

COORDENADOR
FÁBIO NUSDEO

ORGANIZADOR
ALEXANDRE EVARISTO PINTO

A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Estudos em celebração ao 1º Centenário da
Constituição de Weimar

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

O CREPÚSCULO DO DIREITO E O DIREITO ECONÔMICO GLOBAL

Calixto Salomão Filho

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Graduação, 1988; Livre-Docência, 1996); Universidade de Roma "La Sapienza", Itália (Doutorado, Direito comercial comparado, 1992); Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht – Hamburg (visiting fellow – 1991/1992 and 1993); Yale Law School (visiting scholar – 1994/1995, visiting fellow, John M. Olin Fellowship for Studies in Capitalism, 1999); Professor Titular de Direito Comercial – Universidade de São Paulo (2002), Professor do Institut d'études politiques – "Sciences Po", Paris, France (desde 2007), Professor Visitante – Yale Law School (2017).

I. O crepúsculo do direito e as consequências para o direito econômico

Há cerca de 30 anos o professor da Faculdade de Direito de Yale, Owen Fiss, caro e dileto amigo, escreveu relevantíssimo artigo com o nome "The death of the law?"¹. Referia-se e criticava duas tendências que segundo ele estavam matando o direito e o raciocínio acadêmico sobre o direito em seu país. De um lado certa vertente dos chamados "critical legal studies" que via o direito como mera extensão da política. De outro, a análise econômica do direito que via o mesmo como extensão de raciocínios econômicos (bem simplistas, nas versões originais da análise econômica do direito).

Pois bem, a prática brasileira desses últimos tempos tem se aproximado desse triste vaticínio. De um lado, na esfera das relações penais e mesmo sociais, o direito tem sido aplicado por vezes como extensão da política sem consideração às garantias e direitos fundamentais. Voluntarismo decisório e desapego à Constituição e à lei alastram-se perigosamente. O resultado: o direito pode ser instrumentalizado e sucumbir aos desejos políticos, com decisões contraditórias a depender da tendência política do aplicador. A consequência: enorme dificuldade em identificar as garantias constitucionais e normas jurídicas efetivamente aplicadas.

1. O. Fiss, "The death of the law?" in *Cornell Law Review* 72, 1986.

Na esfera econômica o mesmo ocorre. O direito sucumbe aos desígnios econômicos e suas versões teóricas mais simplistas. As pressões dos interesses econômicos transformam o país em um verdadeiro paraíso de Bork. Para esse autor, ícone dos primórdios da análise econômica do direito, o direito da concorrência devia basicamente resumir-se ao combate aos cartéis, deixando de lado praticamente todo o resto. O resultado de 30 anos de aplicação dessa política minimalista nos EUA diga-se de passagem, é uma economia crescentemente dominada pelos monopólios e com crescente concentração de renda.

É o que vem se fazendo no Brasil. Já há algum tempo combatem-se eficazmente os cartéis, mas o resto não merece tanta atenção. De um lado aprovam-se concentrações em setores de infraestrutura que marcarão o país negativamente por décadas e desconsideram-se condutas que podem levar à dominação de notícias e informações em redes sociais, de outro lado enfrentam-se questões estruturais com medidas meramente compensatórias, como se acordos (que de exceção em direito administrativo vem se tornando perigosamente a regra) e multas (baixíssimas, diga-se de passagem, se comparadas aos prejuízos causados) fossem capazes de resolver o problema do abuso de poder econômico e da corrupção. Deixam-se de lado exatamente as reformas estruturais (regulação de monopólios, cisão ou alienação de controle de empresas privadas que abusam de seu poder e corrompem), que poderiam garantir verdadeira transformação.

Mas não é só. Ainda na esfera econômica, o direito empresarial corre riscos. Concepções dos primórdios do contratualismo societário do século XIX que viam na sociedade empresarial coisa exclusivamente dos sócios aqui tem guarida em certos projetos legislativos. Preocupações mais modernas em identificar e internalizar outros interesses (como o ambiental e social) ainda são vistas por muitos como esquisitices acadêmicas. Falta a compreensão de sua importância e relevância para a sociedade civil como um todo e para aumentar o próprio valor econômico das empresas.

O interessante e grave ao mesmo tempo é que isso ocorre em um sistema como o brasileiro, em que não faltam dispositivos ou princípios constitucionais para proteger a ordem econômica. A clareza do artigo 173 é desconsiderada ao permitir-se a formação e progressão de monopólios sem qualquer contra medida estrutural efetiva, a obviedade dos princípios do artigo 170 é deixada de lado ao permitir-se a desregulação ou subregulação de setores de claro interesse social e a proteção ao meio ambiente do artigos 225 e 170, inciso V é escarnecida ao permitir-se que empresas desconsiderem interna e externamente as comunidades que afetam e que são dignas de proteção. Os resultados têm sido tristemente evidentes, como Mariana e Brumadinho comprovam.

II. Direito econômico global

Essa situação de claro descumprimento constitucional e legal coloca o país em uma curiosa situação. De um lado, regras materiais sofisticadas que permitiriam

uma coerente regulação da esfera econômica e o combate a estruturas dominantes de poder. Uma visão estruturalista do direito poderia, portanto, ser implementada. De outro, uma aplicação da lei totalmente tolhida e limitada pelos interesses dominantes, que levam à desaplicação recorrente de dispositivos constitucionais e legais sobretudo na esfera econômica. O quadro é portanto de dois direitos, um sensível e coerente e outro dominado, parcial e voluntarista².

Para fazer frente a esse quadro caótico, há alternativa a um só tempo desafiadora e surpreendente. Desafiadora por não ser de fácil implementação. Surpreendente pois essa possível alternativa vem da fonte imprevista. Refiro-me à construção, já incipiente, de um “direito econômico global” ou de um “direito empresarial público global”.

Esse direito decorre de um paradoxo de fundo. O mesmo movimento que gerou a livre movimentação de grandes empresas transnacionais ou a internacionalização dos monopólios a partir da década de 90³ é capaz de fazer surgir o seu antídoto (ainda que parcial, suficiente não para curar mas para talvez evitar a morte rápida do paciente), ou seja crescente número de regras e decisões que criem um chamado “direito empresarial público global”. Esse fenômeno percebido no campo do direito internacional e do conflito de leis⁴, agora se torna uma realidade de direito global na medida em que, como se verá, poderá levar à aplicação de um outro grupo de regras na esfera global (v. parte III).

A globalização, instrumento em seu início claramente de cunho neoliberal, fundado na desregulamentação dos mercados, encontra seus limites nos efeitos negativos nas esferas social e ambiental que esse mesmo processo de desregulamentação foi capaz de gerar. Assim, a procura frenética por locais de legislação trabalhista e ambiental mais flexível que permitisse obter ganhos sem custos (um “*free riding*” social e ambiental), leva a danos sociais (trabalho escravo entre eles) e ambientais (graves desastres) de monta nessas localidades.

O direito é “empresarial público” pois a maioria das hipóteses que poderão justificar o seu surgimento referem-se a questões de interesse social ou transindividual. Por uma razão simples. É neles que ocorrem as hipóteses frequentes de danos causados exatamente pelo abuso social e ambiental (o *free riding* ambiental e social referido *supra*).

2. Cf. “O avesso do direito empresarial” in *Teoria crítico estruturalista do direito empresarial*, Madri, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2015, p. 123

3. Cf. *Monopolies and underdevelopment – from colonial times to global reality*, Cheltenham, Northampton, E. Elgar, 2015, parte II, capítulo 6.

4. Cf. *Global private international law- adjudication without frontiers*, (editors H. Muir Watt, L. Bizikova. A Brandão Oliveira, D. Fernandez Arroyo), Cheltenham-Northampton, E Elgar, 2019 com análise de vários casos dignos de nota.

É possível então tentar responsabilizar a grandes empresas transnacionais em suas sedes. Instrumentos jurídicos para a construção desse direito global já existem. Essa possibilidade se tornou mais próxima no século XXI sobretudo a partir da rejeição por cortes europeias, baseadas em diferentes regulamentos da comunidade europeia, da aplicação da chamada exceção de *forum non conveniens*⁵. Assim por exemplo a regulamentação EU conhecida como Roma 2 permite a aplicação do direito estrangeiro em matéria de obrigações não contratuais – que inclui por exemplo danos ambientais e danos decorrentes de descumprimento de regras concorrenciais⁶. Esse regulamento permite que o direito do local onde foi causado o prejuízo (o direito brasileiro, por exemplo) possa ser aplicado em demandas ambientais, concorrenciais ou de interesse público na esfera econômica em geral, mesmo que trazidos a cortes europeias. É o caso da recente demanda proposta perante a Corte Londrina por cerca de 250 mil pessoas (entre pessoas físicas e jurídicas) brasileiras contra a BHP Billington como cocontroladora da Samarco, pelos danos causados pelo desastre de Mariana. É o caso também de muitas outras demandas que podem vir a surgir por descumprimentos de regras ambientais e sociais, capazes de criar um direito econômico global baseado em princípios e regras sociais e ambientais.

A reação, portanto, é nada mais do que natural. Buscar responsabilizar as matrizes dos grandes monopólios transnacionais pelos prejuízos causados, fazendo com que devolvam em alguma medida o produto de eventuais abusos praticados é medida restitutiva básica. Mais interessante ainda é que esse movimento começa a ocorrer em momento em que uma onda global conservadora afeta países desenvolvidos e em desenvolvimento. Esse direito global casuístico parece poder constituir uma salvaguarda para o interesse público na esfera global em um momento em que governos se recolhem a particularismos e perigosas proteções a interesses locais, com reações sociais e econômicas por vezes xenófobas.

O crescimento e afirmação desse “direito empresarial público global” ou “direito econômico global” está, no entanto, sujeito a pelo menos duas impor-

5. V. a respeito da controvérsia europeia (como discutida na doutrina britânica), em particular a partir da decisão pela Corte de Justiça Europeia do caso *Owusu vs. Jackson* (ECJ, 2.005) que afirmou a jurisdição europeia para casos em que o réu é ali domiciliado, considerando a exceção *forum non conveniens* incompatível com o direito europeu, R. Fentiman, *Articles 33 and 34 and the reform of the “EU” jurisdiction regime: a missed opportunity to solve the onstanding controversy in Global private international law – adjudication without frontiers*, cit., p. 44 e ss.

6. A chamada Rome II Regulation é a Regulation EC n. 864 de 11 de julho de 2.007 sobre o direito aplicável a obrigações não contratuais. Tais obrigações são as ali previstas (com certa exclusões) e a regulamentação tem como objetivo exatamente unificar as leis nacionais em matéria de conflito de leis em torno do princípio “*lex loci delicti commissi*” (v. considerandos 7 e 15).

tantes ressalvas, que podem comprometer a sua efetividade e cujo impacto só o tempo poderá demonstrar. A primeira é por quanto tempo as cortes e que cortes demonstrar-se-ão sensíveis a tais problemas. Evidentemente um movimento de intensa responsabilização de empresas locais, pode gerar uma contratendência de pressão e proteção das empresas matrizes pelas cortes de seus países nativos.

Ocorre aí também um outro paradoxo que, se bem aproveitado, pode ser eficiente para o estabelecimento desse direito casuístico global em matéria econômica. O mesmo movimento de globalização e procura desenfreada de maximização dos lucros tem gerado uma globalização financeira, com as empresas transacionais buscando locais com menos carga tributária para manter seus ativos ou investimentos. Essas jurisdições, ainda que não necessariamente da matriz da empresa transnacional podem aceitar julgá-la, pela mera existência de relevante parcela do patrimônio investida em subsidiária local. Essas jurisdições podem também ter mais disposição e menos pressões para avaliar e julgar o comportamento dos grandes grupos transnacionais. É o que tem ocorrido recentemente com a Corte de Amsterdã, chamada a julgar casos relevantes de “direito empresarial público global” pelo fato de a Holanda ter se tornado sede de algumas relevantes subsidiárias financeiras de grandes grupos europeus e internacionais (exatamente pelas vantagens que oferece em matéria de tributação de investimentos). Enfim se é verdade que as pressões e a influência jurídica do poder econômico crescerão, também é verdade que aumentarão as possibilidades de um “forum shopping” global e virtuoso, buscando jurisdições isentas e prontas a bem avaliar e julgar os grandes malfeitos econômicos globais.

Mas há um segundo senão, tão importante e ainda mais preocupante que o primeiro, cujo futuro é impossível predizer. Como já defendido em outros escritos, soluções compensatórias passam longe de poder resolver os problemas de funcionamento do sistema jurídico local⁷, o que não dizer então do global. Assim, eventual responsabilização global de empresas é apenas um primeiro passo. De nada adiantará se não for capaz de gerar mudanças estruturais internas e externas nas empresas. Isso só pode ser feito por meio de um sistema que para além de impor indenizações (punitivas, quando for o caso – o que de resto não é possível na maioria dos países de *civil law* – aí mais uma vantagem do sistema de direito casuístico global) exija tais mudanças estruturais. Esse passo, apensar de fundamental, parece ainda longe da alça de mira do incipiente “direito empresarial público global”.

III. Perspectivas: globalização jurídica a partir do sul

A conclusão dessas linhas é tão ou mais paradoxal do que elas. A marcha de expansão dos monopólios do norte para o sul, para a qual o processo de globali-

7. Cf. *Teoria crítico estruturalista do direito empresarial*, cit., p. 253 e ss.

zação econômica foi sem dúvida instrumento essencial, só pode ser disciplinada (parcialmente, como visto) pela mesma globalização, agora no sentido inverso.

É preciso que o direito dos países afetados, na sua maioria do sul global, expanda-se e encontre guarida nas jurisdições dos países do Norte. Essa espécie de globalização às avessas parece poder se transformar em parcial antídoto para as mazelas da “febre do ouro” causada pela globalização desregulada e desenfreada que se passou a partir dos anos 90 do século passado e para sua consequência mais perigosa, a tendência socialmente nacionalista e xenófoba mas economicamente liberal da segunda década do século XXI (com todas as contradições que esse amálgama esdrúxulo pode gerar).

Obviamente isso só poderá ocorrer por meio de soluções que ultrapassem em muito as compensações, formando um conjunto de regras disciplinadoras e transformadoras das estruturas econômicas. Não que se tenha a utopia de que esse movimento possa transformar as estruturas de poder globais já existentes. Pode, no entanto, talvez ensinar-lhes o custo de seus atos abusivos em matéria social e ambiental e quem sabe induzir algum grau de mudança.

A conclusão parece surpreendente. Nossa constituição econômica, dotada de dispositivos estruturalmente avançados e que aqui não encontrou, ao longo desses trinta anos de vigência, força para ser aplicada de forma efetiva, pode ganhar algum grau de reconhecimento e aplicação pelas mãos de aplicadores externos. Esse direito econômico global vindo do sul, em construção incipiente, no momento talvez ainda utópico, fornece uma nesga de luz nos dias de hoje para superar o crepúsculo jurídico que vivemos em nosso país e que talvez nos acompanhe ainda por algum tempo.