão levantada	<ul style="list-style-type: none"> - Para proteção da livre iniciativa - Para proteção da função social da propriedade 	Definições	(Transcrição dos trechos)
	Decisão final	<ul style="list-style-type: none"> - Reconheceu o pedido baseado na livre iniciativa ou não reconheceu o 	Argumentos socioeconômicos	<ul style="list-style-type: none"> - Presença desses argumentos - Ausência desses

		pedido baseado na função social		argumentos
		- Reconheceu o pedido baseado na função social ou não reconheceu o pedido baseado na livre iniciativa	Fundamento	- <i>Obiter dictum</i> - <i>Ratio decidendi</i> - Não abordou - Não se tem o voto
		- Ação prejudicada	Aplicação do teste de proporcionalidade	- Aplicou - Não aplicou - Citou, mas não aplicou - Não se tem o voto - Não se discutiu o ponto

Fonte: elaboração própria

O significado substantivo de cada critério e a interpretação para a classificação de cada um pode ser sistematizada entre critérios objetivos e critérios subjetivos. Os critérios objetivos foram coletados da expressa manifestação no acórdão. Os critérios subjetivos demandam uma explicação da criação das classificações e da classificação em si.

Dos critérios subjetivos por acórdão, tem-se tema, subtema, questão levantada e decisão final.

A classificação temática foi realizada a partir da leitura preliminar dos acórdãos, que forneceu uma perspectiva ampla do todo e permitiu a divisão dos acórdãos em três macrotemas, de acordo com a relação presente: consumidor (que se refere à relação da empresa com o consumidor), trabalhista (que se refere à relação da empresa com os trabalhadores) e empresarial (que se refere à forma empresarial e à relação da empresa com outras empresas). Não se utilizou, então, a classificação jurídica adotada pelo STF. A exemplo, em algumas ADIs analisadas, a discussão formal foi se aquele tema configurava ou não matéria de direito civil por dirimir sobre relações de consumo, ou seja, se seria ou não direito do consumidor. A

classificação temática aqui realizada não considerou essa discussão, mas a perspectiva própria de relações entre a empresa e o afetado.

A classificação de subtema, do mesmo modo que a temática, também foi realizada a partir da leitura preliminar dos acórdãos. Não se trata de temas gerais, que demonstram uma relação entre as partes, mas de temas tratados materialmente pelas leis impugnadas. Por isso, distinguidos sob a nomenclatura "subtemas", mas não são subpartes dos temas classificados. A classificação em subtemas foi realizada a partir do que foi discutido materialmente, dividindo-se os acórdãos em oito subtemas: propaganda, saúde, educação, bancário e seguros, empresarial, acessibilidade, prestação de serviços e administrativo.

A questão levantada foi classificada a partir do fundamento utilizado pelo requerente para pedir pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo normativo na ação. Se foi um pedido de declaração de inconstitucionalidade por violação à livre iniciativa, a questão levantada foi a "proteção da livre iniciativa"; o mesmo para a "proteção da função social da propriedade". Nessa lógica, a decisão final foi classificada em sentido amplo. Sabe-se que a decisão final não é um retrato fiel sobre a posição do STF em relação à questão material discutida. Assim, classificou-se "decisão final" de forma generalista. Avaliou-se apenas se a decisão final acatou ou não o pedido e, de acordo com o fundamento do pedido, se deu ensejo à livre iniciativa ou à função social da propriedade. Assim, o que é possível abstrair dessa segunda classificação é tão somente a compatibilidade ou não da decisão com o pedido realizado.

Dos critérios subjetivos por ministro, tem-se livre iniciativa, função social da propriedade, definições, argumentos socioeconômicos, fundamento e aplicação do teste de proporcionalidade.

A livre iniciativa e a função social da propriedade foram classificadas como prevaletentes e não prevaletentes. Se o ministro decidiu que, no caso da lei analisada, a livre iniciativa foi sufocada pelo intuito da lei de preservação da função social da propriedade e, portanto, seria inconstitucional, então a livre iniciativa prevaleceu. O mesmo parâmetro de

análise valeu para a função social da propriedade. As definições das duas foram coletadas de acordo com a discussão corrente. Por vezes, os ministros traziam o princípio de forma expressa e uma definição em seguida. Por outras, trouxeram outros conceitos, que se relacionavam com um dos princípios e norteavam a discussão, que foram captados como definições de livre iniciativa e de função social.

Os argumentos socioeconômicos foram classificados como presentes ou como ausentes. Considerou-se argumento socioeconômico todo aquele que trazia informações externas à mera letra da lei e à discussão jurídico-doutrinária para discussão da constitucionalidade do dispositivo legal em questão. Em geral, traduziram-se como argumentos consequencialistas para uma leitura do direito.

O "fundamento" do voto foi classificado entre *obiter dictum*, *ratio decidendi*, não abordou e não se tem o voto. Para fazer essa classificação, foi necessário recorrer à lógica formal na interpretação das decisões. Quando o voto não abordou a questão material da atividade empresarial frente ao art. 170 da CF, classificou-se como "não abordou". Quando o voto abordou a questão material da atividade empresarial, decidiu em relação a ela, mas a posição do voto foi contrária a ela em virtude de outro aspecto (seja uma questão material relativa a outros princípios ou normas, seja uma questão formal), classificou-se como "*obiter dictum*". Quando o voto abordou a questão material da atividade empresarial, decidiu em relação a ela e a posição do voto, em geral, foi de acordo com essa posição quanto à atividade empresarial frente ao art. 170, então classificou-se como "*ratio decidendi*". Sabe-se que essa terminologia é normalmente utilizada para classificar argumentos em uma decisão final. No entanto, como já colocado, não foi possível realizar essa classificação da decisão como um todo nesses moldes.

Por fim, para classificar a aplicação do teste de proporcionalidade, foram consideradas cinco variantes: 0 - o ministro não aplicou o teste; 1 - o ministro aplicou o teste; 2 - o ministro não discutiu o tema para aplicar o teste; 3 - não se tem o voto do ministro; e 4 - o ministro citou o teste, mas

não o aplicou. A distinção entre 1 e 4 é sutil, mas importante. A aplicação do teste pelo ministro foi avaliada em sentido amplo, não necessariamente nos termos em que a doutrina traz, e todos os votos nesse sentido foram classificados como 1. Porém, houve um caso em que o voto não indicou qualquer elemento de aplicação do teste, mesmo que o ministro tenha-o citado, classificado, por isso, como 4.

3. Pressupostos teóricos

Como abordado nos capítulos anteriores, esta pesquisa trata de uma questão debatida pela doutrina de direito econômico e comercial e trazida para o campo da pesquisa empírica por meio da análise da jurisprudência do STF. Antes de fazer a análise dos dados coletados, contudo, é necessário fazer uma digressão aos pressupostos teóricos dos quais parte a análise desses dados.

Este capítulo se subdivide, então, em dois: um primeiro sobre as perspectivas teóricas sobre a finalidade da atividade empresarial (3.1) e um segundo sobre a relação entre os tribunais e os mercados (3.2). Dessa forma, pretende-se ser transparente quanto à interpretação dos dados e justificar alguns recortes de pesquisa.

3.1. Perspectivas sobre a finalidade da atividade empresarial

O interesse social, como a razão de ser das sociedades comerciais (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 41), foi percebido de diferentes formas ao longo do tempo, havendo uma fase intimista de autossuficiência para a análise e regulação da organização empresarial e uma fase de abertura sistêmica à interdisciplinaridade. Na fase intimista, destacam-se as perspectivas do contratualismo e do institucionalismo. Evidentemente, como teorias elaboradas em um ambiente econômico e político diverso, não refletem a completude do que hoje se constrói como finalidade da atividade empresarial. Já na fase de abertura sistêmica à interdisciplinaridade, ocorre a formulação de teorias modernas, como a da análise econômica do direito (COASE, 1960, p. 3) e do contrato organização. Porém, boa parte do sistema jurídico e da estruturação empresarial ainda é fortemente influenciada pelos parâmetros clássicos, sendo necessário compreendê-los como modelos correntemente aplicados, mas passíveis de crítica.

Para o contratualismo, como sistema autônomo, o interesse social é o reflexo do interesse dos sócios, reduzindo-se cada sócio ao interesse da

sociedade. O interesse social é, então, visto como a obtenção da maximização do valor de venda das ações do sócio⁶ (STOUT, 2013).

Para o institucionalismo, como sistema integracionista, o interesse social para a harmonização dos interesses dos vários sócios e trabalhadores, o que ocorre por meio do órgão de administração neutro da sociedade, que defende, sobretudo, o interesse empresarial e a preservação da sociedade (SALOMÃO FILHO, 2019, p. 49). Esse institucionalismo integracionista, de viés organizativo e concorrencial, é produto posterior ao desenvolvimento do institucionalismo publicístico, que visou à tradução da função econômica da microempresa, norteadas pelo interesse público, para termos jurídicos.

Frente aos desafios em definir os interesses sociais a partir de um comportamento cooperativo entre os acionistas, surge o método da análise estruturalista do direito empresarial, que coloca na equação de análise as relações entre poder e direito. Para a teoria crítico-estruturalista, o direito fundado em normas de conduta tem se demonstrado incapaz de conter as condutas repetitivas estruturalmente aceitas em um ambiente com monopólio de poder. Com isso, a hierarquia substitui o direito (SALOMÃO FILHO, 2015, p. 156). É nesse sentido que deve haver uma dissipação do poder econômico para que haja a efetiva transmissão de informações e troca comunicativa que possibilite a participação ativa dos sujeitos na formulação e definição do interesse social (KRAAKMAN, 2018, p. 68).

O que ocorreu, no entanto, foi a constitucionalização da ordem econômica e a definição de finalidades da atuação da empresa sem uma mudança no quadro econômico do país (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 454). Dessa forma, a finalidade que a Constituição prescreve à empresa no art. 170 não é tão somente aquela definida pelo contratualismo ou pelo institucionalismo, pois transpassa os limites dos sócios e encontra

⁶ "Shareholder primacy theory taught that corporations were owned by their shareholders; that directors and executives should do what the company's owners/shareholders wanted them to do; and that what shareholders generally wanted managers to do was to maximize "shareholder value", measured by share price." (STOUT, 2013)

fundamento constitucional, nem alcança o objetivo do estruturalismo, pois a prescrição constitucional não se realiza na efetiva redução das desigualdades sociais. O limite ao qual se chega, então, é de descobrir *qual deve ser* o interesse da empresa de acordo com a Constituição, e não *qual é* ou *como deve se formular* o interesse que guia a finalidade da atividade empresarial.

Nos termos do art. 170 da CF, a ordem econômica é fundada na livre iniciativa. Ao lado disso, tem por princípio a função social da propriedade. Reflexo disso está no art. 421 do CC, que institui que o contrato ou estatuto social deve perseguir a função econômica e social (DINIZ, 2018, p. 394). Os limites da prescrição do princípio da função social frente à livre iniciativa são objeto de disputa.

De um lado, tem-se a ideia de que a finalidade da empresa permanece a mesma: a de buscar o lucro. Afinal, é isso que a livre iniciativa garante. Não competiria, portanto, à empresa orientar a sua atividade para a consecução dos princípios fins da ordem econômica, como o da função social (BARROSO, 2001, p. 200). De outro, sustenta-se que a livre iniciativa tem um valor social em si mesma. Afinal, a garantia da livre iniciativa tem por fim próprio assegurar a todos uma existência digna de acordo com a justiça social (BERCOVICI, 2005, p. 31). Os mercados, como instituições jurídicas (GRAU, 2010, p. 28), é fundado pela livre iniciativa como liberdade pública.

3.2. O Supremo Tribunal Federal, a empresa e o mercado

A escolha do recorte de pesquisa na atuação do Supremo Tribunal Federal tem sua razão de ser além da arbitrariedade de escolha do pesquisador. Não raras vezes a academia se depara com larga produção científica sobre mercado em relação à atuação do Estado, que tem na produção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na atuação das agências reguladoras e nos índices econômicos uma base de dados para pesquisa empírica. Os tribunais, quando abordados, são atores políticos que convulsionam o sistema de separação de poderes decidindo sobre o mercado e, por vezes, elementos essenciais para a interpretação de

um direito econômico público (financeiro, tributário e administrativo). Até para alguns advogados, espaços para fazer valer os interesses dos seus assistidos, mesmo que *contra legem*. Independentemente da perspectiva positiva ou negativa sobre a atuação dos tribunais nos mercados, os tribunais são abordados na periferia desse sistema. Esta pesquisa parte do pressuposto teórico de que essa leitura comum é equivocada.

Um sistema legal funcional é condição necessária para a prosperidade econômica de uma nação (POSNER, 1998, p. 3). Nessa perspectiva, devem ser feitos investimentos em boas leis, mais do que na qualidade do judiciário, no qual os investimentos teriam que ser mais altos e com menor retorno (POSNER, 1998, p. 7). No entanto, uma questão estrutural que permeia as relações entre mercado e direito no Brasil está no descompasso entre "boas leis" e a estrutura socioeconômica do país: as previsões constitucionais de direitos individuais e sociais não foram acompanhadas da redução da desigualdade econômica. Assim, "a proteção judicial dos direitos sociais e econômicos tende a favorecer aqueles em melhor situação socioeconômica" (PORTUGAL GOUVÊA, 2013, p. 455). Embora seja pauta de uma nova agenda de pesquisa processualista que vem surgindo no Brasil em relação ao acesso à justiça (ASPERTI; GABBAY; COSTA, 2019, p. 176), o direito comercial ainda parece estar distante dessa questão econômico-constitucional.

Especificamente quanto ao STF, de que servem "boas leis" para o mercado elaboradas pelo Legislativo se elas podem sofrer controle concentrado de constitucionalidade pela Corte Constitucional e serem retiradas do sistema jurídico por vontade daqueles capazes de chegar à estrutura judiciária? Aqui, identificam-se diversos pontos de tensão: quem legisla sobre mercado, quem tem a palavra final sobre essas leis e quem consegue recorrer às normas constitucionais. Apesar das claras intersecções com temas relacionados ao ativismo judicial e à separação de poderes, a consequência disso é uma mudança das instituições de mercado que influenciam o comportamento dos entes que nele atuam e a efetividade de normas constitucionais.

Esta análise não pretende colocar os tribunais, ou mesmo a corte constitucional, no centro da discussão sobre as relações entre empresa, mercado e ordem econômica. Apenas deseja-se destacar, de antemão, que o judiciário tem íntima relação com o comportamento dos entes econômicos que atuam em mercado. Desse modo, o controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF é, também, elemento crucial para entender como tem se dado a atuação das empresas no Brasil – mesmo tuteladas por princípios constitucionais, a força judiciária as induz a atuar de que modo? A atuação em si não é alcançada pela metodologia adotada, mas a atuação do STF encontrada pode permitir posteriores conclusões sobre os porquês da eficácia (ou não) de alguns princípios constitucionais.

4. A prevalência da livre iniciativa ou da função social da propriedade

A finalidade da empresa é discutida a partir de distintas leituras do texto constitucional. O art. 170 da CF, no *caput*, define por fundamento da ordem econômica a "livre iniciativa". Se assim o é, a liberdade garantida à empresa de exercício da atividade econômica permite que a sua finalidade seja definida de acordo com os critérios interessantes aos seus sócios. A livre iniciativa, como desdobramento da liberdade (GRAU, 2010, p. 203), é o que fundamenta a liberdade de contratar e a liberdade de entrar, atuar e permanecer no mercado sem a oposição de entraves injustificados. Em contrapartida, os incisos trazem diversos princípios a serem observados, que, também, fundamentam a ordem econômica. No inc. III, funda-se a função social da propriedade. Aqui, a empresa encontra limitações aos interesses estritamente dos sócios: o interesse da empresa deve ser compatível com a função social de sua atividade. Assim, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado deve corresponder ao interesse coletivo e não aos interesses próprios do domínio da propriedade, é um poder-dever do proprietário (COMPARATO, 1986, p. 75). A contraposição entre fundamentos e princípios da ordem econômica exige que o intérprete, que avalia a constitucionalidade de determinada lei que tutela a atividade empresarial, dê prevalência a um ou a outro.

Essa é a discussão que os ministros do STF encontram quando determinadas leis são impugnadas por inconstitucionalidade material. As leis que a União e os Estados promulgam visam à preservação de algum dos princípios da ordem econômica. Quando levadas a juízo, os requerentes alegam uma restrição ao outro princípio, de tal modo que restaria inconstitucional. E, ao decidirem, os ministros dão prevalência ou à livre iniciativa, ou à função social da propriedade. Desse modo, analisar a prevalência de um ou outro nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade significa entender qual valor o Supremo dá à finalidade da empresa. Afinal, enquanto o fundamento da livre iniciativa concebe a finalidade da empresa como aquela de interesse dos sócios, o princípio da função social, quando prevalecente, concebe a finalidade da empresa como

aquela de interesse público (o que inclui as diversas relações entre empresa e sociedade).

Sobre a posição material do STF em relação à finalidade da empresa, este capítulo se propõe a analisar: as definições da livre iniciativa e da função social que os ministros utilizam como pressupostos de sua posição (4.1); o que cada ministro considera por finalidade da empresa (4.2); o que a Corte, em conjunto, considera por finalidade da empresa (4.3); e o caráter sistemático dessa decisão de prevalência entre livre iniciativa e função social da propriedade (4.4). Ainda, serão também realizadas considerações metodológicas mais aprofundadas para chegar a resultados verídicos em cada subcapítulo.

4.1. Definições da livre iniciativa e da função social

A identificação da "livre iniciativa" e da "função social", por vezes, era explícita nos votos, por outras, era implícita em outros termos. Por isso, as definições trazidas pelos ministros possibilitam facilitar futuros trabalhos, cuja chave de pesquisa será mais eficaz, e entender os pressupostos de análise da finalidade da empresa que levaram a determinado posicionamento do STF.

Foram encontradas definições encontradas extensivas por palavras, frases e até parágrafos que definiam "livre iniciativa" e "função social" nos votos. Todos esses trechos foram colocados no site <https://www.mentimeter.com/> para agrupar as principais palavras definidoras de cada conceito em nuvens de palavras que indicassem as mais utilizadas (maior tamanho) e as menos utilizadas (menor tamanho).

As definições encontradas para "livre iniciativa", dispostas na nuvem de palavras, foram:



Fonte: pesquisa própria

Em geral, as definições de "livre iniciativa" e de "função social" não foram determinantes da linha seguida pelo ministro para decidir. Porém, especificamente quanto à livre iniciativa, pôde-se abstrair dois conceitos contrapostos⁷ que influenciaram algumas posições individuais.

De um lado, tem-se uma perspectiva de livre iniciativa como "corolário da autonomia individual, manifesta na liberdade negocial e na liberdade contratual", que muito aparece nos votos do Min. Dias Toffoli. Os outros fins da ordem econômica garantidos pelo art. 170 da CF, embora importantes, não imputam outro dever à empresa que não aquele de perseguir o lucro, da ordem do "ser". Isto é, a finalidade da empresa é economicamente definida, no mundo factual (e não no jurídico), como o lucro. Caso contrário, subverter-se-iam os papéis da iniciativa privada e da iniciativa pública a partir do sacrifício da livre iniciativa. Como fundamento, é utilizado diversas vezes este trecho do Min. Roberto Barroso:

"O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre

⁷ As definições distintas de livre iniciativa e de função social da propriedade podem ser encontradas uma no voto do Min. Eros Grau, que coloca a livre iniciativa como subordinada a decisões políticas constitucionais sobre o mercado (no caso, de norte pela função social da propriedade), e do Min. Dias Toffoli, que percebe a livre iniciativa como fato econômico da adoção do sistema capitalista.

iniciativa. (...) Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimular práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária."

(BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista dos Tribunais, v. 795, p. 55-76, 2002).

Um trecho representativo dessa posição foi reproduzido em 4 diferentes acórdãos pelo Min. Dias Toffoli, que colocou:

"Refiro-me a um fundamento da República e da ordem econômica que se relaciona com as demais liberdades fomentadas pela Constituição de 1988, como corolário da autonomia individual, manifesta na liberdade negocial e na liberdade contratual. Não se trata, porém, de liberdades absolutas, eis que devem coadunar-se com outros fundamentos posicionados em patamar equivalente pelo constituinte, em defesa dos quais seria cabível uma ingerência estatal. Há, portanto, situações em que a intervenção do Estado no domínio econômico se mostra legítima, no sentido de salvaguardar outros princípios constitucionais tão relevantes quanto o da livre iniciativa e que devem orientar o comportamento dos agentes estatais e privados em suas atividades, a exemplo da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da função social da propriedade. Tenho, todavia, não ser o caso dos autos."

(Voto do Min. Dias Toffoli nas ADI 6423, ADI 6445, ADI 6575 e ADI 6435)

Note que essa posição quanto à livre iniciativa não nega os outros fundamentos da ordem econômica. O que faz, contudo, é relacionar esses

outros fundamentos a uma função do Estado, e não incluí-los na própria lógica econômica forjada constitucionalmente.

De outro, tem-se aquela do min. Eros Grau de livre iniciativa inserida no mundo do "dever-ser". O ministro se utiliza de Avelãs Nunes, Natalino Irti e Karl Polanyi para sustentar que os mercados são instituições jurídicas que, inseridas em um sistema capitalista, necessitam da intervenção do Estado para o próprio funcionamento. Afinal, a expectativa de regularidade de comportamentos que permite as trocas em mercado é calibrada pela substituição de critérios subjetivos de comportamento (interesses egoísticos de busca do maior lucro possível pelos entes inseridos em mercado) por critérios objetivos, cujos padrões são definidos pelo direito imposto pelo Estado. Com isso, a "livre iniciativa" assegurada constitucionalmente não se restringe ao liberalismo econômico ou à liberdade de desenvolvimento da empresa, pois parte de uma escolha política na Constituinte de definir por critérios objetivos de comportamento uma "livre iniciativa" balizada pelos princípios de justiça social. A livre iniciativa, então, não é uma expressão de liberdade limitada à empresa, mas também destinada ao trabalho. Coloca o ministro:

"É certo que a ordem econômica da Constituição de 1988 define a opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário. A intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança. Vale dizer: a chamada intervenção do Estado no domínio econômico é não apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa

como elemento da sua própria essência. Assim é porque o mercado é uma instituição jurídica. Dizendo-o de modo mais preciso: os mercados são instituições jurídicas. Vê-se para logo, destarte, que se não pode reduzir a livre iniciativa, qual consagrada no artigo 1o, IV, do texto constitucional, meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica. Dir-se-á, contudo, que o princípio, enquanto fundamento da ordem econômica, a tanto se reduz. Aqui, também, no entanto, isso não ocorre. Livre iniciativa não se resume, aí, a princípio básico do liberalismo econômico ou a liberdade de desenvolvimento da empresa apenas -- à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo. Ela é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da iniciativa do Estado; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Daí porque (...) enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa. (...) Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes, não apresenta maiores dificuldades."

(Voto do Min. Eros Grau na ADI 1950)

Além disso, uma perspectiva interessante trazida nos votos da ADI 4923 é a proteção da livre iniciativa enquanto livre iniciativa de mercado, e não enquanto livre iniciativa individual para cada empresa. Essa distinção é feita na medida em que a liberdade de atuar em mercado tem por função proteger esse mercado, fundado em outras bases que não apenas a da liberdade. Dialoga, então, com essa noção de livre iniciativa trazida, por exemplo, pelo Min. Eros Grau. É o que sugere o Min. Luiz Fux no seguinte voto:

Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais players do segmento produtivo e, a fortiori, do hígido funcionamento daquele setor.

(Voto do Min. Luiz Fux na ADI 4923)

As definições encontradas para “função social” foram igualmente dispostas em uma nuvem de palavras, a seguir:



Fonte: pesquisa própria

Aqui, não houve grande distinção entre as definições trazidas pelos ministros, em geral. O que se percebeu, no entanto, foi que o embate

central não era entre a "livre iniciativa" e a "função social da propriedade", como geralmente contraposto pela doutrina, mas entre a "livre iniciativa" e todos os demais princípios da ordem econômica, chamados de "justiça social", sendo a função social um deles. Isso é interessante, pois demonstra que princípios como a "livre concorrência", do mesmo modo, entram em conflito com a "livre iniciativa"⁸, e que a finalidade social da empresa não pode ser construída a partir de tão somente um princípio constitucional, mas a partir de uma leitura sistemática do art. 170.

A "justiça social"⁹ é fundamentada no interesse público existente na atuação em mercado, que, em um estado democrático, constrói-se como um valor que promove a proteção social, a existência digna e a solidariedade. Assim, constitui-se no mundo do "dever-ser", já que existe por uma escolha política de segurança constitucional, não naturalmente.

De todo modo, é necessário destacar que "livre iniciativa" e "função social" são, nos votos analisados, considerados princípios fundantes da ordem econômica constitucional brasileira e, para alguns, direitos fundamentais. É o que indica o Min. Edson Fachin em voto na ADI 1302:

A liberdade do Estado-empregador, quanto à restrição de direitos fundamentais dos cidadãos-administrados, está restrita à noção de que a concretização dos direitos fundamentais requer a manutenção da rede de proteção social

⁸ No voto do Min. Luiz Fux, na ADI 4923, essa outra contraposição resta evidente: "De um lado, a garantia da livre iniciativa desponta como desdobramento da liberdade individual projetada nos domínios da economia, a erigir verdadeira proteção do indivíduo contra interferências externas que tolhem sua autonomia empreendedora. Cuida-se aqui de um típico direito negativo ou de defesa oponível precipuamente ao Poder Público e às suas prerrogativas de autoridade. De outro lado, porém, a proteção da concorrência e a defesa do consumidor exigem uma postura intervencionista do Estado sobre os mercados, de modo a evitar que o poder econômico de um indivíduo possa asfixiar a liberdade dos outros, bem como a impedir que a iniquidade reine nas relações intersubjetivas. Trata-se, portanto, de um dever de atuação do Estado, a que corresponde um direito positivo ou prestacional do cidadão de ver-se tutelado contra o abuso de terceiros."

⁹ Essa definição é trazida em diversos votos, como nos votos da Min. Cármen Lúcia, na ADI 2435 e na ADI 4923, do Min. Edson Fachin, na ADI 6423, ADI 6342 MC-Ref, ADI 6575, ADI 6435, ADI 4637 e ADI 1302, do Min. Dias Toffoli, na ADI 6575 e ADI 6435, do Min. Roberto Barroso, na ADI 907, do Min. Alexandre de Moraes, na ADI 4512, e do Min. Eros Grau, na ADI 2163.

deferida ao cidadão-empregado, haja vista que, ausente valor constitucional que fundamente a restrição a um direito fundamental, as medidas restritivas, como é o caso da demissão sem justa causa, implicariam desfazimento do sistema constitucional de garantia de direitos sociais trabalhistas, que, em razão de sua condução à elevação da pessoa humana e de sua vida em sociedade, deve servir de orientação à atuação do Estado. (...) a justiça social como valor e fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CRFB), positivado e espraiado pelas normas da Constituição de 1988, é a diretriz segura de que a valorização do trabalho humano objetiva assegurar a todos e todas uma existência digna (art. 170 da CRFB), bem como de que o primado do trabalho é a base da ordem social brasileira, tendo por objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193 da CRFB).

(Voto do Min. Edson Fachin na ADI 1302)

4.2. Análise individual: prevalência no todo, por tema e por período

Com a metodologia utilizada, foi possível fazer uma análise individual da posição de cada ministro nas decisões da Corte. Essa análise pode ser feita de duas formas: uma primeira que considera o alinhamento com a decisão final expressa no acórdão como reflexo da posição sobre a questão material discutida, a atividade empresarial, e uma segunda que considera as posições defendidas expressamente no voto como indicativas da posição individual do ministro.

A partir da **primeira forma**, cruzaram-se as colunas "decisão final" e "alinhamento"¹⁰. Por meio desse cruzamento, obtém-se uma coluna subsidiária de posição, que encontra uma posição do ministro pendente à livre iniciativa ou à função social de acordo com o voto em ata.

A análise de todos os votos com esse método permite a produção da seguinte tabela:

Tabela 3

Posição individual de acordo com o voto em ata

Ministro	Livre iniciativa	Função social da propriedade
Min. Alexandre de Moraes	7	14
Min. Ayres Britto	1	1
Min. Cármen Lúcia	6	15
Min. Celso de Mello	4	3
Min. Cezar Peluso	2	0
Min. Dias Toffoli	10	9
Min. Edson Fachin	2	19
Min. Ellen Gracie	0	2
Min. Eros Grau	1	1
Min. Gilmar Mendes	12	9
Min. Joaquim Barbosa	0	2
Min. Luiz Fux	10	9
Min. Marco Aurelio	6	10
Min. Nunes Marques	4	4

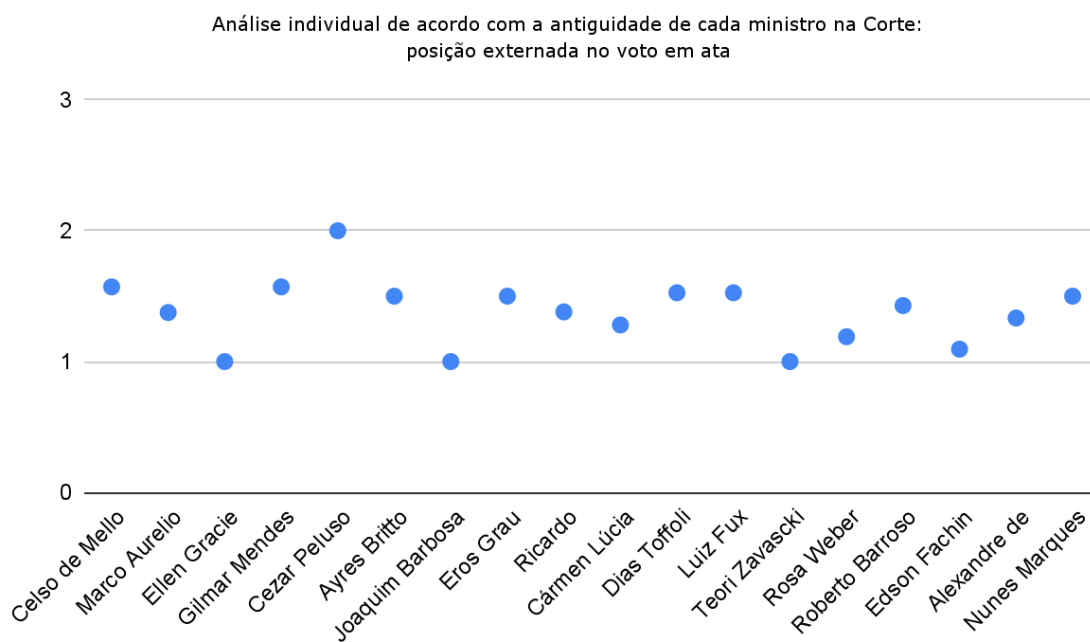
¹⁰ A coluna "decisão final" diz respeito à decisão da Corte de ter reconhecido ou não um pedido de declaração de inconstitucionalidade fundado em determinado princípio. A exemplo, caso o pedido tenha sido pela declaração de inconstitucionalidade de lei por inobservância do princípio da livre iniciativa e tenha sido deferido, então a decisão final foi pela livre iniciativa. A coluna "alinhamento" avalia se o ministro analisado seguiu a posição majoritária da Corte (aquela encontrada em "decisão final") ou não, ou seja, se teve voto vencedor ou voto vencido.

Min. Ricardo Lewandowski	8	13
Min. Roberto Barroso	9	12
Min. Rosa Weber	4	17
Min. Teori Zavascki	0	2

Fonte: pesquisa própria

Nessa tabela, tem-se o número de votos em que cada ministro decidiu pela livre iniciativa ou pela função social da propriedade, interpretação dada ao voto em ata, registrado no final do acórdão como "vencido" ou como "vencedor". Uma disposição gráfica desses dados permite uma análise comparada dessas posições, de acordo com a data de ingresso de cada ministro na Corte:

Gráfico 1



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se cada ministro do STF presente no recorte temporal da pesquisa e sobre o qual se conseguiu produzir dados a partir da segunda forma, para a realização de uma análise comparativa dos métodos adotados, que será mais a frente realizada. Os ministros foram dispostos

em ordem temporal de entrada na Corte. No eixo y, tem-se o índice de medida da posição de cada ministro: quanto mais próximo da extremidade 1, mais o ministro decidiu em favor da função social da propriedade; quanto mais próximo da extremidade 2, mais o ministro decidiu em favor da livre iniciativa.

Na primeira metade do gráfico, tem-se poucas informações sobre os ministros, de tal modo que há uma disparidade muito grande entre as posições (a exemplo, um extremo representado pela Min. Ellen Gracie e outro representado pelo Min. Cezar Peluso), o que é estabilizado a partir do Min. Ricardo Lewandowski. Uma análise visual leva à percepção de que, mais recentemente, os ministros (salvo duas exceções) são mais moderados: decidem por um ou por outro princípio de acordo com a lei em questão.

Essa forma de análise, contudo, é inadequada para a análise individual. O voto em ata estar de acordo ou não com uma decisão final da Corte que deu ensejo a um ou outro princípio nada diz sobre a posição do ministro sobre esses princípios. Isso pois os ministros decidem pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de determinado dispositivo normativo por diversas razões (outros princípios constitucionais ou competência para legislar – inconstitucionalidade formal).

A análise do voto em ata não permite perceber essa peculiaridade e gera distorções na interpretação da posição individual de cada ministro. Exemplo disso é o caso do Min. Eros Grau e do Min. Ayres Britto. Foram coletados apenas dois votos de cada um (já que eram ministros em apenas dois acórdãos analisados). Nos dois, a íntegra do voto deixa clara a posição dos ministros de defesa da função social frente à alegação de violação da livre iniciativa. No entanto, em um dos acórdãos, os ministros mudaram o próprio voto em virtude de outro elemento da norma específica que não tinha relação com a discussão sobre os princípios da ordem econômica do art. 170 da CF. Constou em ata, então, que os dois haviam decidido pela livre iniciativa, o que é equivocado.

Por isso, faz-se necessário recorrer à **segunda forma** para a análise individual da posição de cada ministro. A partir dela, analisaram-se as colunas "livre iniciativa" e "função social da propriedade". Para cada ministro em cada acórdão, classificou-se o voto como aqueles em prol da livre iniciativa e aqueles em prol da função social da propriedade. Alguns ministros não tiveram o inteiro teor do seu voto anexado ao acórdão; esses foram desconsiderados. Afinal, apenas é possível avaliar o voto quanto à questão material a partir de sua leitura, não a partir do voto em ata, como realizado a partir do primeiro método.

Assim, foi produzida a seguinte tabela:

Tabela 4

Posição individual de acordo com o inteiro teor do voto

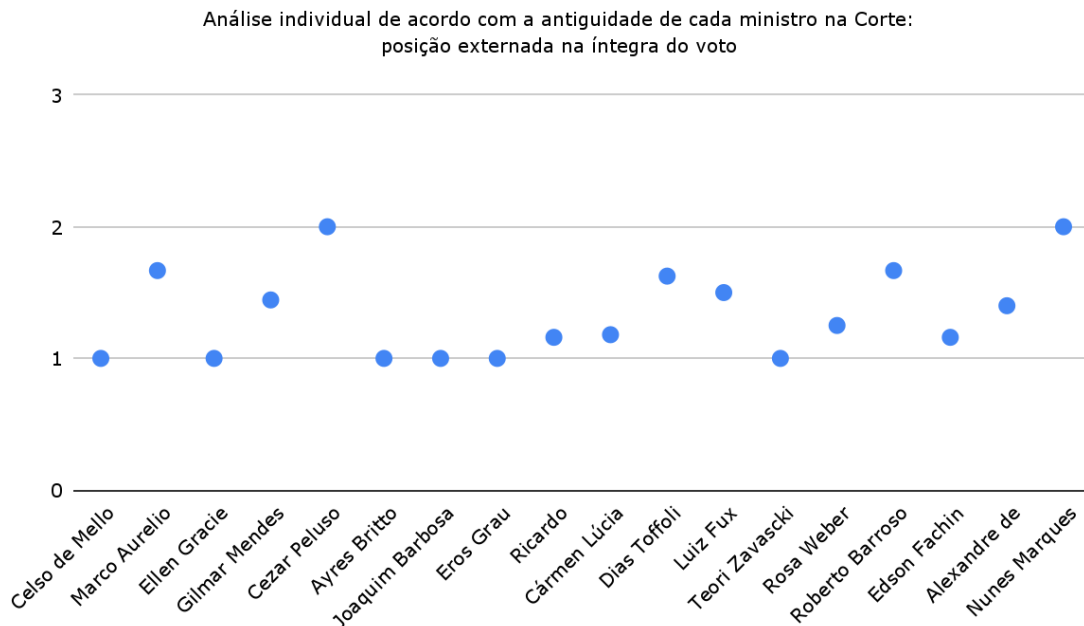
Ministro	Livre iniciativa	Função social da propriedade
Min. Alexandre de Moraes	2	3
Min. Ayres Britto	0	2
Min. Carlos Velloso	0	0
Min. Cármen Lúcia	2	9
Min. Celso de Mello	0	1
Min. Cezar Peluso	2	0
Min. Dias Toffoli	5	3
Min. Edson Fachin	2	10
Min. Ellen Gracie	0	1
Min. Eros Grau	0	2
Min. Gilmar Mendes	4	5
Min. Joaquim Barbosa	0	1
Min. Luiz Fux	2	2
Min. Marco Aurelio	4	2
Min. Nelson Jobim	0	0

Min. Nunes Marques	1	0
Min. Ricardo Lewandowski	1	5
Min. Roberto Barroso	4	2
Min. Rosa Weber	1	3
Min. Sepúlveda Pertence	0	0
Min. Teori Zavascki	0	2

Fonte: pesquisa própria

Nessa tabela, tem-se o número de votos em que cada ministro decidiu pela livre iniciativa ou pela função social da propriedade, o que ficou evidente pelos termos do inteiro teor de cada voto. Uma disposição gráfica desses dados permite uma análise comparada, de acordo com a data de ingresso de cada ministro na Corte, tal como realizada no *Gráfico 1*:

Gráfico 2



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se cada ministro do STF presente no recorte temporal da pesquisa e sobre o qual se conseguiu produzir dados a partir desta

segunda forma de análise dos dados, dispostos em ordem temporal de entrada na Corte. Do mesmo modo que o *Gráfico 1*, no eixo y, tem-se o índice de medida da posição de cada ministro: quanto mais próximo da extremidade 1, mais o ministro decidiu em favor da função social da propriedade; quanto mais próximo da extremidade 2, mais o ministro decidiu em favor da livre iniciativa.

Esse gráfico, individualmente analisado, demonstra que os ministros mais antigos na Corte tendiam mais à proteção da função social da propriedade, enquanto a tendência mais recente é a de chegada de ministros que asseguram a livre iniciativa na atividade empresarial.

De forma comparada, o formato da dispersão dos pontos que se obteve no *Gráfico 1* e no *Gráfico 2* não mudou de forma substancial. Metodologicamente, isso será importante para as premissas e as conclusões aprofundadas no capítulo 6.

No entanto, há que se destacar duas distinções primordiais entre os gráficos para a interpretação dos dados. Primeiro, a posição individual de alguns ministros é modificada a partir do método. O que se pode concluir preliminarmente, contudo, é que, apesar do inteiro teor dos votos demonstrar alguma preocupação com determinado princípio, os votos de alguns ministros deram ensejo ao outro. Segundo, a posição moderada não se repete a partir do segundo método. De fato, na decisão final, os ministros mais recentes podem não pender tanto para a promoção de um ou outro princípio. No entanto, na posição externada, percebe-se que os ministros mais recentes, em comparação com outros mais antigos, têm defendido mais a livre iniciativa do que a função social.

Compreendendo essa segunda forma de análise como mais adequada para chegar a conclusões assertivas quanto à posição individual de cada ministro sobre a finalidade da atividade empresarial, os dados encontrados a partir dela podem ser analisados tematicamente, como coloca esta tabela:

Tabela 5

Posição individual por tema

Ministro	Consumidor		Trabalhista		Empresarial	
	Livre iniciativa	Função social	Livre iniciativa	Função social	Livre iniciativa	Função social
Min. Alexandre de Moraes	1	3	1	0	0	0
Min. Ayres Britto	0	2	0	0	0	0
Min. Carlos Velloso	0	0	0	0	0	0
Min. Cármen Lúcia	1	9	1	0	0	0
Min. Celso de Mello	0	1	0	0	0	0
Min. Cezar Peluso	2	0	0	0	0	0
Min. Dias Toffoli	5	3	0	0	0	0
Min. Edson Fachin	0	9	1	1	1	0
Min. Ellen Gracie	0	1	0	0	0	0
Min. Eros Grau	0	2	0	0	0	0
Min. Gilmar Mendes	3	4	1	0	0	1
Min. Joaquim Barbosa	0	1	0	0	0	0
Min. Luiz Fux	2	2	0	0	0	0
Min. Marco Aurelio	3	2	1	0	0	0
Min. Nelson Jobim	0	0	0	0	0	0
Min. Nunes Marques	1	0	0	0	0	0
Min. Ricardo Lewandowski	1	5	0	0	0	0
Min. Roberto Barroso	3	1	1	1	0	0
Min. Rosa Weber	1	2	0	1	0	0
Min.	0	0	0	0	0	0

Sepúlveda Pertence						
Min. Teori Zavascki	0	2	0	0	0	0

Fonte: pesquisa própria

O número de acórdãos com o tema "consumidor" foi muito maior que o daqueles com os demais temas, de tal modo que a tendência à livre iniciativa ou à função social da propriedade por ministro não pode ser considerada distinta apenas pela mudança de índice de acordo com o tema, já que essa mudança pode ser fruto das especificidades do caso sobre o qual se proferiu o voto. Mesmo que a base de dados abarque a totalidade dos casos sobre o tema, o fato de haver poucos casos para uma produção substantiva quanto aos votos faz com que não seja possível chegar a uma conclusão sistemática sobre a mudança da posição individual por tema.

Da mesma forma, não foi possível sistematizar os dados individuais de cada ministro em uma linha do tempo para realizar uma análise temporal quanto a todos os temas em virtude do pequeno número de votos por ministro. Em média, entre os ministros sobre os quais se conseguiu produzir dados, foram apenas cerca de 5 votos por ministro. Assim, uma análise temporal individual não forneceria uma precisão sobre alguma mudança de posicionamento individual do ministro ao longo dos anos, pois poderia resultar apenas de uma coincidência quanto às questões julgadas em cada momento.

Portanto, de todos os dados apresentados neste subcapítulo, pode-se depreender que os ministros são, em geral, moderados quanto à livre iniciativa e à função social da propriedade aplicadas à atividade empresarial, que depende do caso analisado. Demonstrativo disso é a ausência de repetição de um padrão de escolha de um ou outro princípio por ministro de acordo com o tema. Poucos que destoam desse padrão pendem para reconhecer a finalidade social da empresa a partir do princípio da função social da propriedade. Mais recentemente, contudo, têm entrado no STF ministros com posições mais tendentes a decidir pela livre iniciativa.

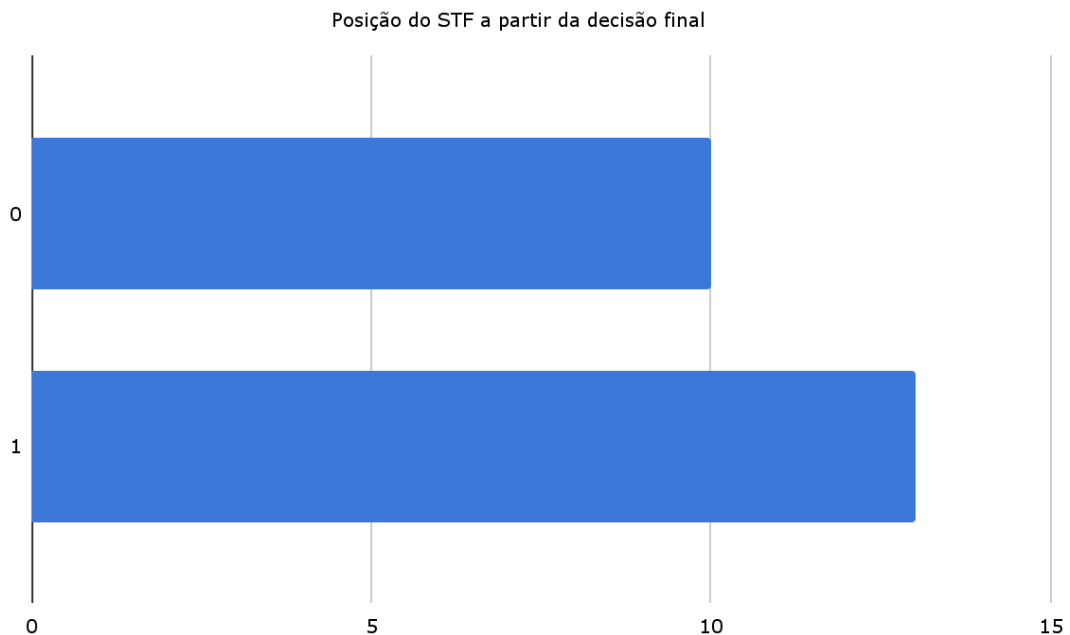
A disparidade entre os resultados encontrados a partir de cada forma de análise da posição individual também mostra que a justificativa dada para dar ensejo a determinado princípio, em detrimento de outro, na decisão final, é distinta da discussão sobre os princípios. Isso indica que, provavelmente, os ministros decidem pela livre iniciativa na atividade da empresa em detrimento de sua finalidade social, mas mascarando essa decisão final a partir de votos de valorização do princípio da função social da propriedade.

4.3. Análise coletiva: prevalência no todo, por tema e por período

Para realizar uma análise coletiva, do mesmo modo que na análise individual, foram utilizadas duas formas de análise dos dados: na primeira, considera-se a decisão final como reflexo da posição da Corte sobre a questão material da finalidade empresarial; e, na segunda, considera-se a posição da Corte como resultado da somatória das posições individuais dos ministros que a compõem (posições essas manifestadas no inteiro teor dos votos, como abordado pelo segundo método do subcapítulo 4.2).

A partir da **primeira forma** de análise, contabilizou-se da coluna de "decisão final" o número de vezes em que a Corte decidiu em prol da livre iniciativa ou em prol da função social da propriedade. Esses dados podem ser visualizados graficamente a seguir:

Gráfico 3

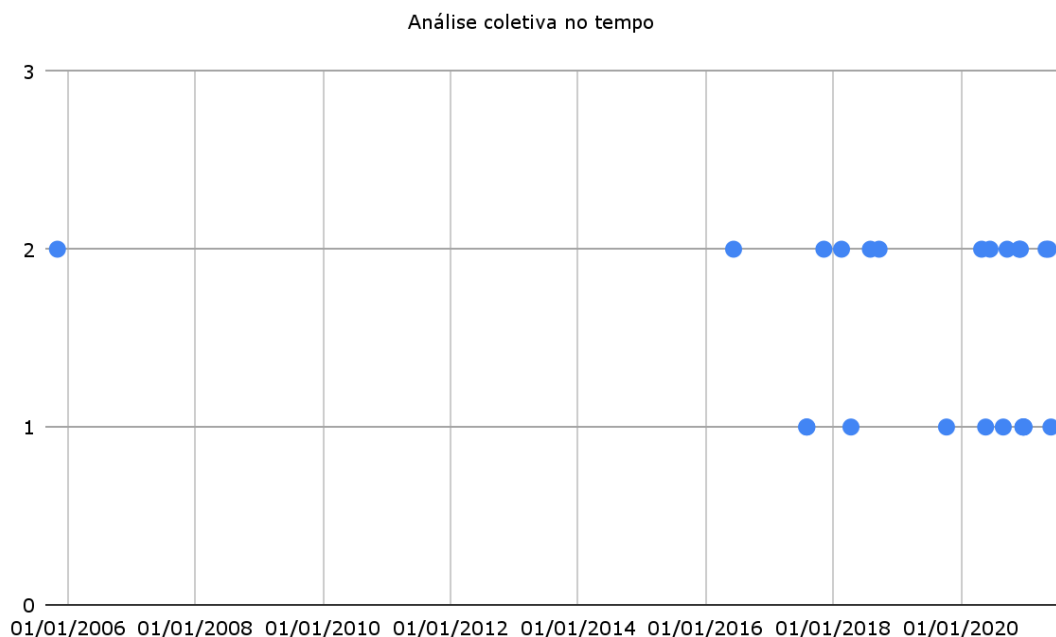


Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se o número de acórdãos, e, no eixo y, tem-se a classificação da "decisão em prol da livre iniciativa" (barra 0) e da "decisão em prol da função social da propriedade" (barra 1). Foram contabilizadas 23 decisões finais nessa análise, pois uma das decisões nos 24 acórdãos analisados foi "ação prejudicada", não fornecendo dados sobre a decisão de mérito da Corte. Com essa disposição, percebe-se que o STF decide mais em prol da função social da propriedade (em 13 acórdãos analisados) do que em prol da livre iniciativa (em 10 acórdãos).

Os mesmos dados também podem ser analisados temporalmente, como disposto no seguinte gráfico:

Gráfico 4



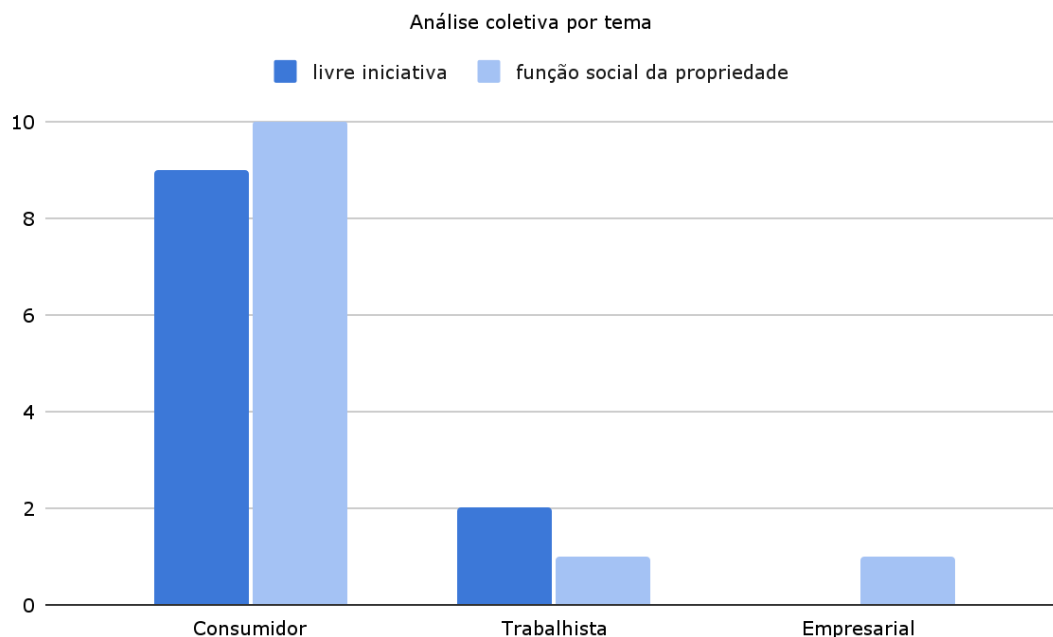
Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se uma linha do tempo no recorte temporal analisado, e, no eixo y, tem-se os marcadores das decisões em prol da livre iniciativa (marcador 1) e das decisões em prol da função social (marcador 2).

Uma análise visual do gráfico permite notar a maior dispersão no tempo das decisões que preservaram a função social da propriedade e a maior concentração temporal daquelas que preservaram a livre iniciativa a partir de 2020. Ou seja, o STF tinha uma tendência de decidir mais pela função social da propriedade, mas, mais recentemente, têm surgido mais decisões para preservar a livre iniciativa, equilibradas com aquelas de preservação da função social da propriedade. Esse achado de pesquisa está em consonância com o achado no *Gráfico 2*, que, utilizando-se da posição externada (e não meramente da decisão final, como aqui se faz), encontrou uma tendência de entrada na Corte de ministros que decidem pela preservação da livre iniciativa.

Ainda, é possível analisar as decisões finais do STF em relação ao tema discutido, como demonstrado adiante:

Gráfico 5



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se a classificação temática (consumidor, trabalhista ou empresarial) do acórdão, e, no eixo y, tem-se a medida do número de decisões em que a decisão final foi em prol da livre iniciativa (barra em azul escuro) e em que foi em prol da função social da propriedade (barra em azul claro). Em virtude do maior número de ações encontradas que abordaram a temática do consumidor, foram produzidos mais dados em relação a ela.

Com esses achados, não há grande distinção temática da posição do STF. De fato, a Corte decide mais em prol da função social da propriedade em temas de consumidor e empresarial, e mais em prol da livre iniciativa no tema trabalhista. No entanto, a distinção entre ter decidido por um ou por outra é pequena em cada tema (apenas 1 decisão de diferença), o que faz com que, primeiro, não haja uma posição muito demarcada por tema, e, segundo, a mudança de posição por tema não seja significativa.

Contudo, sabe-se que a decisão final não apresenta com autenticidade a decisão da Corte sobre a questão material discutida (a finalidade da atividade empresarial). Por isso, frente à dificuldade de

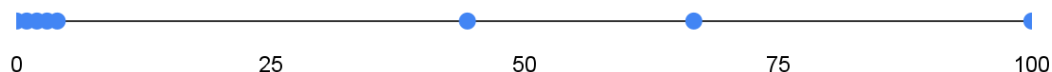
encontrar uma posição da Corte sobre o tema apenas a partir da decisão final do acórdão, procurou-se localizar os ministros, cujas posições externadas nos votos foram mapeadas pela segunda forma de análise no subcapítulo 4.2. Essa **segunda forma** de análise permitiu uma apresentação gráfica da posição do STF de acordo com a posição dos seus ministros que compuseram o tribunal no tempo.

De início, esta pesquisa desejou ter por recorte temporal o período de 1988 a 2022. No entanto, as decisões encontradas foram de 2005 a 2022. Assim, localizou-se a composição do STF desse período de 17 anos em 5 momentos (em 2005, em 2010, em 2012, em 2016 e em 2021) de acordo com a mudança substantiva do quadro de composição da Corte (uma média de substituição de 2 ministros de um subperíodo para outro).

Para cada momento, montou-se uma linha de posição. Quanto mais à direita da linha, mais próximo o ministro (localizado por um ponto) está de decidir pela livre iniciativa, como indica no inteiro teor de seus votos; quanto mais à esquerda, mais próximo está de decidir pela função social da propriedade. Dessa forma, foi montado o seguinte gráfico:

Gráfico 6

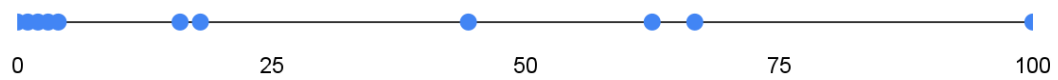
Composição do STF em 2005¹¹



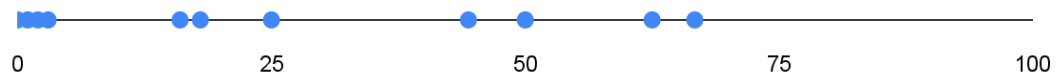
Composição do STF em 2010¹²

¹¹ Na ordem de localização dos pontos da esquerda para a direita: (1) Min. Ayres Britto, (2) Min. Eros Grau, (3) Min. Celso de Mello, (4) Min. Joaquim Barbosa, (5) Min. Ellen Gracie, (6) Min. Gilmar Mendes, (7) Min. Marco Aurélio, e (8) Min. Cezar Peluso. Não se produziram dados sobre os Min. Nelson Jobim, Min. Carlos Velloso e Min. Sepúlveda Pertence, que compunham a Corte à época.

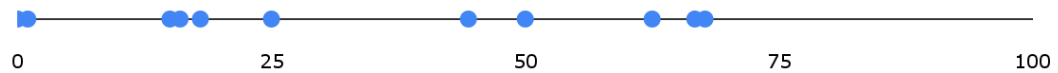
¹² Na ordem de localização dos pontos da esquerda para a direita: (1) Min. Ayres Britto, (2) Min. Eros Grau, (3) Min. Celso de Mello, (4) Min. Joaquim Barbosa, (5) Min. Ellen Gracie, (6) Min. Ricardo Lewandowski, (7) Min. Cármen Lúcia, (8) Min. Gilmar Mendes, (9) Min. Dias Toffoli, (10) Min. Marco Aurélio, e (11) Min. Cezar Peluso.



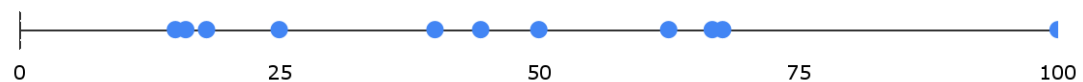
Composição do STF em 2012¹³



Composição do STF em 2016¹⁴



Composição do STF em 2021¹⁵



Fonte: pesquisa própria

Essa composição gráfica mostra como os pontos, antes mais concentrados à esquerda, vão, ao longo do tempo, deslocando-se para a direita. A composição da Corte mudou ao longo dos últimos 17 anos e, com

¹³ Na ordem de localização dos pontos da esquerda para a direita: (1) Min. Teori Zavascki, (2) Min. Ayres Britto, (3) Min. Celso de Mello, (4) Min. Joaquim Barbosa, (5) Min. Ricardo Lewandowski, (6) Min. Cármen Lúcia, (7) Min. Rosa Weber, (8) Min. Gilmar Mendes, (9) Min. Luiz Fux, (10) Min. Dias Toffoli, e (11) Min. Marco Aurélio.

¹⁴ Na ordem de localização dos pontos da esquerda para a direita: (1) Min. Teori Zavascki, (2) Min. Edson Fachin, (3) Min. Celso de Mello, (4) Min. Ricardo Lewandowski, (5) Min. Cármen Lúcia, (6) Min. Rosa Weber, (7) Min. Gilmar Mendes, (8) Min. Luiz Fux, (9) Min. Dias Toffoli, (10) Min. Roberto Barroso, e (11) Min. Marco Aurélio.

¹⁵ Na ordem de localização dos pontos da esquerda para a direita: (1) Min. Edson Fachin, (2) Min. Ricardo Lewandowski, (3) Min. Cármen Lúcia, (4) Min. Rosa Weber, (5) Min. Gilmar Mendes, (6) Min. Alexandre de Moraes, (7) Min. Luiz Fux, (8) Min. Dias Toffoli, (9) Min. Roberto Barroso, (10) Min. Marco Aurélio, e (11) Min. Nunes Marques.

ministros distintos com posições diferentes, a posição geral da Corte também mudou. E, a partir desse gráfico, percebe-se que, cada vez mais, entram no STF ministros que decidem pela garantia da livre iniciativa. Essa tendência dos ministros, isoladamente, está de acordo com a tendência de decisões finais em prol da livre iniciativa, como encontrado no *Gráfico 4*.

Por meio dessa segunda forma de análise, que considera a soma das posições individuais como uma posição geral da Corte, é difícil analisar a mudança da posição do STF de acordo com o tema. Haveria duas formas de abordar esse ponto, que, nesta pesquisa, são consideradas ambas equivocadas. Primeiro, poderia ser agrupado o número de votos em que a livre iniciativa prevaleceu e em que a função social da propriedade prevaleceu em relação a cada tema e fazer uma análise comparativa. Porém, o número de um pode ser maior que o de outro não por prevalência, mas por ministros que mais defendem um princípio terem proferido mais votos do que os outros. Ou seja, não traz um dado verídico. Segundo, poderia ser avaliado se há mais ou menos ministros em cujos votos prevaleceu a livre iniciativa ou a função social da propriedade de acordo com o tema. Entretanto, como abordado no subcapítulo 4.3, em virtude do baixo número de votos por ministro, a classificação de um como prol livre iniciativa e de outro como prol função social, sem índices de medida, não é possível.

Portanto, o que se pode concluir sobre a posição do STF quanto à finalidade da atividade empresarial é que a Corte, em geral, interpreta a atividade da empresa a partir da predominância do princípio da função social da propriedade. Assim, reconhece uma "finalidade social da empresa". Todavia, a tendência atual é de decidir dando enfoque à livre iniciativa da empresa, como demonstram as decisões finais dos acórdãos e as posições dos ministros que compõem a Corte. Temporalmente, encontrou-se grande diferença na posição do STF quanto à finalidade da empresa; tematicamente, a diferença não foi substantiva.

4.4. A ausência do “teste de proporcionalidade”

Nos votos analisados, "livre iniciativa" e "função social da propriedade" são trazidos como princípios da ordem econômica constitucional e, por vezes, direitos fundamentais [subcapítulo 5.1].

Em alguns votos, os princípios não são contrapostos, parecem andar lado a lado. Na ADI 6342 MC-Ref e na ADI 4637, os ministros não os contrapõem. Pelo contrário, colocam-os como co-dependentes: para que haja o estímulo à função social, é necessária a proteção da empresa (estímulo à livre iniciativa). Na prática, contudo, o princípio assegurado é evidente. No caso da ADI 6342, a exemplo, assegurou-se a livre iniciativa da empresa sob a justificativa de dependência da função social desse outro princípio.

Mas a maioria dos votos divergem dessa lógica. O que fazem, em geral, é expressamente sobrepor um princípio ao outro de acordo com o tema e de acordo com a questão. Porém, a partir do momento em que esses princípios são abordados pelos ministros como direitos fundamentais, a discricionariedade de sobreposição de um ao outro mostra-se problemática. Destaca Virgílio Afonso da Silva que:

Quando se leva a sério a premissa de que os direitos fundamentais têm um âmbito de proteção amplo, as restrições a eles ficam mais claras, mesmo aquelas às quais já estamos acostumados. Não é a intuição ou o costume o critério decisivo para identificar uma restrição como compatível com a Constituição ou não. É o teste de proporcionalidade.

(SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 120).

O teste de proporcionalidade é dotado de fases específicas e tem por finalidade adequar a restrição a direitos fundamentais à ordem constitucional. Cabe então avaliar se o teste é devidamente aplicado na

ponderação da livre iniciativa e da função social da propriedade, como direitos fundamentais, quando se analisa a atividade empresarial.

Para realizar essa análise, cruzaram-se as colunas "ministro" e "aplicação do teste de proporcionalidade". Como melhor explicado na metodologia [subcapítulo 2.3.2], foram consideradas cinco variantes na aplicação do teste de proporcionalidade: 0 - o ministro não aplicou o teste; 1 - o ministro aplicou o teste; 2 - o ministro não discutiu o tema para aplicar o teste; 3 - não se tem o voto do ministro; e 4 - o ministro citou o teste, mas não o aplicou.

Aqui, pretende-se analisar apenas a aplicação do teste na discussão material do art. 170 da CF, sendo utilizados os votos em que se classificou como 0 ou 1. O voto classificado como 4, unitário, pode ser analisado separadamente. Os dados foram estruturados no seguinte gráfico:

Gráfico 7



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se cada ministro do qual se produziram dados sobre a utilização ou não do teste de proporcionalidade em ordem de chegada no

STF (do mais antigo – à esquerda – ao mais recente – à direita). No eixo y, tem-se o número de vezes em que, tendo-se o voto do ministro no qual se abordou a temática, aplicou-se o teste de proporcionalidade (marcado pela coluna 1, em azul escuro, correspondente à variante 1) e em que não se aplicou o teste (marcado pela coluna 2, em azul claro, correspondente à variante 0).

Nota-se que o teste de proporcionalidade sequer é utilizado pela maior parte dos ministros. Não se observa, também, qualquer tendência dos ministros mais recentes na Corte de decidir sobre a livre iniciativa e a função social com base no teste. Dos quatro ministros que já o utilizaram (o que representa menos de 25% do total de ministros sobre os quais se produziram dados), apenas um deles utilizou o teste mais do que deixou de utilizá-lo, o Min. Alexandre de Moraes. Esse caso, como se percebe, é uma exceção frente à regra. Em alguns votos do ministro, inclusive, o princípio da proporcionalidade é decisivo, como na ADI 5792, em que se reconheceu as limitações do princípio da livre iniciativa, mas esse se sobrepôs ao da função social em virtude da aplicação do teste de proporcionalidade.

Ainda, cabe ressaltar que, quando aplicado o teste de proporcionalidade, raramente o é em sua completude, nas três etapas desenvolvidas pela doutrina: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2021, p. 120). Na maior parte das vezes, o teste de proporcionalidade foi apenas citado como presente no voto, não aplicado de fato.

O que se extrai desses dados é que a prevalência da livre iniciativa ou da função social da propriedade tanto nos votos dos ministros individualmente, quanto na decisão final do STF, é fruto de outros critérios que não o da proporcionalidade, critério lógico-sistemático de interpretação da Constituição. Caso contrário fosse, as estruturas de interpretação constitucional, como o caso do teste de proporcionalidade para avaliar a prevalência de um ou outro, estariam presentes nos votos.

Ademais, quando utilizado, o teste de proporcionalidade parece ser apenas um gancho de legitimação da preferência adotada pelo ministro de

acordo com a norma analisada. É o que indica, por exemplo, o voto do Min. Alexandre de Moraes na ADI 451:

A autonomia garantida na Constituição à iniciativa empresarial, embora de importância cardeal para a propagação da atividade econômica no país, não proíbe o Estado de atuar subsidiariamente sobre a dinâmica do fenômeno econômico para garantir que ele sirva ao alcance de objetivos indispensáveis para a manutenção da coesão social, dentre eles, principalmente, aqueles que estão listados nos incisos do art. 170 do texto constitucional, desde que haja proporcionalidade entre a restrição à atividade econômica proposta e a finalidade de interesse público. Não me parece existir qualquer desproporcionalidade, pois é sabido que estacionamentos sem qualquer tipo de vigilância constituem espaço propício para a ocorrência de pequenos delitos e agravos à integridade de seus usuários. Não me parece, portanto, que a legítima e salutar preocupação com esses aspectos da vida cotidiana dos usuários de estacionamentos possa ser considerada inconstitucional, sob pena de inviabilização de qualquer regulamentação sobre o tema, inclusive a federal.

(Voto do Min. Alexandre de Moraes na ADI 451)

Utilizando-se de outros critérios para a decisão fática, apenas citar a "proporcionalidade", e não a aplicar, demonstra que a função dela nos votos é somente colocar um manto jurídico sobre uma decisão política sobre o mercado.

5. Os fundamentos utilizados

No capítulo 4, debruçou-se sobre a posição do STF quanto à prevalência de um ou de outro princípio da ordem econômica para a compreensão da finalidade da atividade empresarial. A preocupação desta seção é outra: quais as razões de decidir dos ministros? Ao julgarem, os ministros sopesam seis pontos: suas próprias preferências, preferências institucionais, preferências do governo federal, potenciais consequências econômicas ou políticas da decisão, a opinião pública sobre o caso, e os aspectos legais envolvidos (KAPISZEWSKI, 2011, p. 472).

Ao final do capítulo 4, percebeu-se que a análise lógico-jurídica para essa definição não foi a prevalente, não sendo tão relevante quanto imaginado, de início, os aspectos legais envolvidos. Com isso, faz-se necessário avaliar os fundamentos utilizados para assim decidir. Este capítulo tem por objetivo compreender se a discussão material sobre a finalidade da empresa foi central para a decisão (5.1) e quais foram os critérios utilizados para a decisão material (5.2).

5.1. A centralidade da discussão material para a decisão

Uma dificuldade metodológica presente em toda a pesquisa foi trabalhar com dados quantitativos quanto à decisão final sem ter uma garantia de que ela reproduziria uma posição da Corte sobre a finalidade da empresa frente aos princípios do art. 170, e não qualquer outro fundamento (de inconstitucionalidade formal ou de outro dispositivo constitucional). Além disso, buscar a centralidade da discussão sobre a livre iniciativa e a função social da propriedade permite perceber a relevância ou não dos princípios constitucionais para as decisões do STF sobre a atividade empresarial.

Sendo assim, procurou-se produzir dados relativos à centralidade da discussão material nos votos analisados para a decisão expressa por cada ministro. Essas informações foram estruturadas na seguinte tabela:

Tabela 6

Centralidade da discussão material por ação

Votos que abordaram o art. 170 da CF	<i>Obiter dictum</i>	12
	<i>Ratio decidendi</i>	70
Votos que não abordaram o art. 170 da CF		20

Fonte: pesquisa própria

Nessa tabela, os votos são classificados entre aqueles que abordaram o art. 170 da CF, seja expressamente, seja implicitamente por meio da abordagem dos princípios, e aqueles que não abordaram o artigo. Cerca de 20% dos votos não abordaram a livre iniciativa ou a função social da propriedade para sustentar o seu ponto. Esses votos não foram contabilizados na análise individual de prevalência de um ou outro princípio, anteriormente realizada, pelo inteiro teor do voto. Dos votos que abordaram o art. 170, foram considerados *obiter dictum* aqueles nos quais a discussão sobre os princípios não foi decisiva para a posição final do ministro, e *ratio decidendi* aqueles nos quais a discussão foi decisiva para a posição final individual.

O critério para decidir se a discussão foi decisiva ou não para o voto, em específico, foi a concatenação lógica utilizada pelo ministro. Se a discussão sobre os princípios foi suficiente para atestar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei em questão, ou seja, se os demais pontos abordados não fizeram com que a decisão se revertesse, então classificou-se como *ratio decidendi*. A maior parte das decisões caminhou para esse sentido. Se a discussão sobre os princípios, que levaria a uma conclusão, foi sufocada por outra discussão, que levou o ministro a decidir de forma distinta da que ele decidiria se tivesse considerado apenas os princípios, então classificou-se como *obiter dictum*. A exemplo, na ADI 2163, o Min. Eros Grau e o Min. Ayres Britto retificaram os seus votos em que, originalmente, na discussão sobre os princípios, não reconheciam a inconstitucionalidade da lei impugnada; porém, em relação à isonomia, decidiram pela inconstitucionalidade da lei. Nesse caso, a discussão sobre os princípios foi *obiter dictum*.

Em 68% dos votos, no total, referente a 85% dos votos analisados, a discussão sobre os princípios foi *ratio decidendi* para o voto final. Isso demonstra que a discussão principiológica foi central para a decisão sobre a constitucionalidade das normas que tutelam a atividade empresarial. Assim, uma análise geral da decisão final produzida no acórdão não traz tanta incerteza quanto ao fundamento da decisão, pois, pelo menos na íntegra dos votos, esse fator foi prevacente. Ainda, o art. 170 mostrou-se essencial para a imputação de determinada finalidade à empresa e, então, para a intervenção ou não do STF em decisões políticas (subcapítulos 6.1 e 6.2).

5.2. A presença de argumentos socioeconômicos

De início, tentou-se contar o número de argumentos extrajurídicos presentes em cada voto e transcrever os trechos nos quais eles apareciam. Contudo, em certo ponto da leitura dos acórdãos, essa tarefa mostrou-se inviável em virtude da dificuldade de classificação de um argumento em determinado sistema (econômico, político ou jurídico, a exemplo) e, então, divisão dos argumentos para contabilização (é o caso do limite entre o argumento histórico e o argumento jurídico).

O que se percebeu foi a presença ou não de argumentos socioeconômicos nos votos dos ministros presentes nos acórdãos. Os argumentos encontrados, quando não jurídicos, mostraram-se consequencialistas, preocupados com a realidade socioeconômica. A exemplo:

Há vários fatores econômicos que provavelmente foram considerados para a edição da norma, inclusive, por meio do desconto, evitar a evasão escolar e a transferência de alunos para a rede pública, que também implicariam a redução do faturamento das instituições. Não é possível imaginar no cenário de crise que a pandemia potencializou que todos os alunos se mantivessem matriculados e pagando a integralidade do valor contratado.

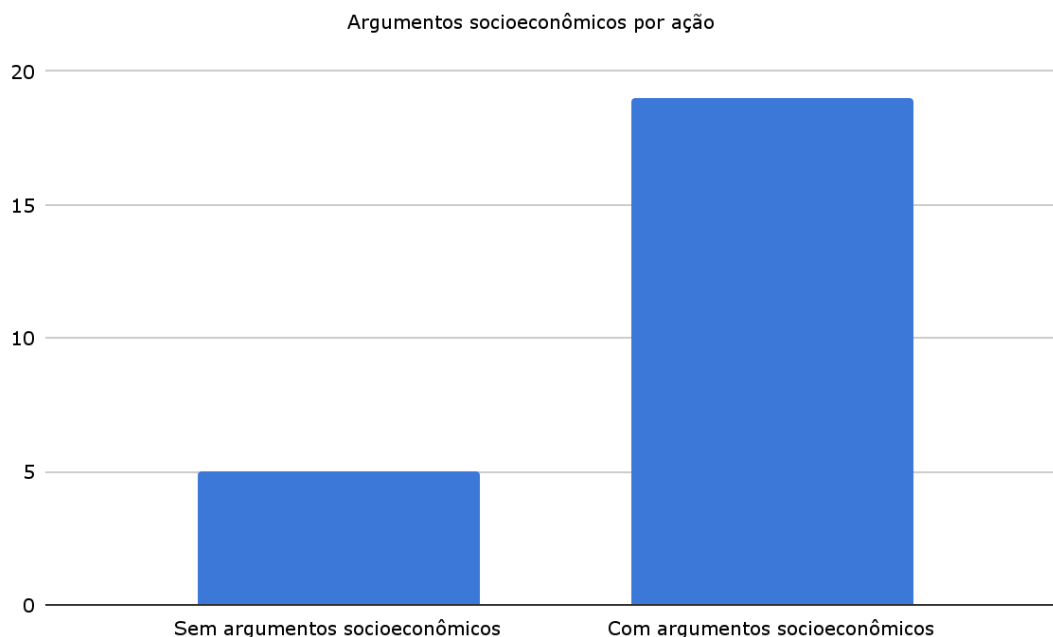
(Voto do Min. Edson Fachin na ADI 6423)

A dimensão global da crise socioeconômica decorrente das medidas de contenção da pandemia da Covid-19 recrudesceu a fragilidade dos trabalhadores no mercado econômico. Latentes na sociedade líquida de Zygmunt Bauman, medo e insegurança tornam-se cada vez mais ostensivos sob os efeitos socioeconômicos decorrentes da pandemia causada pelo coronavírus. Pesquisador da sociedade moderna, Bauman já alertava para a seletiva afinidade entre desigualdade social e "vítima colateral" de catástrofes naturais ou provocada pelo homem, mercê da invisibilidade de certas categorias, e excluí-las das agências de planejamento e prevenção, marcadas pelo 'duplo estigma de desimportância e falta do mérito'. Dessa forma, ressalta a imperatividade do enfrentamento dos efeitos socioeconômicos das catástrofes a partir da sua interação com os efeitos agravantes da desigualdade social.

(Voto da Min. Rosa Weber na ADI 6342 MC-Ref)

A partir de uma análise quantitativa da presença ou não desses argumentos nos acórdãos, elaborou-se o seguinte gráfico:

Gráfico 8



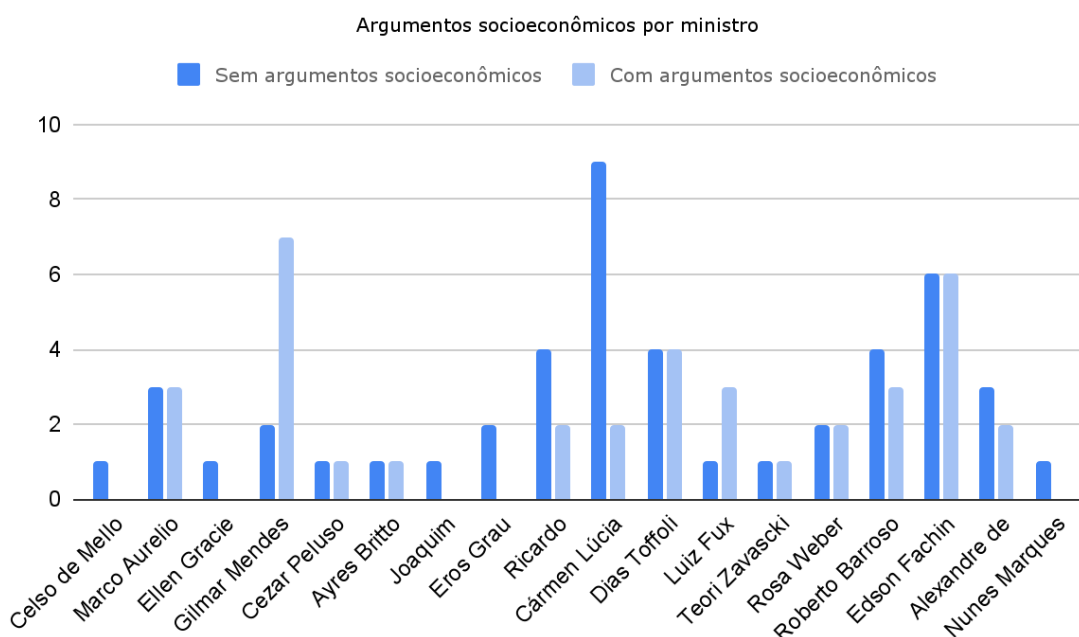
Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se a classificação das ações nas quais não se encontraram argumentos com conteúdo extrajurídico (sem argumentos socioeconômicos) e nas quais eles foram encontrados (com argumentos socioeconômicos). No eixo y, tem-se a mensuração de quantas ações foram encontradas para cada classificação.

Nota-se que, na maior parte dos acórdãos analisados, estiveram presentes argumentos socioeconômicos para decidir sobre a constitucionalidade do dispositivo impugnado. Isso demonstra uma necessidade de recorrer a elementos fora da mera estrutura do sistema jurídico e da sua interpretação sistemática. Além disso, há também uma escolha dos ministros de trazer argumentos fáticos, a partir de uma análise socioeconômica, e não apenas jurídicos para sustentar as suas decisões, o que pode significar uma tentativa de adequação da norma a necessidades externas às do sistema jurídico.

Exemplos disso podem ser constatados nos votos dos ministros, cuja utilização de argumentos socioeconômicos também pôde ser analisada graficamente, como estruturado a seguir:

Gráfico 9



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se os ministros, em ordem de chegada no STF, do mais antigo (à esquerda) ao mais novo (à direita). No eixo y, tem-se a medida de em quantos votos os ministros apresentaram argumentos socioeconômicos (em azul claro) e em quantos não apresentaram (em azul escuro). Contabilizaram-se apenas aqueles votos cujo inteiro teor foi registrado em ata.

Percebe-se que alguns ministros apresentaram muito mais argumentos socioeconômicos do que deixaram de apresentar, como é o caso do Min. Gilmar Mendes, enquanto outros apresentaram poucos quando comparados aos votos essencialmente jurídicos, como é o caso da Min. Cármen Lúcia. A exemplo, o Min. Gilmar Mendes colocou que:

"Outrossim, destaque-se que os especialistas em finanças públicas são unânimes em afirmar que haverá a necessidade de endividamento dos Entes Federativos para fazer frente ao surto epidemiológico e, posteriormente, aos caos

econômico e social, diante do fato de que, inevitavelmente, a economia formal e informal, de todos os setores, sofrerá perdas incomensuráveis, com reflexos na arrecadação estatal e do Segundo Setor (econômico-produtivo). O prof. José Roberto Afonso, economista, aponta que os Governos deverão trabalhar com o cenário consequencial de enfrentamento de uma guerra, tamanha a repercussão econômica e social, que exigirá dos Poderes instituídos medidas drásticas e de alto custo (endividamento) para o restabelecimento do cenário anterior ao início da pandemia. (...) haverá queda de arrecadação dos setores público e privado, em momento que exige manutenção dos empregos e expansão dos gastos sociais, transformando o atual cenário econômico-fiscal em uma equação de difícil solução a curto prazo."

(Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 6342 MC-Ref)

Esse voto, como a maior parte daqueles que trouxeram argumentos extrajurídicos, traz posições econômicas e uma lógica consequencialista para embasar a sobreposição de um princípio da ordem econômica a outro e, assim, decidir sobre a constitucionalidade da lei impugnada. Outros votos vão além: mais que escolher economistas ou dados empíricos para sustentar determinada decisão, apresentam expressamente a opinião do ministro de qual seria a política pública mais adequada. Ilustrativo disso é o voto do Min. Roberto Barroso, que colocou:

"E, aí, a norma não oferece nenhum tipo de balizamento, portanto, é uma competência discricionária sem *standard*. Ainda quando isso puder ser aceitável, **eu acho que** idealmente **deveria haver** uma norma geral, ainda que da própria ANCINE, mas, sobretudo, e esse ponto eu gostaria de enfatizar, uma decisão como essa tem

que ser legitimada pelo menos pelo procedimento, pela transferência. De modo que, se a ANCINE pode escolher alguns *players* e dispensar do cumprimento das exigências de conteúdo mínimo nacional, **eu penso que** ela tem um dever de justificação analítica dos motivos pelos quais está dispensando sob pena de poder produzir favorecimentos ou perseguições eventuais."

(Voto do Min. Roberto Barroso na ADI 4923)

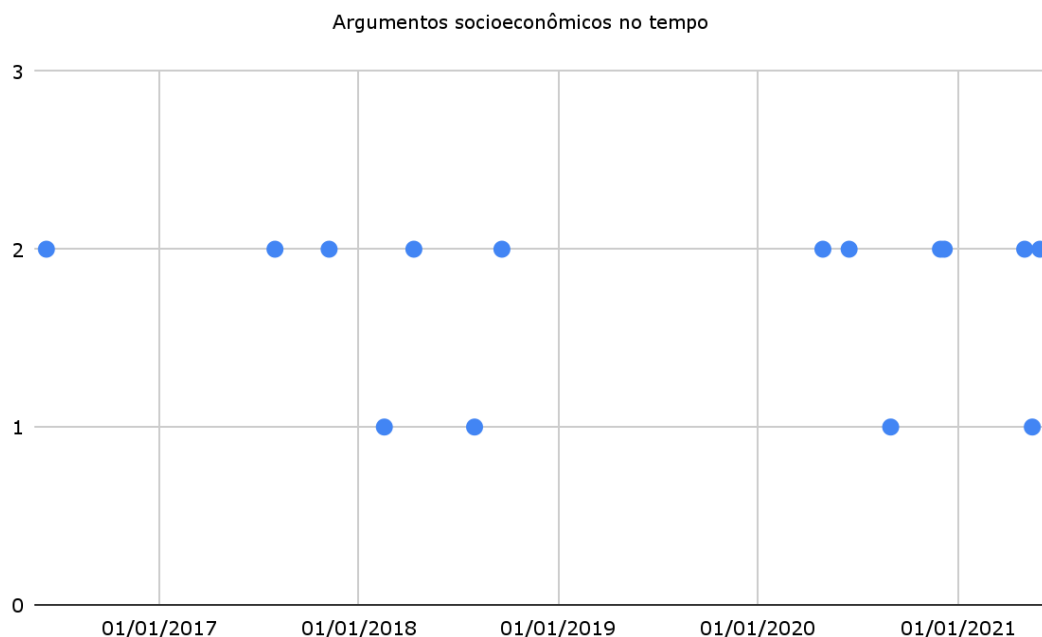
Não se pretende, claro, atribuir qualquer juízo de valor negativo à presença desses argumentos nas decisões da Corte. Afinal, em muitos dos votos, os argumentos socioeconômicos apresentam-se como uma via de análise da efetividade da decisão. É o que destaca o Min. Gilmar Mendes:

"A mim, me parece, no entanto, que, certamente, ouviremos notícias sobre controvérsias que ocorrem em função da mudança significativa que se implementa, sem a necessária cláusula de transição. Sabemos todos que, por exemplo, os americanos adotam a ideia das chamadas leis temporárias, as sunset legislation, com o objetivo de fazer o acompanhamento e confirmar ou não as transformações, até com adaptações ao final de um dado período. E aqui é um ..., claro, vai falar-se que houve prazo de 180 dias, que é o período de *vacatio*. Às vezes, também, será um período, certamente, insuficiente para mudanças exigidas. Por isso, gostaria de fazer esse registro, que acaba incidindo, afinal, na impossibilidade, às vezes, na ineficácia de norma de grande valia."

(Voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 5357 MC-Ref)

Os dados coletados também permitem uma análise temporal, para avaliar se houve alguma mudança na tendência de utilização de argumentos socioeconômicos pelo STF. Os dados são estruturados no seguinte gráfico:

Gráfico 10



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se uma linha do tempo, e, no eixo y, tem-se 1 (que representa a ausência de argumentos socioeconômicos) e 2 (que representa a presença de argumentos socioeconômicos). Cada ponto é representativo de um acórdão. Uma análise visual desse gráfico conclui que há uma relativa dispersão dos pontos, de tal forma que, no recorte temporal desta pesquisa, o STF sempre tendeu a decidir sobre a atividade empresarial com base em argumentos extrajurídicos.

Tratando-se do controle de constitucionalidade de normas que tutelam a atividade empresarial, a utilização de muitos argumentos socioeconômicos pela Corte é significativa. O consequencialismo demonstra uma preocupação do STF com a influência da decisão no mercado. Talvez, a análise da norma sob uma perspectiva essencialmente jurídica, também, fosse insuficiente para interpretar corretamente o art. 170 da CF e atribuir determinado valor à finalidade da empresa, que provém de uma análise fática. De todo modo, os argumentos socioeconômicos estiveram muito presentes e foram constitutivos das decisões do tribunal sobre a atividade

empresarial. O que prevalece, de forma expressa, são as potenciais consequências econômicas ou políticas da decisão do STF sobre o mercado.

6. A posição institucional do STF

Ao decidir sobre a inconstitucionalidade de dispositivo legal, além de atribuir uma finalidade à empresa de acordo com os princípios da ordem econômica, o STF também se posiciona institucionalmente como Corte em relação ao Legislativo, à Federação e aos entes que impetram as ações. Apesar das decisões expressamente apresentarem uma preocupação com potenciais consequências econômicas ou políticas, índices que comparam as decisões proferidas com outros elementos da decisão podem sugerir que, implicitamente, as razões de decidir dos ministros têm relação com suas próprias preferências, preferências institucionais, preferências do governo federal e a opinião pública sobre o caso.

Todas as normas impugnadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade analisadas foram atos normativos federais ou estaduais elaborados pelo Congresso Nacional ou pelas Assembleias Legislativas estaduais. As decisões do STF, em tese, analisam tão somente a constitucionalidade ou não da norma impugnada, razão pela qual se reconhece ou não o pedido. Porém, a análise dos dados indica um comportamento institucional específico de decisão por motivos distintos daqueles essencialmente jurídicos. Além dos fundamentos utilizados [capítulo 5], expressamente dispostos nas decisões, a tendência de maior ou menor interferência de acordo com o tema, com o tempo ou com o ente federativo refletem uma posição política do STF.

Diante disso, este capítulo tem por finalidade observar os dados coletados sob a perspectiva da tripartição dos poderes, do federalismo e da democracia.

6.1. A interferência da Corte na produção do Legislativo

Entendeu-se por "interferência" na produção do legislativo o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma impugnada pela ação. Afinal, é a partir desse reconhecimento que o STF interfere na política escolhida por outro poder, retirando-a do sistema jurídico. Aqui, analisou-se a interferência na produção do legislativo federal e estadual.

Para analisar a interferência da Corte na produção do Legislativo, foram cruzados os dados das colunas “questão levantada” e “decisão final”¹⁶. Então, chegou-se à seguinte tabela:

Tabela 7

Interferência quantitativa no Legislativo

Decisão final	Livre iniciativa	Função social da propriedade	Ação prejudicada	Total
Questão Levantada				
Livre iniciativa	9	11	1	21
Função social da propriedade	1	2	0	3
Total	10	13	1	24

Fonte: pesquisa própria

A partir dessa tabela, percebe-se que em 11 casos houve compatibilidade entre o pedido e a decisão final (9 quanto à livre iniciativa e 2 quanto à função social da propriedade) e, em outros 12, o STF julgou improcedente o pedido (11 quando o pedido foi pela livre iniciativa e 1 quando o pedido foi pela função social da propriedade). Um dos acórdãos não teve decisão, pois a ação foi julgada prejudicada, de tal modo que não produz dado relevante para a análise. A partir disso, estrutura-se que:

Tabela 8

Interferência percentual no Legislativo

Sem	4%
-----	----

¹⁶ Classificou-se “questão levantada” no sentido da livre iniciativa ou no sentido da função social da propriedade de acordo com o princípio utilizado como fundamento do pedido realizado. Classificou-se “decisão final” de forma generalista, afinal, já se explicou a imprecisão da decisão final para analisar a posição da Corte especificamente quanto aos princípios. Com isso, avaliou-se apenas se a decisão final acatou ou não o pedido e, de acordo com o fundamento do pedido, se deu ensejo à livre iniciativa ou à função social da propriedade. Assim, o que é possível abstrair dessa segunda classificação é tão somente a compatibilidade ou não da decisão com o pedido formulado.

juízo de mérito					
Com juízo de mérito	96%	Reconheceu-se o pedido	48%	Livre iniciativa	81%
				Função social da propriedade	19%
		Não se reconheceu o pedido	52%	Livre iniciativa	92%
				Função social da propriedade	18%

Fonte: pesquisa própria

Dessa forma, tem-se que, em metade dos acórdãos, o STF decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado. Ademais, apesar de não ter reconhecido pedidos baseados na livre iniciativa (92% dos casos) mais do que ter reconhecido (81% dos casos), quando se reconheceu, foram majoritariamente pedidos baseados nesse princípio.

De fato, o STF interferiu menos do que julgou improcedente as ações diretas de inconstitucionalidade. No entanto, esse dado isolado não traz qualquer informação sobre essa interferência na produção do Legislativo ser grande ou pequena. Em virtude disso, é necessário comparar o dado encontrado nesse recorte de pesquisa com um dado geral sobre como o STF se comporta em julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Em pesquisa defendida em 2016, Canello¹⁷ constatou que, de 1988 a 2015, de todos os pedidos em sede de ADI, ADC, ADO e ADPF que contestavam norma estadual ou norma federal, apenas 20% prosperaram. Porém, daqueles em que houve juízo de mérito, 80% dos pedidos foram reconhecidos. Essa informação pode ser melhor observada a partir da seguinte tabela:

¹⁷ A pesquisa "Ações Diretas no Supremo Tribunal Federal do Brasil (1988-2015)" é um apêndice da tese de doutorado em Ciência Política de Júlio Canello, "Judicializando a federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais", defendida em 2016 no IESP-Uerj. Foram analisadas 5634 ações a partir de 70 variáveis.

Tabela 9

Interferência geral no Legislativo

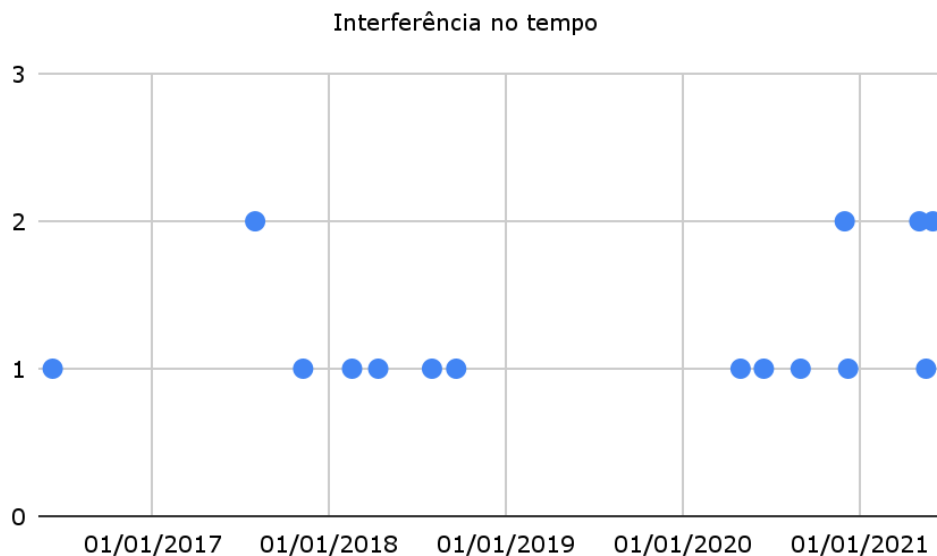
Sem julgamento de mérito	69%		
Com julgamento de mérito	31%	Reconheceu-se o pedido	81%
		Não se reconheceu o pedido	19%

Fonte: elaboração própria a partir da pesquisa de Canello

Enquanto o STF, no geral, não realiza o julgamento de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade (69% das decisões foram sem julgamento de mérito), naqueles casos que tangenciam a atividade empresarial, realiza julgamento de mérito (em apenas 4% das decisões – 1 decisão – não houve julgamento de mérito). Nas decisões em que se julga o mérito, o STF normalmente reconhece o pedido (em 81% das decisões). Em contrapartida, nos casos envolvendo a atividade empresarial em que se decidiu sobre o mérito, o STF reconhece menos o pedido (em apenas 49% das decisões). Assim, percebe-se uma tendência da Corte de, por um lado, interferir menos na produção do legislativo que dispõe sobre a atividade empresarial, mas, por outro lado, decidir mais sobre o mérito dessas ações. Decidir mais sobre o mérito não diz nada sobre a posição do STF em relação ao tema: quando decide sobre o mérito, o STF reconhece menos os pedidos de declaração de inconstitucionalidade do que o faz em relação a outros temas. Desse modo, há uma maior autorrestricção quanto ao tema ao lado de uma reafirmação da constitucionalidade do que foi decidido pelo legislativo, como instrumento de legitimação, atuando o Supremo como força majoritária no sistema de tripartição de poderes.

Esses dados também podem ser analisados temporalmente a partir das datas das decisões, como demonstra este gráfico:

Gráfico 11



Fonte: pesquisa própria

O eixo x é a linha do tempo e o eixo y é o índice de interferência, que varia de 1 (quando a decisão não interferiu na produção do Legislativo, não dando procedência ao pedido de declaração de inconstitucionalidade) a 2 (quando a decisão interferiu na produção do Legislativo, declarando a inconstitucionalidade do dispositivo legal). Cada ponto é a decisão final de um acórdão, localizada em determinada data e que decidiu por interferir ou não.

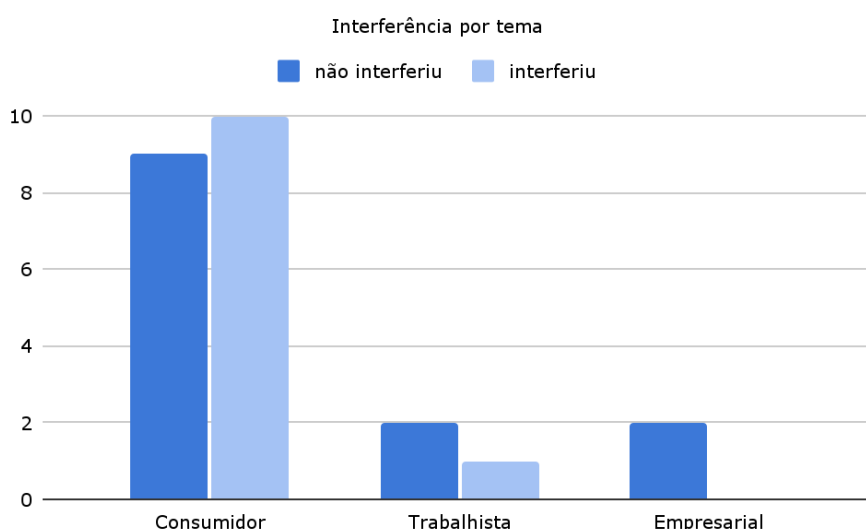
Sabe-se, pela tabela anterior, que o número de pontos em que houve interferência é praticamente o mesmo que o número de pontos em que não houve interferência¹⁸. Porém, visualmente, os pontos localizados em 2 estão mais próximos e concentrados a partir de 2020, quando comparados com os pontos localizados em 1, que estão mais dispersos na linha do tempo. De abril de 2020 a maio de 2021, estão concentradas 14 das 24 decisões. Dentre elas, em 8 houve interferência, contra 6, nas quais não houve.

¹⁸ Não há tantos pontos no gráfico quanto decisões analisadas (há apenas 15 pontos, enquanto 24 decisões fazem parte da amostragem) em virtude do pequeno espaço do gráfico, o que fez com que o *software* utilizado para construir o gráfico de acordo com as informações numéricas disponibilizadas unisse as decisões temporalmente próximas em um mesmo ponto.

Em vista disso, os dados demonstram uma maior tendência do STF de decidir de forma contrária ao Legislativo após o início da pandemia da Covid-19, em março de 2020, quando houve um aumento do número de ações, em geral. O índice de interferência nessa matéria mostrou-se maior no período de 2020-2021, de cerca de 57%, quando comparado ao índice total, de 48%. Ou seja, o índice total foi influenciado pelo aumento do índice de interferência a partir de 2020. Junto a isso, uma observação visual do gráfico atesta que essa nova postura contraria uma posição anterior da Corte de não reconhecer a inconstitucionalidade pleiteada.

Ainda, esses dados também podem ser analisados tematicamente, como demonstra o gráfico:

Gráfico 12



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se a classificação temática, e, no eixo y, tem-se o número de acórdãos nos quais não houve interferência (classificação em azul escuro) e nos quais houve interferência (classificação em azul claro), marcado pelas colunas. Como explicado no subcapítulo 4.2, a classificação temática foi realizada a partir da leitura preliminar dos acórdãos, que forneceu uma perspectiva ampla do todo e permitiu a divisão dos acórdãos

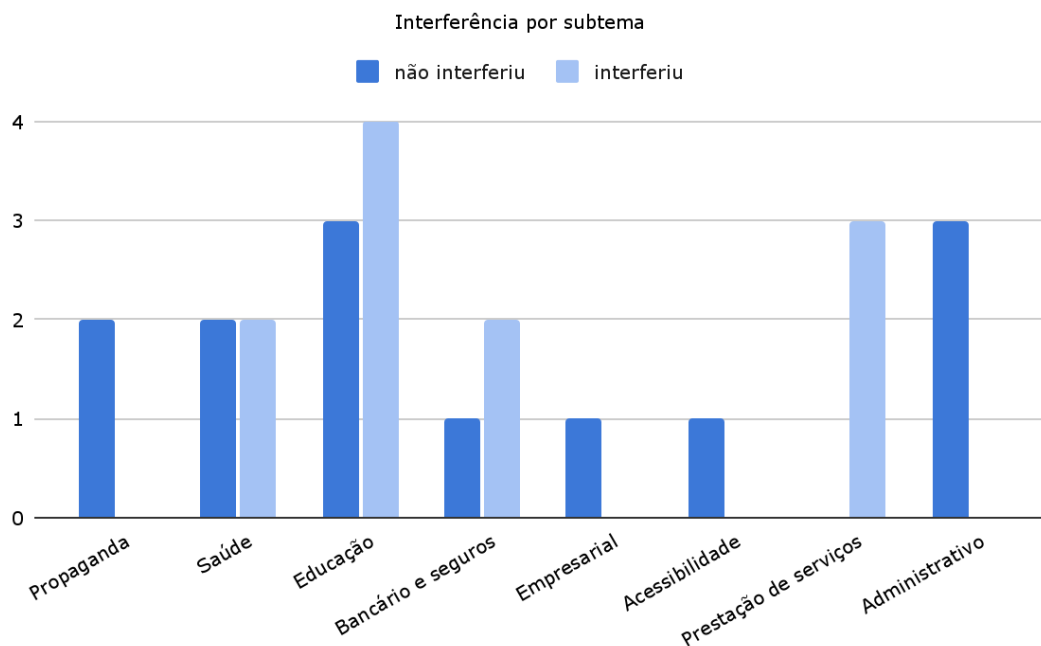
em três macrotemas, de acordo com a relação presente¹⁹: consumidor (que se refere à relação da empresa com o consumidor), trabalhista (que se refere à relação da empresa com os trabalhadores) e empresarial (que se refere à forma empresarial e à relação da empresa com outras empresas).

A partir desse gráfico, nota-se que, em tema de consumidor, a interferência é maior do que a ausência de interferência, o que contrasta com os temas de trabalhista e empresarial, nos quais o STF tende a não interferir na decisão legislativa. Ainda, a tendência de interferência do STF nas decisões do Legislativo para a garantia da constitucionalidade da atividade empresarial é maior quando a norma dispõe sobre consumidor, de 52%, do que a tendência geral de interferência, de 45%. Então, quando se decidiu pela inconstitucionalidade da norma, a matéria era sobre consumidor.

No levantamento de dados realizado, cada ADI também foi classificada por subtema, o que, apesar de poucos acórdãos para cada um, fornece dados interessantes, como demonstra o gráfico a seguir:

Gráfico 13

¹⁹ Destaca-se, de antemão, que essa divisão temática difere dos critérios técnicos adotados no acórdão para a classificação em determinado sistema jurídico. Caso contrário fosse, poder-se-ia chegar à conclusão de que a interferência em um ou em outro tema se dá tão somente por inconstitucionalidade formal, o que diz respeito ao federalismo, e não por inconstitucionalidade material, que versa sobre o tema pesquisado. A exemplo, os índices de interferência em "consumidor" seriam altos apenas em virtude da matéria ser de direito civil e haver normas estaduais impugnadas, já que, de acordo com o art. 22, inc. I, da CF, é de competência exclusiva da União legislar sobre o tema. Além disso, caso a divisão temática fosse técnico-jurídica, todos os macrotemas selecionados seriam de competência exclusiva da União, nos termos do art. 22 da CF, o que resultaria no dado de que toda norma estadual impugnada seria declarada inconstitucional. Porém, ao contrário, o STF não reconheceu alguns pedidos de inconstitucionalidade de normas estaduais, como dispõe o gráfico 4 [capítulo 7.2]. Ou seja, não se pode inferir as razões de decidir apenas por definição de macrotema, sendo relevante para a análise o panorama geral de interferência ou não por macrotema, que pode ter sido por avaliação de inconstitucionalidade material, como pesquisado, ou por inconstitucionalidade formal, influenciada por uma posição sobre aquele tema em específico.



Fonte: pesquisa própria

Do mesmo modo que o gráfico anterior, no eixo x, tem-se a classificação em subtemas, e, no eixo y, tem-se o número de acórdãos classificados em "não interferiu" e em "interferiu". A classificação em subtemas foi realizada a partir do que foi discutido materialmente, dividindo-se os acórdãos em oito subtemas: propaganda, saúde, educação, bancário e seguros, empresarial, acessibilidade, prestação de serviços e administrativo.

A leitura desse gráfico fornece o contraste existente entre a maior tendência à interferência em normas sobre educação, bancário e seguros e prestação de serviços e a menor tendência em normas sobre propaganda, empresarial, acessibilidade e administrativo. Um dado interessante é o de que, em matéria de saúde, o número de ADIs nas quais o STF reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal foi igual ao daquelas nas quais não reconheceu. Por uma análise meramente temporal, realizada anteriormente, pressupunha-se que o advento da pandemia, o maior número de ações e a maior tendência à interferência teria sido prevalente no campo da saúde, em consonância com o contexto. Porém, a partir desse dado quanto aos

subtemas, percebe-se que, na realidade, a maior tendência à interferência foi em outras áreas que, correlatas, foram também impactadas pela pandemia, como é o caso da educação e da prestação de serviços.

Assim, percebe-se que o STF interfere menos nas decisões legislativas em temas relativos à atividade empresarial do que em outros, tendência que vem mudando a partir de 2020. A relação entre o aumento da interferência e a pandemia pode ser atestada tanto pelo teor das normas impugnadas, quanto pelas áreas (subtemas) nas quais houve maior interferência, que foram aquelas de maior relação com os efeitos da pandemia.

A maior interferência durante esse período leva a crer que, mesmo com uma posição histórica de deferência ao Legislativo, o STF age no sentido de garantir direitos sociais frente a crises. A análise dos dados, contudo, não permite chegar a essa conclusão.

Dos 11 casos em que houve interferência, em 9 deles ela foi realizada para a garantia da livre iniciativa. Evidentemente, esse dado também é reflexo da preponderância de pedidos baseados na livre iniciativa, quando comparados àqueles baseados na função social da propriedade. Ainda, o pedido pela inconstitucionalidade baseado na livre iniciativa foi mais indeferido (em 55% dos casos) do que reconhecido.

Porém, do mesmo modo, decidiu-se sobre os pedidos baseados na livre iniciativa em mérito muito mais do que o habitual, encontrado por Canello, e a interferência para a sua garantia também foi, igualmente, alta. Portanto, a conclusão é a inversa: o STF interfere mais nas decisões legislativas sobre a atividade empresarial em tempos de crise para a garantia da livre iniciativa. Além disso, a interferência para proteger a livre iniciativa preponderante no tema "consumidor" demonstra que a atuação de "garantia constitucional" foi no sentido de proteger a empresa, a atividade econômica, não diretamente aquele que consome.

O impacto dessas decisões na dinâmica econômica de mercado não consegue ser mensurado pelo método de pesquisa empírica de

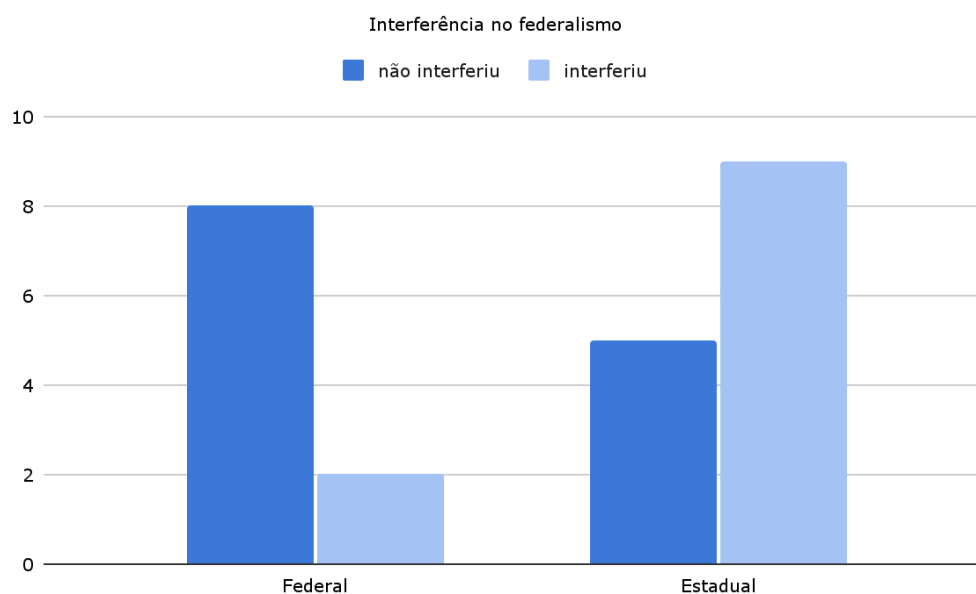
jurisprudência adotado. Esta pesquisa apenas demonstra como, do ponto de vista argumentativo, os ministros deram maior peso à livre iniciativa em suas decisões.

O STF, quanto à atividade empresarial, tem agido como instituição majoritária: reafirma, sob um manto constitucional, as decisões legislativas que dão ensejo à livre iniciativa. Quando interfere, o que tem sido uma tendência recente em tempos de crise econômico-social, atua para proteger a livre iniciativa em prol da empresa.

6.2. A interferência da Corte no federalismo

Além da interferência da Corte na produção do Legislativo, em geral, os dados coletados também possibilitam avaliar a interferência da Corte no federalismo em matéria de finalidade da atividade empresarial. Para isso, cruzou-se a coluna "interferência" (produzida a partir do cruzamento das colunas "questão levantada" e "decisão final", como indicado no subcapítulo 7.1) com a de "ente federativo" (que indicou se a norma impugnada era federal ou estadual). Assim, produziu-se o seguinte gráfico:

Gráfico 14



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se a qualidade do ente federativo no qual foi produzida a norma (federal ou estadual), e, no eixo y, o número de acórdãos nos quais não houve interferência na disposição do Legislativo (classificação 1, em azul escuro) e nos quais houve (classificação 2, em azul claro).

De início, a primeira informação que se tem é a similaridade quantitativa entre a impugnação de normas federais, 10 casos, e a impugnação de normas estaduais, 14 casos. De certo modo, a disparidade de 4 casos é pequena, tendo em vista que, enquanto apenas a União produz norma federal, 27 entes federativos produzem normas estaduais. Assim, o número de normas estaduais produzidas é, inevitavelmente, maior do que o número de normas federais produzidas. Entretanto, aqui, houve a impugnação de praticamente o mesmo número de normas federais e normas estaduais, não refletindo o volume de produção.

Para mais, os resultados encontrados também demonstram um enorme contraste entre a interferência do STF nas decisões legislativas sobre a atividade empresarial no âmbito federal e no âmbito estadual. Enquanto apenas 20% das normas federais impugnadas foram declaradas inconstitucionais, reconhecendo-se o pedido, 64% das normas estaduais impugnadas tiveram o pedido de declaração de inconstitucionalidade reconhecido.

Esse dado isolado, do mesmo modo, não permite uma conclusão contundente sobre o tema, apenas possibilita observar que a intervenção neste tema é maior quando se trata de norma estadual do que quando se trata de norma federal. Em virtude disso, cabe uma comparação entre esses dados e aqueles encontrados por Pogrebinschi²⁰ e Canello.

²⁰ A pesquisa "Judicialização ou representação?" foi realizada por Thamy Pogrebinschi e publicada em 2011. Os resultados encontrados foram fruto de uma pesquisa objetiva e extensiva na base de dados geral do STF sobre controle concentrado de constitucionalidade de normas federais. São referências na ciência política para a avaliação da função majoritária da Corte no sistema de tripartição dos poderes.

Quanto às normas federais, organizam-se os dados da pesquisa de Pogrebinschi na seguinte tabela:

Tabela 10

Interferência geral no Legislativo federal

Sem julgamento de mérito	75 %		
Com julgamento de mérito	25 %	Reconheceu-se o pedido	13 %
		Não se reconheceu o pedido	87 %

Fonte: elaboração própria a partir da pesquisa de Pogrebinschi

Ao contrário desses dados gerais, que apontam para a ausência de julgamento de mérito de 75% das ações, houve julgamento de mérito em todas as ações que impugnam normas federais que versavam sobre a atividade empresarial. No que tange ao reconhecimento do pedido, quando houve julgamento de mérito, os números são próximos: no geral, em 13% dos casos reconhece-se o pedido, e, especificamente quanto à atividade empresarial, em 20% dos casos reconheceu-se o pedido.

Recorrendo à Tabela 9, a pesquisa de Canello mostrou que o índice de intervenção geral naquelas ações em que houve decisão de mérito foi de 81%. Esse dado difere do índice de intervenção especificamente nas ações que impugnam normas federais em que houve decisão de mérito, de 13%. Ou seja, o aumento do índice de intervenção geral é influenciado por uma grande intervenção em normas estaduais.

Sendo assim, a maior interferência do STF em normas estaduais do que em normas federais na temática da atividade empresarial está em congruência com a tendência geral do STF de reconhecer mais a inconstitucionalidade de normas estaduais do que a de normas federais. Aliás, sendo o índice de intervenção em normas federais que versam sobre a atividade empresarial maior do que o índice geral em normas federais, deduz-se que o índice de intervenção em normas estaduais que versam

sobre o tema é menor do que o índice geral em normas estaduais. Ou seja, a diferença entre a intervenção em normas estaduais e em normas federais para o direcionamento da finalidade da empresa ainda é menor do que a diferença geral.

Apesar disso, a disparidade não deixa de ser consideravelmente grande. Afinal, não se pode desconsiderar que a grande disparidade geral, encontrada nas pesquisas de Pogrebinschi e Canello, possa ser alta por questões de inconstitucionalidade meramente formal, o que não pode ser deduzido sobre os dados sobre a finalidade da empresa, encontrados nesta pesquisa.

Pode-se, então, afirmar que o STF interfere mais na produção do Legislativo quando se trata de produção estadual sobre a atividade empresarial. Uma possível hipótese para a razão disso ocorrer é de que o STF tem uma preocupação maior com o mercado, atualmente internacionalizado e padronizado, do que propriamente com a constitucionalidade dos dispositivos, o que dialoga com os resultados encontrados quanto à interferência na produção do Legislativo.

Portanto, é possível concluir que há uma preocupação de mercado com normas restritivas da livre iniciativa similar para normas federais e para normas estaduais. Ainda assim, a Corte interfere muito mais na produção legislativa estadual do que na produção legislativa federal, contraste esse que, mesmo que menor do que o apresentado na pesquisa de Canello, ainda é muito alto.

O STF tem tendido a interferir bastante nos dispositivos normativos que dispõem sobre a atividade empresarial para garantir a livre iniciativa e proteger a atividade econômica da empresa por uma preocupação de mercado. Frente a um mercado globalizado, que, se há 300 anos necessitava de padronização de moeda para a realização de trocas comerciais, hoje precisa de uma estrutura normativa o mais uniforme possível para funcionar de forma dinâmica, seria lógico que o STF protegesse a uniformização do mercado nacional. A maior tendência de

declaração de inconstitucionalidade de dispositivo estadual demonstra essa inclinação de uniformização de mercado pela Corte, que encontra no federalismo uma barreira e no controle de constitucionalidade centralizador uma solução. Não se sabe se, de fato, essas são as intenções dos ministros. A ampla utilização de argumentos consequencialistas (subcapítulo 5.2) é indicativa de que há alguma intenção de manipulação do mercado nas decisões. Porém, mesmo que não haja, o resultado é o mesmo: a atuação institucional do STF no controle de constitucionalidade dessas normas é uniformizadora do mercado nacional.

6.3. Legitimidade ativa: a quem interessa a inconstitucionalidade das normas impugnadas

No art. 103, a CF cede legitimidade ativa a determinados grupos para impetrar pedidos de controle concentrado de constitucionalidade.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

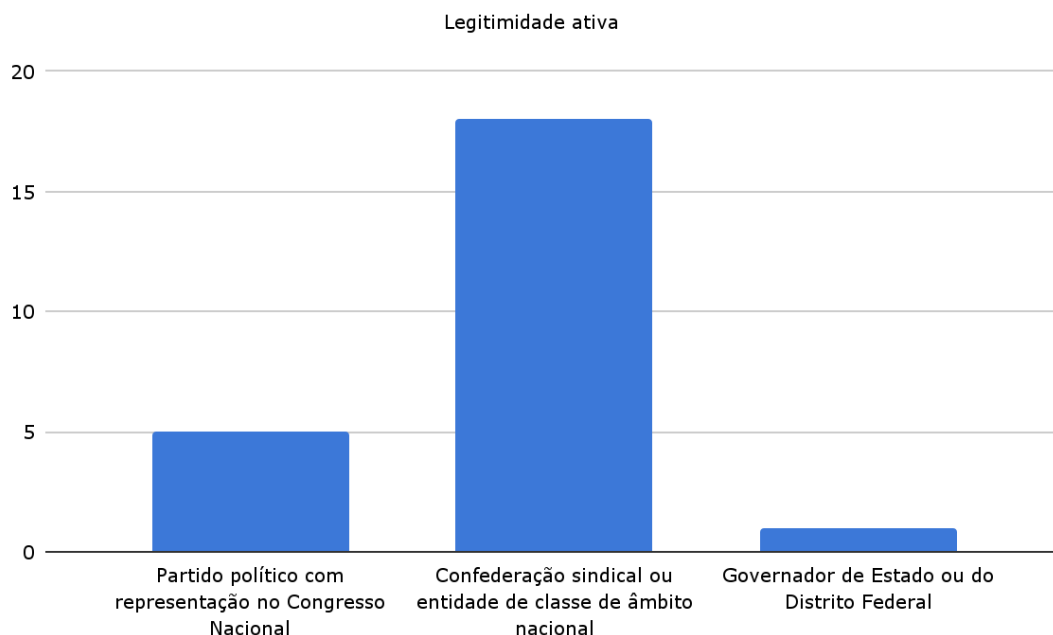
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Enquanto se presume pertinência temática absoluta para o Presidente da República, para a Mesa do Senado Federal, para a Mesa da Câmara dos Deputados, para o Procurador-Geral da República, para partido político com representação no Congresso Nacional e para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo legitimação ativa universal, o STF exige que haja pertinência temática quanto à legitimidade ativa de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional²¹. Isso gera uma questão política importante, pois, de acordo com quem entra com a ação, a decisão reflete interesses gerais ou interesses específicos (não se nega, claro, que sejam coletivos, apenas que se coloca que eles espelham vontades de certos grupos). Nesta pesquisa, analisar a legitimidade ativa dos requerentes possibilita que se perceba a quem serve a interferência da Corte nas decisões democráticas de mercado.

Para realizar essa análise, cruzou-se os dados da coluna "interferência" com aqueles da coluna "classificação da requerente". Classificou-se a requerente na ação de acordo com a classificação do art. 103 da CF, como reconhecido nos acórdãos. A partir daí, obteve-se este gráfico:

Gráfico 15

²¹ Essa foi uma construção jurisprudencial, como observado na ADI 5035/DF e na ADI 5037/DF.



Fonte: pesquisa própria

No eixo x, tem-se a classificação da requerente na ação²², e, no eixo y, o número de acórdãos impetrados por aquele grupo. Foram encontrados como requerentes, para cada classificação, estes grupos:

Tabela 11

Requerentes

Classificação	Requerente	Quantidade
Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional	Confederação Nacional do Sistema Financeiro	1
	Confederação Nacional do Comércio	6
	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino	5
	Confederação Nacional da Indústria	2
	Confederação Nacional do Transporte	1

²² Foram encontrados: partido político com representação no Congresso Nacional, nos termos do art. 103, inc. VIII, da CF; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, nos termos do art. 103, inc. IX, da CF; e Governador de Estado ou do Distrito Federal, nos termos do art. 103, inc. V, da CF.

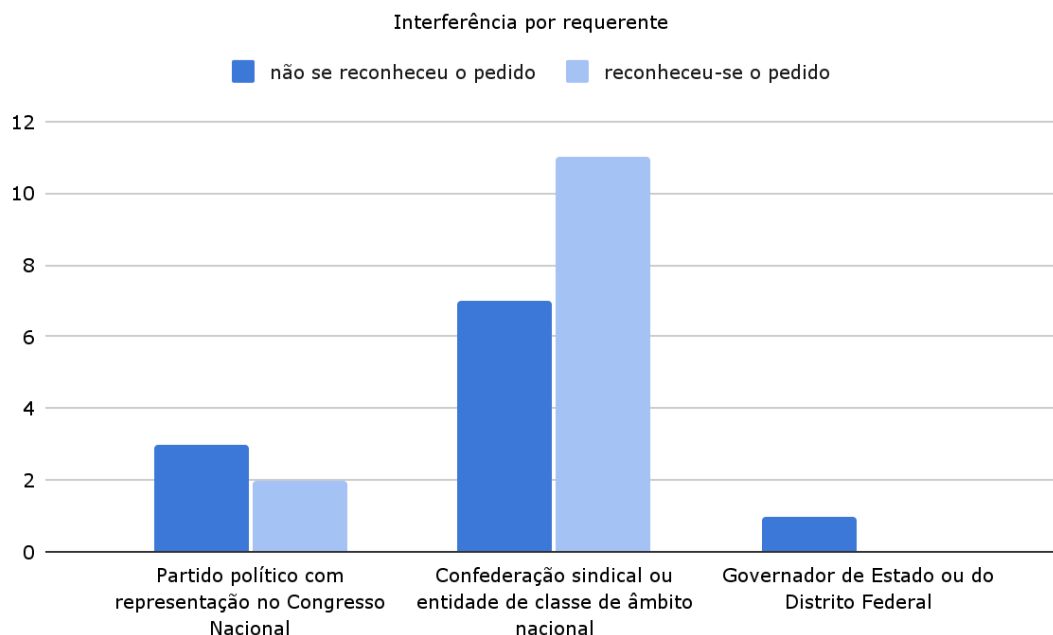
	Associação Brasileira de Estacionamento	1
	União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde	1
	Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF	1
Partido político com representação no Congresso Nacional	Partido Democrático Trabalhista	1
	Podemos	2
	Partido Popular Socialista	1
	Rede Sustentabilidade	1
Governador de Estado ou do Distrito Federal	Governador do Estado do Rio Grande do Norte	1

Fonte: pesquisa própria

Percebe-se, aqui, que a maior parte das ADIs foi impetrada por entidades de classe de âmbito nacional representantes do empresariado (75% das ações). Aquelas impetradas pelos representantes do povo eleitos democraticamente (os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e os governadores de Estado ou do Distrito Federal) são minoria (apenas 25% das ações).

Quanto ao atendimento ou não desses pedidos, elaborou-se este gráfico:

Gráfico 16



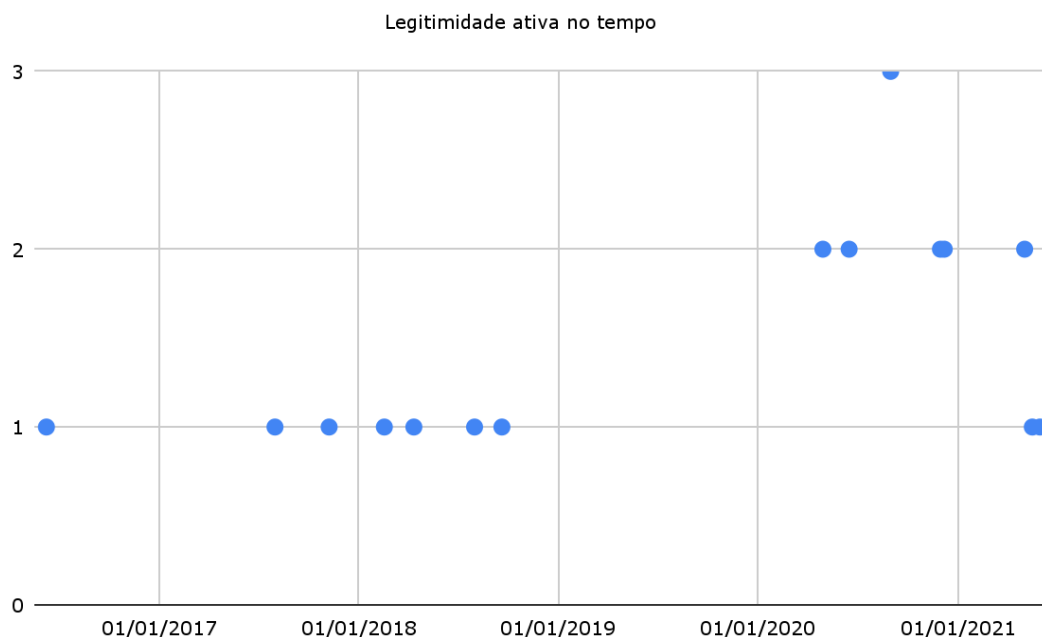
Fonte: pesquisa própria

Como no gráfico anterior, no eixo x, tem-se a classificação da requerente na ação, e, no eixo y, o número de acórdãos nos quais não houve o reconhecimento do pedido pela declaração de inconstitucionalidade (classificação 1, em azul escuro) e nos quais houve (classificação 2, em azul claro).

A partir da leitura desses dados, nota-se o maior reconhecimento das ações impetradas por entidades de classe de âmbito nacional representantes do empresariado, enquanto os pedidos realizados pelos legitimados universais foram mais indeferidos. Não restam dúvidas, então, que, ao passo que esses agentes devem representar interesses próprios para serem dotados de legitimidade ativa, o maior reconhecimento de seus pedidos demonstra que os interesses que prevalecem nas decisões do STF sobre a atividade empresarial são aqueles do empresariado.

Por fim, os dados também podem ser estruturados temporalmente, como demonstra o seguinte gráfico:

Gráfico 17



Fonte: pesquisa própria

O eixo x é a linha do tempo e o eixo y é o marcador da classificação da requerente, sendo 1 para confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, 2 para partido político com representação no Congresso Nacional e 3 para Governador de Estado ou do Distrito Federal. Cada ponto é uma ação, localizada em determinada data e que foi impetrada por determinada requerente.

De 2005 a 2020, todas as ADIs analisadas tiveram por requerentes as entidades de classe de âmbito nacional. A partir de março de 2020, representantes democraticamente eleitos passaram a figurar como requerentes nas ADIs relativas à atividade empresarial, mesmo período em que os pedidos aumentaram e em que o STF passou a reconhecer mais a inconstitucionalidade das leis impugnadas. Por um lado, isso pode significar uma maior tendência dos representantes eleitos tentarem reverter decisões de suas próprias esferas de poder em tempos de crise. Por outro lado, pode ser apenas uma consequência do aumento substantivo de casos relativos ao tema, em geral.

7. Considerações finais

A conclusão desta pesquisa é de ordem formal e de ordem material. Se foi possível encontrar uma resposta para a pergunta de pesquisa "Como o Supremo Tribunal Federal decide sobre a livre iniciativa e a função social da propriedade ao interpretar o do art. 170 da Constituição Federal quanto à atividade empresarial?", isso apenas ocorreu em virtude da adoção de uma nova estratégia de pesquisa.

Esta pesquisa foi resultado de uma análise empírica da jurisprudência do STF para mapear a finalidade da empresa de acordo com o tribunal. No entanto, em virtude de se tratar de uma análise meritória, desde o início foram encontradas dificuldades metodológicas. Como já destacado, a doutrina trata dos obstáculos de se encontrar uma decisão da Corte pelo acórdão: cada ministro sustenta o seu voto em fundamentos diversos, o processo decisório não compõe uma verdadeira deliberação e o resultado do acórdão é uma soma de votos classificados em "pela inconstitucionalidade" ou em "pela constitucionalidade". Nada diz, portanto, sobre as verdadeiras razões de decidir.

Metodologicamente, costuma-se adotar duas estratégias.

Primeiro, considerar a decisão final: se a Corte declarou a inconstitucionalidade de determinada norma, então conclui-se que determinado princípio ou direito foi protegido; se não reconheceu a inconstitucionalidade, então não se protegeu aquele princípio ou direito. O erro desse raciocínio é desconsiderar que, na imensa maioria das vezes, o pedido de uma ADI é múltiplo; ou seja, a mera declaração ou não de inconstitucionalidade nada significa sobre um dos fundamentos do pedido que é pesquisado. A exemplo, o STF pode ter composto uma maioria de 6 ministros que consideram a lei inconstitucional, mas por razões diversas, sendo 3 por inconstitucionalidade formal, 2 por inconstitucionalidade material em relação a um dispositivo constitucional e 1 por inconstitucionalidade material em relação a outro dispositivo. A decisão final, então, nada diz sobre a posição da Corte em relação a determinado tema.

Segundo, tentando mitigar essa questão, considera-se os votos presentes no acórdão como generalização dos votos apresentados em ata. Ou seja, se o relator votou pela inconstitucionalidade da lei impugnada baseado em x, y e z e foi voto vencedor, então a posição do STF foi aquela. Isso, do mesmo modo, é uma ficção da realidade: os ministros cujos votos foram vencedores podem não ter concordado com x, y ou z, mas apenas por um voto em ata isso se pressupõe.

O que acaba ocorrendo, frente a essas dificuldades, é que a posição da Corte consegue ser mapeada juridicamente apenas em pequena escala e por meio de uma análise majoritariamente qualitativa. Neste trabalho, no entanto, procurou-se adotar outra estratégia metodológica para alcançar uma posição da Corte a partir do inteiro teor dos votos dos ministros, e não de uma ficção relativa ao voto em ata. Ainda, comparando os resultados de uma e de outra metodologia, foi possível avaliar a proximidade dessa ficção com a realidade: ela existe, mas são produzidas algumas distorções para a análise quantitativa. Essa outra metodologia permitiu mapear um posicionamento em larga escala e por meio de uma análise majoritariamente quantitativa.

Assim, foram produzidos os dados necessários para sistematizar conclusões a partir daí. A "livre iniciativa" e a "função social da propriedade" são consideradas pelo STF, em geral, princípios fundantes da ordem econômica e, algumas vezes, direitos fundamentais. Embora conflitantes nos pedidos realizados nas ações, a "função social" não é o principal contraponto à "livre iniciativa". Outros princípios do art. 170 aparecem sob a veste de "justiça social" para fazer frente à "livre iniciativa".

Apesar de serem considerados princípios e, por vezes, direitos fundamentais, a prevalência de um e a restrição de outro nas decisões não se dá como consequência de mecanismos de interpretação constitucional jurídicos. A exemplo, o teste de proporcionalidade praticamente não foi aplicado para resolver esse conflito. Por outro lado, em quase todos os acórdãos analisados, aparecem argumentos socioeconômicos para fundamentar a resolução desse conflito entre princípios. As razões disso

podem ser variadas, mas neste trabalho pôde-se formular duas principais hipóteses. Primeiro, pode haver uma necessidade de analisar a realidade fática, além do texto da lei, para fazer uma aplicação adequada da Constituição ao mercado. Isso é percebido em diversos votos transcritos, nos quais uma análise econômica e social da realidade do país e da vida cotidiana das pessoas torna inviável uma interpretação constitucional positivista e estrita. Segundo, pode ser apenas um arcabouço técnico para a expressão da vontade política do ministro. Em diversos votos os ministros demonstraram opiniões que não jurídicas, seja por expressões evidentes, como "eu acho", seja por citação de experiências pessoais. Caso isso proceda, a presença do teste de proporcionalidade sem técnica jurídica, quando aparece, pode significar apenas um manto jurídico de posições socioeconômicas.

A partir desses pressupostos, os ministros decidiram materialmente sobre a finalidade da atividade empresarial e se posicionaram institucionalmente como Corte.

Historicamente, o STF e os seus ministros, no inteiro teor de seus votos, dão mais ensejo à função social da propriedade do que à livre iniciativa no controle de constitucionalidade de normas que tutelam a atividade empresarial. No entanto, essa tendência tem mudado. Têm entrado na Corte, cada vez mais, ministros em cujos votos prevalece mais a livre iniciativa do que a função social, mudando, então, a composição do STF e a tendência de decidir do tribunal de dar ensejo à livre iniciativa em detrimento da função social a partir de 2020. Tematicamente, não foi encontrada grande disparidade.

Essa tendência fica ainda mais clara com os dados produzidos sobre a posição institucional do STF. A imensa maioria dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade de leis que tutelam a empresa são fundados na defesa da livre iniciativa. Se, antes, o STF não reconhecia os pedidos, dando ensejo à função social que o legislador quis garantir, a tendência de interferência na produção do legislativo tem mudado. Desde 2020, a Corte tem

interferido mais nas decisões legislativas, declarando a inconstitucionalidade de dispositivos normativos para proteger a livre iniciativa.

A relação entre a mudança e o contexto histórico parece evidente, mas as razões podem ser múltiplas. Por um lado, as disparidades do nível de interferência na produção do legislativo em relação ao tema são demonstrativas da influência da pandemia do Covid-19 nas decisões do STF. O tema no qual mais se interferiu foi consumidor, e os subtemas foram educação, saúde, bancário e seguros, e prestação de serviços – todos eles que tangenciam o contexto socioeconômico da pandemia. Por outro, pode-se afirmar que se trata apenas de uma mudança na composição da Corte – embora os votos dos ministros mais recentes, também, podem não ser indicativos de uma posição individual sólida, mas do contexto socioeconômico.

De todo modo, o STF interfere menos nas decisões legislativas relativas à empresa do que em relação a outros temas, mas, quando interfere, o faz para garantir a livre iniciativa. Essas decisões estão de acordo com os pedidos do empresariado brasileiro, principais impetrantes das ações diretas de inconstitucionalidade analisadas. Mesmo quando não reconhecem a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a decisão tem uma função: legitima juridicamente decisões políticas sobre o mercado. A principal consequência, tendo em vista a maior interferência da Corte nas leis estaduais do que nas leis federais, é abrir espaço para a atuação da empresa fora de diversas limitações legais espaciais. As decisões do STF, então, liberam mercado.

O que se pode abstrair como "finalidade da empresa" a partir disso é que o STF tem mudado, de certo modo, a interpretação que dá à Constituição. Antes, havia maior reverência à produção legislativa de normas que davam ensejo à finalidade social da empresa norteadada pela função social da propriedade. Hoje, interfere-se nessas decisões. Saindo da ideia de finalidade da empresa como definida pelo Legislativo, que parece ser mais norteadada pela função social da propriedade, o STF tem garantido a

livre iniciativa à atividade empresarial, que, assim, pode decidir a própria finalidade.

Não se nega, claro, que os ministros destacam diversas vezes os demais princípios presentes no art. 170 da CF. O que se coloca, contudo, é que há uma defesa da finalidade da empresa economicamente observável: é aquela da vontade dos sócios. Os princípios constitucionais são limitadores de certas atividades, não norteadores. O princípio da função social da propriedade parece ser colocado muito mais como um limite a determinadas atividades do que como padrão de conduta da empresa.

No recorte de pesquisa realizado, a pesquisa foi exaustiva, mas ainda restaram diversas dúvidas que podem ser sanadas a partir da análise de outros dados.

De início, a própria amostra coletada se distinguiu daquilo esperado. A discussão sobre a função social da atividade empresarial no STF, mesmo sem limitar a chave de pesquisa às ações de controle concentrado de constitucionalidade, está direcionada para os limites do Estado de tutelar essas relações de mercado. O que se esperava, antes, era encontrar uma discussão sobre os agentes em mercado. O órgão controlador, claro, foi definidor para o foco da pesquisa. Seria interessante, então, analisar como o STJ, o CADE ou demais órgãos analisam a mesma questão materialmente.

Ainda, em uma perspectiva da ciência política sobre o comportamento dos ministros e a deliberação decisória, a composição do STF foi avaliada de acordo com os votos individuais proferidos em uma decisão coletiva. Ou seja, a posição individual mapeada de cada ministro possui um recorte metodológico específico. A partir da análise de decisões monocráticas sobre o mesmo tema, seria possível avaliar se a posição individual permanece a mesma daquela em decisão colegiada.

Uma análise somente da jurisprudência do STF também não permite chegar a conclusões assertivas sobre questões que dependem da economia, da história ou da política. A política não é suficiente para decidir sobre o mercado? A veste técnico-econômica das decisões de mercado exige um

carimbo constitucional? Por que a corte constitucional tem tendido a reconhecer mais os pedidos de declaração de inconstitucionalidade de lei sobre a atividade empresarial por meio da interpretação de princípios, ensejando a livre iniciativa? Todas essas questões exigem uma análise fora desta aqui realizada.

Independentemente das pontas soltas deixadas para que outras pesquisas as unam, construiu-se um cordão da pesquisa empírica publicista nas relações entre constituição, empresa e economia. Os resultados que apontam para a garantia da livre iniciativa da empresa e atendimento das pretensões de certas classes por meio do controle de constitucionalidade apenas delineiam o retrato da relação entre judiciário e mercado. A finalidade empresarial que democraticamente ou constitucionalmente deseja-se dar à empresa, politicamente, terá que contornar essa realidade.

8. Referências bibliográficas

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. In: Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, 2019.

ARGUELHES, Diego; RIBEIRO, Leandro. "Ministrocracia". In: Novos estudos CEBRAP, vol. 37, n. 1. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: Revista de Direito Administrativo, out/dez, 2001.

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

CANELLO, Julio. Ações Diretas no Supremo Tribunal Federal do Brasil (1988-2015). Harvard Dataverse, 14 fev. 2016. Disponível em: <https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/8WV3A4>. Acesso em: 10 nov. 2022.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: Journal of Law and Economics. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 25, n. 63. Malheiros: São Paulo, 1986.

COMMONS, John. Law and economics. In: The Yale Journal, vol. 34, n. 4. New Haven: Yale Law Journal Company, 1925.

DINIZ, Maria Helena. Importância da função social da empresa. In: Revista Jurídica, vol. 2, n. 51, 2018.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits. The New York Times Magazine, 13 set. 1970.

FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

KAPISZEWSKI, Diana. Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. In: *Law & Society Review*, v. 45, n. 2, 2011.

KRAAKMAN, Reinier et al. Tradução: Mariana Pargendler. A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional. São Paulo: Editora Singular, 2018.

MENDES, Conrado. O projeto de uma corte deliberativa. In: *Vojvodic et al (orgs). Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação?. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PORTUGAL GOUVÊA, Carlos. Social Rights Against the Poor. In: *ICL Journal*, v. 7, n. 4, 2013.

POSNER, Richard A. Creating a Legal Framework for Development. In: *The World Bank Research Observer*, v. 13, n. 1, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O novo direito societário: eficácia e sustentabilidade. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria crítico-estruturalista do direito comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. 1. ed. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STOUT, Lynn A. The Shareholder Value Myth. In: *European Financial Review*, 2013.

ANEXO

Banco de datos

https://docs.google.com/spreadsheets/d/156SLERzYdSxH38LtmAsg-9AVEXeSIuuP-vwWEvPz_Q/edit?usp=sharing