

Livre Iniciativa e Estado: em Busca do Equilíbrio Perfeito¹

Cláudia Türner P. Duarte*

"It is necessary to curb the power of government. This is the task of all constitutions, bills of rights and laws. This is the meaning of all struggles which men have fought for liberty." – Ludwig von Mises

Sumário

1. Introdução. 2. Economias Mistas x Capitalismo de Estado. 3. Limites Constitucionais e Econômicos da Intervenção Direta do Estado no Mercado. 4. A Intervenção Direta do Estado Pode Ser Eficiente. 5. Limites Constitucionais e Econômicos para a Criação de Estatais com Finalidade Única de Lucro. 6. Conclusão.

Resumo

O presente artigo objetiva fomentar o debate sobre o modelo brasileiro de intervenção do Estado na economia, com base nos conceitos de *economia mista* e *capitalismo de estado*. A proliferação das empresas estatais e/ou de outros modelos de participação do Estado nos mercados tem sido apresentada à sociedade como uma conquista dos brasileiros. Nada obstante, o crescimento do setor público encontra limites na própria Constituição Federal, a qual determina, como princípios da ordem econômica, a livre iniciativa e a livre concorrência, e, como corolário lógico, o princípio da subsidiariedade (arts. 1º, 170 e 173). Defende-se, ainda, que os projetos de incursão estatal no domínio econômico podem ser eficientes, e que a chave para o sucesso estaria na sua orientação à livre concorrência, com o abandono de práticas monopolistas e de privilégios estatais. Por fim, avalia-se que jamais as empresas estatais poderiam ser criadas com a finalidade única de lucro, seja pela observância ao princípio da subsidiariedade, seja pela falta de correspondência lógica com o sistema de arrecadação de recursos proposto pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo risco criado para o Erário, potencializando-se a malversação de verbas públicas. Em suma, se uma empresa estatal é utilizada para

* Promotora de Justiça (MPRJ) e mestranda na linha de Direito Público na UERJ.

Gostaria de registrar o meu agradecimento ao Professor Alexandre Santos de Aragão e aos colegas do curso de pós-graduação, na linha de direito público (mestrado e/ou doutorado) da UERJ, Alice Bernardo Voronoff, Anna Carolina Migueis, Bruno Belsito, José Marcos Vieira Rodrigues Filho e Luiza Vereza. O nosso trabalho no grupo de pesquisa (Intervenção do Estado na Economia) superou todas as minhas expectativas e foi fundamental para a elaboração do presente trabalho. Muito embora as opiniões sejam em muitos casos distintas, foi o debate livre, acalorado e de excelência, o maior responsável pela construção das ideias que ora compartilho. Ainda, agradeço ao economista André Senna Duarte, cuja colaboração foi essencial para o percurso trilhado nas fronteiras do direito e da economia. De toda forma, afirmo a minha responsabilidade decorrente da elaboração do presente estudo.

¹ PEREIRA DUARTE, Cláudia Türner. *Livre iniciativa e Estado: em busca do equilíbrio perfeito*, 2014, 32 folhas. Artigo.

a promoção de objetivos políticos, prejudiciais ao desenvolvimento nacional, à livre concorrência, à livre iniciativa e também ao próprio Erário, sem receio poderemos afirmar que na prática a sua existência confronta-se com os propósitos últimos da Constituição Federal de 1988.

Abstract

This paper intends to promote a debate over the Brazilian State and its economic role, considering the concepts of mixed economies and state capitalism. The rapid multiplication of state-owned companies and other state participation models in the market have been announced to society as an achievement of the Brazilian people. Nevertheless, the growth of the public sector is limited by the Constitution, which defines economic principles as free enterprise and free competition, and as a consequence, the subsidiary principle (articles 1º, 170 and 173). The paper also defends the idea that public sector projects can be efficient, and the key to success would be its orientation towards free competition, abandonment of monopolistic practices and state privileges. Finally, the study shows that state-owned companies cannot be created with the sole purpose of profit, due to the subsidiary principle, the lack of logic conformity with the constitutional revenue model, or the risk imposed to Exchequer, boosting public expenditure malpractice. In essence, if a state-owned company is used to promote political objectives, that are prejudicial to national development, free competition and free enterprise, as well as to the Exchequer, we can affirm without doubt that the existence of those companies confront with the main goals of our Constitution.

Palavras-chave

Empresas Estatais. Intervenção Direta do Estado na Economia. Ordem Econômica. Economia Mista. Capitalismo de Estado. Livre Iniciativa. Livre Concorrência. Livre Mercado. Práticas Monopolistas. Princípio da Subsidiariedade, Eficiência e Finalidade Única de Lucro.

Key-words

State-owned Companies. Government Corporations. State Role in the Economic Sector. Public Sector Mixed Economies. State Capitalism. Free Enterprise. Free Market. Free Competition Monopolistic Practices. Subsidiary Principle. Efficiency. Sole Purpose of Profit as a Goal.

1. Introdução

Os manuais de direito administrativo, ao apresentar aos seus leitores o tema das empresas estatais, limitam-se, em regra, a reproduzir os conceitos de empresas públicas e sociedades de economia mista, previstos no Decreto Lei nº 200/67, em especial, do art. 5º. Alguns estendem suas considerações para o respectivo regime jurídico e de pessoal. A legislação não é, digamos assim, muito empolgante. Assim, a doutrina de maneira geral apresenta as empresas estatais burocraticamente nos

capítulos sobre a conformação da Administração Pública, e sua subdivisão entre direta e indireta, ao passo que o tema da atuação do Estado no domínio econômico é apresentado em título à parte, em avaliação quase que completamente dissociada do fenômeno das estatais². Em suma: a energia volta-se para considerações classificatórias e superficiais sobre as espécies de empresas estatais acima mencionadas, deixando-se a descoberto a análise do verdadeiro fenômeno por trás da sua existência, a saber, a compreensão do Estado como um agente econômico, capaz de agir no mercado tal como os atores da iniciativa privada.

Por certo, não se está diante de um tema inédito. Todavia, os estudos necessários para a sua compreensão, agora com contornos próprios do século XXI, continuam defasados. Afinal, não se trata apenas de identificar os caminhos trilhados pelo estado brasileiro nas últimas décadas, mas, sobretudo, de trazer à mesa indagações essenciais sobre o modelo de intervenção do Estado na economia vigente neste país. Vale dizer, não cabe aos juristas apenas descrever o fenômeno e o regime jurídico aplicável, mas sim voltar-se a um trabalho quase psicanalítico, pelo qual se possam compreender os seus fundamentos, finalidades, natureza, propósito, bem como, a sua relação com o modelo econômico nacional, o seu impacto para a vida política, para o mercado e para a sociedade.

Para tanto, sugere-se a retomada da reflexão proposta na Europa e na América Latina, respectivamente, nas décadas de 80 e 90, levada a cabo pelos processos de privatização e desestatização. Independentemente da resposta que se vier a alcançar, é preciso forjar uma postura crítica própria daquele período, com a produção de um debate sério sobre o real objetivo das empresas estatais e da participação direta do Estado na economia, por meio da aquisição de cotas e/ou ações. Não se trata aqui de levantar bandeiras e ideologias, mas sim de ponderar sobre os efeitos de médio e longo prazo produzidos pelo avanço do Estado brasileiro na exploração de atividades econômicas, e a sua repercussão para o desenvolvimento econômico e social.

Naquele momento da história, o novo modelo foi proposto como solução para os entraves decorrentes de um crescimento desmedido do Estado, com vistas à maior efetividade e produtividade econômicas³. Estes fundamentos foram detalhados por Hely Lopes Meirelles. Senão, vejamos.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Editora Malheiros: 2004. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

³ "Na Espanha, por exemplo, a privatização foi fundada numa questão pragmática, que era a busca de uma maior eficiência no desempenho das empresas. (...) Já na Inglaterra, a privatização foi uma opção mais filosófica, consistente em definir que não cabe ao Estado produzir riqueza, gerar lucros e exercer atividades econômicas. (...) O processo francês de privatização teve como uma de suas grandes preocupações democratizar o patrimônio público constituído pelas estatais, através de um sistema de venda pulverizada das suas ações, permitindo ao pequeno poupador influir na condução dos negócios do país. (...) Em Portugal, a necessidade de privatização foi o financiamento do setor público e o emprego de recursos para sanar outras empresas públicas não privatizáveis (...).VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 142.

Há mais de uma década que os estudiosos da matéria vem apontando para a necessidade de se rever o crescimento do Estado nas suas relações com a sociedade. O crescimento desmesurado da máquina administrativa, com a criação excessiva de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, além da assunção de atividades privadas que nada tinham a ver com os interesses da coletividade, tornaram o Estado praticamente ingovernável, *sem possibilidade de efetivo controle interno finalístico*.

Ao mesmo tempo, com as modificações ocorridas no campo econômico, foi o Estado perdendo progressivamente a sua capacidade de investimento na infraestrutura, comprometendo a qualidade dos serviços públicos e, conseqüentemente, atrasando o desenvolvimento do país. Daí por que alguns autores já vinham preconizando a “reengenharia” do Estado, de forma a reduzir o seu papel e obter maior eficiência no exercício das suas atividades básicas.

Com essa finalidade, foi promulgada a Lei nº 8.031, de 12.4.90, instituindo o Plano Nacional de Desestatização, reformulado pela Lei nº 9.491, de 9.9.97 (com as alterações da MP nº 2.161-35, de 23.8.2001), com os seguintes objetivos fundamentais: *a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; b) contribuir para a reestruturação econômica do setor público; c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; d) contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infraestrutura e do parque industrial do País; e) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do crescimento da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o projeto.*⁴ Grifou-se.

Nessa esteira, diversos autores passaram a reconhecer na Constituição Federal de 1988 uma espécie de ordem natural econômica, levada a cabo preponderantemente pela livre iniciativa e, excepcionalmente, pelo Estado interventor. Para Marcos Juruena Villela Souto⁵:

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 774-775.

⁵ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 148-150.

O Estado intervém na atividade econômica pelas seguintes formas:

- Elaboração de um plano de desenvolvimento econômico, por meio do qual se buscará identificar e implementar as ações necessárias a propiciarem o bem-estar geral (CF, art. 174 e §1º);
- Fomento à iniciativa privada para, aderindo voluntariamente ao plano, explorar as atividades nele previstas;
- Repressão ao abuso de poder econômico, proteção ao consumidor e do meio ambiente;
- *Exploração direta, em caráter excepcional, de atividades econômicas que envolvam relevante interesse coletivo ou segurança nacional.*

Nesse passo, embora a segurança nacional seja mais facilmente identificada com a defesa do território e dos cidadãos, o conceito de relevante interesse coletivo não tem objetividade. *A Constituição enumera, nos artigos 22, 25, 30 e 177, alguns setores tipicamente públicos, admitindo, no artigo 173 e no artigo 175, que a lei possa legitimar a presença do Estado tanto em atividades econômicas como em serviços públicos, o que deve ter como limite o princípio da livre iniciativa. (...).* Grifou-se.

Passados aproximadamente vinte anos do referido processo de desestatização e privatização das atividades econômicas nas mãos do Estado, encontramos-nos, nós brasileiros, novamente em um cenário *sui generis*. O modelo de regulação indireta a ser supostamente executado pelas agências reguladoras perdeu espaço para um modelo de retomada da intervenção direta do Estado na economia, caracterizado pelo fortalecimento do uso político das estatais, pela criação de novas empresas de Estado, pela assunção por parte das estatais de funções regulatórias, pela compra de ativos de sociedades empresárias e/ou anônimas pelo Estado, pela ingerência indireta nos projetos de empresas privadas reconhecidas como “campeãs nacionais”, pelo movimento de internacionalização das atividades das estatais e falta de transparência dos objetivos das atividades econômicas e de controle sobre a suas metas e desempenho.

Paralelamente, verificamos um cenário de incerteza, ante a omissão do Poder Legislativo, na elaboração de um estatuto próprio para as referidas entidades e demais formas de participação do Estado no mercado. Com isso, as empresas estatais têm incrementado a sua participação na iniciativa privada, ao mesmo tempo em que se valem de subterfúgios, tais como a internacionalização, para refugar-se dos entraves do regime de direito público previsto pelo art. 173 da Constituição Federal. Em suma: a visão proposta ao longo da década de 1990 de que a atividade econômica seria naturalmente da iniciativa privada, excepcionalmente

exercida pelo Estado, caiu por terra, retomando-se uma política econômica pela qual o Estado assume o papel de principal agente econômico, com a direção do espetáculo que antes era regido sob a batuta do mercado.

Tal fenômeno pode ser percebido em diversas áreas, por meio da expansão do sistema de crédito dos bancos públicos, que atingiu o patamar de aproximadamente 55% do total de crédito bancário concedido no mercado brasileiro⁶. Tormentosas questões internacionais, envolvendo a Petrobrás, e a compra de refinarias no exterior a preços supostamente superfaturados vêm ocupando as páginas dos periódicos quase que diariamente⁷. Em nível interno, a intervenção política sobre a Petrobrás determinou o congelamento dos preços dos combustíveis em detrimento da saúde financeira da companhia⁸. O setor elétrico sofreu forte desestabilização com a edição da MP 579, a qual determinou a antecipação das renovações das concessões, visando em última análise uma redução popular das tarifas de energia elétrica, comprimindo investimentos de infraestrutura em médio e longo prazo⁹. Por fim, a estratégia utilizada de ampliação de barreiras de importação para a proteção da indústria nacional corrobora a percepção de uma política de escolha de setores favorecidos, em detrimento de outros setores da economia, com fulcro em critérios políticos. Até mesmo o regime de concessão dos aeroportos que representa um ganho da livre iniciativa foi objeto de uma modelagem particular, a qual determinou a participação direta da INFRAERO no consórcio explorador das suas atividades de gestão¹⁰.

⁶ Fonte: Banco Central.

⁷ SASSINE, V. Conselheiro pediu proteção a patrimônio da Petrobras. *O Globo*, Rio de Janeiro, 14 jul. 2014. G1: Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>. Acesso em: 20 mar. 2014.

VEJA: Negócio da Petrobras trouxe prejuízo de 1 bilhão de dólares. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/1-bilhao-pelo-ralo>. Acesso em: 18 dez. 2012.

⁸ "(...) Em entrevista ao 'Valor' de 11 de agosto, Rui Falcão, presidente do PT, preocupado com a questão, apresenta a melhor racionalização que conseguiu articular para a política de repesamento de preços de gasolina: 'Você tinha que fazer uma escolha entre remuneração de acionistas e o poder aquisitivo da população. E a Petrobras, além de ter acionistas, é um patrimônio do povo brasileiro'. A racionalização revela visão confusa e deturpada do problema. O povo brasileiro, através do Tesouro, é acionista controlador da Petrobrás. Manter preços de gasolina irrealistas é uma política perversa que subsidia proprietários de automóveis à custa do povo brasileiro (...)". WERNEK, R. F. A reeleição e a Petrobras. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 ago 2014.

⁹ "A atual enrascada na qual o governo se meteu para tentar evitar que a conta bilionária da geração termelétrica desaguasse nas faturas de luz pode ficar pequena diante de outro rombo no setor, desta vez vindo dos tribunais. As intervenções da presidente Dilma Rousseff para estabelecer o novo marco regulatório do setor energético, deflagradas com a polêmica Medida Provisória 579, de setembro de 2012, levaram algumas poucas empresas lesadas a recorrer à Justiça. Mas muitas outras ainda podem seguir o mesmo caminho, induzindo a um passivo que alcançaria, com rapidez, a casa de dezenas de bilhões de reais, podendo se multiplicar ao longo de longas tramitações. (...) Acrescenta-se a esse caldeirão a possibilidade de reclamar pelos abalos sofridos pelas empresas no mercado de capitais, com a alteração de suas perspectivas de receita e com a piora da confiança no ambiente regulatório. O único ponto a favor do governo nessa questão é que a maior prejudicada pelas medidas, a estatal federal Eletrobras, não vai se insurgir contra as arrasadoras perdas que teve. 'É uma pena ver um setor antes autossuficiente financeiramente ter virado, pós-MP 579, dependente de dinheiro público ou de tarifas', comenta o consultor João Carlos Mello, presidente da Thymos Energia." RIBAS, S. Judicialização provocada pela MP 579 pode causar rombo no setor elétrico. *Correio Braziliense*. Disponível em: http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/economia/2014/04/14/internas_economia,422892/judicializacao-provocada-por-mp-579-pode-causar-rombo-no-setor-eletrico.shtml

¹⁰ "Diante das dificuldades do governo em aplicar um choque de gestão na Infraero – que entregará na próxima semana os aeroportos do Galeão e de Confins a operadores privados, o que significa perda de

Logo, o que se nota é a ressurreição dos antigos problemas que assolaram o país nas décadas de 1970 e 1980 ao presente cenário econômico-social brasileiro, sem a correspondente análise da juridicidade do seu arcabouço estruturante, e dos efeitos econômicos potencialmente contrários ao espírito do texto constitucional. É preciso urgentemente discutir os fundamentos que sustentam políticas interventivas praticadas pelo Estado, sob uma ótica finalística e consequencialista.

2. Economias Mistas x Capitalismo de Estado

No geral, mesmo países considerados fomentadores de uma política neoliberal sustentam-se verdadeiramente em economias mistas¹¹. O mosaico econômico mundial compõe-se de atores públicos e privados, que condicionam e participam ativamente do mercado. Ocorre que, se por um lado, a ideia do *laissez-faire* já há muito tempo foi rechaçada pelos especialistas em todo mundo, por outro, verificamos líderes mundiais, respaldados no conceito de economias mistas, retomarem uma concepção heterodoxa hegeliana de Estado, com trejeitos que mais se aproximam do modelo mercantilista dos séculos XVI e XVII do que propriamente do capitalismo.

Isso ocorre porque, com o fim do embate próprio à Guerra Fria, travado entre os modelos capitalista e socialista, e a derrocada de uma política econômica planejada, reconhecidamente fracassada, diversos países, entre eles o Brasil, assumiram o compromisso com o capital, sem conseguir incorporar em seu espírito político valores tipicamente liberais como a livre iniciativa e a livre concorrência. Buscaram, ao revés, acomodar o modelo econômico com uma vertente monopolizadora, que tem no Estado o seu comandante e principal agente indutor.

Para o economista Joseph E. Stiglitz, essa visão do Estado ativo revela, a bem da verdade, a releitura de práticas mercantilistas típicas de países colonizadores, que buscavam soerguer-se na ordem internacional, beneficiando-se de seus monopólios¹². O cientista político Ian Bremmer, por sua vez, traça em sua obra *The end of free market* um perfil do que seria o “capitalismo de estado”:

receitas – o governo vai turbinar a Infraero Serviços, subsidiária a ser criada ainda este ano, para torná-la uma empresa eficiente e lucrativa, e completamente independente da estrutura atual. A nova empresa terá como sócio privado um grande operador estrangeiro. Os dois mais cotados são a espanhola Aena e a alemã Fraport. E terá amplos poderes para operar aeroportos regionais e prestar todo o tipo de serviço, desde pavimentação de pista à implantação de modernos sistemas em terminais, além de qualificação de mão de obra. Segundo uma fonte envolvida nessa modelagem, a Infraero Serviços nascerá ‘sem vícios’, com quadro enxuto de funcionários e livre de passivos trabalhistas.(...)”. DOCA, G.; VALENTE, G. A fatia turbinada da Infraero. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 ago. 2014.

¹¹ STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999. p. 4-5.

¹² “In 1776 Adam Smith, in the first major work of modern economics, *The Wealth of Nations*, argued that competition would lead the individual in the pursuit of his private interests (profits) to pursue the public interest, as if by an invisible hand. (...) The significance of Smith’s insight is clarified by a look at the views about the role of government commonly held prior to Smith. There was widespread belief that achieving the best interests of the public (however that might be defined) required an active government. This view was particularly associated with the mercantilist school of the seventeenth and eighteenth centuries, which argued that government should promote industry and trade. Indeed, many European governments had actively promoted the establishment of colonies, and the mercantilists provided a rationale for this. Some countries (or some citizens within them) had benefited greatly from the active role taken by their government, but other countries, whose governments had been much more passive, had also prospered. (...)”. STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 55-56.

*State capitalism is a system in which the state dominates markets, primarily for political gain. But the division between state-capitalism and free-market countries isn't always clear. There is no iron curtain separating the two sides neatly into opposing camps. Every country on Earth features both direct government involvement in regulating economic activity and some market exchange that exists beyond the state's reach. No country's economy is either purely state capitalist or purely free-market driven, and the degree of government intervention within each country fluctuates over time.*¹³ Grifou-se.

O fortalecimento dessa espécie de modelo econômico, contudo, tem enfraquecido o necessário debate em torno das economias mistas, uma vez que ele propõe um progressivo agigantamento do Estado, e, a reboque, a concentração de poder econômico nas mãos de um único agente. Esta não é a proposta essencial de uma economia mista de matriz capitalista, que, ao revés, está a todo momento calculando o equilíbrio fino entre setor público e privado, com vistas a uma sociedade próspera e justa.

Ocorre que a discussão sobre o tamanho ideal do Estado e, em particular, o seu papel na exploração direta de atividades econômicas/serviços públicos é o ponto central dos estudos da economia do setor público, não podendo assim ser simplesmente rechaçada. Esse é o ensinamento de Joseph E. Stiglitz, na sua obra *Economics of the Public Sector* (1999):

Why does government engage in some economic activities and not others? Why has the scope of its activities changed over the past hundred years, and why does it have different roles in different countries? Does the government do too much? Does it do well what it attempts to do? Could it perform its economic role more efficiently? These are the central questions with which the economics of the public sector is concerned. (...)

*It is because mixed economies constantly face the problem of defining the appropriate boundaries between government and private activities that the study of the economics of the public sector in these countries is both so important and so interesting.*¹⁴

Um fator catalisador desta inclinação estadista de alguns líderes mundiais foi a crise global de 2008. O declínio da economia americana permitiu a inflação do discurso de governantes alinhados com modelos autoritários e centralizadores, os quais prontamente aproveitaram a fragilidade do mercado para questionar a viabilidade do sistema capitalista. Senão, vejamos as considerações de Ian Bremmer:

¹³ BREMMER, Ian. *The end of free market. Who wins the war between states and corporations?* New York: Portofolio, Penguin Group. 2010. p. 44.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 4-5.

Over the past decade, the government of several developing countries have worked to ensure that valuable national assets remain in state hands and that government maintain enough leverage within their domestic economies to safeguard their survival. In some cases, they've used state-owned energy companies to amass wealth or to secure access to long-term supplies of oil and gas that their still-vulnerable economies will need to fuel further growth. They have created wealth funds from pools of excess capital and have begun to make strategic investments beyond their borders. In 2008, the trend toward greater state power reached a tipping point. During the financial crisis and global recession, an enormous market meltdown that provided globalization with its first true stress test, political officials both developed and the developing worlds seized responsibility for decisions that are usually left to market forces – and on a scale not seen in decades¹⁵.

Assim, ao que tudo indica, o soerguimento de líderes de viés estadista já trazia consigo a mudança de direção do pêndulo, a qual foi potencializada pelo cenário internacional. Vale dizer, a crise serviu para políticos de todo o mundo como mecanismo de validação de sistemas políticos centralizados e menos liberais, que praticamente passaram a defender que o mercado não seria capaz de sozinho promover o bem-estar social através do crescimento econômico. Este somente poderia ser alcançado pela mão firme do Estado, estando os mesmos prontos para assumir esse papel.

Partindo-se desta premissa, de que o Brasil sustenta-se em uma economia mista e que, no momento presente, existe uma forte tendência ao crescimento desmedido da máquina pública, resta-nos questionar os valores que sustentam o referido modelo, tal qual proposto linhas acima pelo economista Joseph E. Stiglitz. Afinal, se o setor público tem uma missão, cabe identificá-la, de modo a verificar se a mesma está sendo implementada de forma adequada, se a escolha por determinada política pública é de fato a que melhor atende os seus objetivos, e, por fim, se os custos de tal ação justificam os seus ganhos.

Com efeito, existem diversas questões a serem debatidas, tais como: (i) Quais seriam os limites constitucionais e/ou econômicos para o papel do agente público como ator de mercado? (ii) Quais os objetivos por trás da criação de empresas estatais? (iii) É possível ao Poder Público assumir de forma eficiente o papel de agente de mercado? Em caso positivo, como? (iv) É possível que empresas estatais sejam criadas única e exclusivamente com o propósito de lucro? (v) Quais as consequências do modelo de intervenção estatal adotado na atualidade para a sociedade brasileira?

¹⁵ BREMMER, Ian. *Op. cit.*, p. 20/21.

3. Limites Constitucionais e Econômicos da Intervenção Direta do Estado no Mercado

Em se tratando de apurar o papel destinado ao Estado como agente do mercado, convém destacarmos os seguintes artigos da Constituição Federal de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – a soberania nacional; II – a propriedade privada; III – a função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado.

§3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

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

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Grifou-se.

A Constituição Federal de 1988 não teceu detalhes sobre o modelo de produção do estado brasileiro, mas traçou linhas mestras que evidenciam a escolha pelo sistema capitalista. Isso significa que o Estado brasileiro tem como pilar de sua estrutura econômica a *livre iniciativa* e a *livre concorrência*, princípios que assumem posição de destaque nos artigos 1º e 170. Trata-se de compreensão referendada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal nos seguintes arestos:

A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. *O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006.) No mesmo sentido: AI 754.769-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-9-2012, Segunda Turma, DJE de 4-10-2012; AI 683.098-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-6-2010, Segunda Turma, DJE de 25-6-2010. Grifou-se.*

Na sequência, o Capítulo da Ordem Econômica trouxe a possibilidade de atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas, com a ressalva de que esta *somente seria permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.

Dito isso, não restam dúvidas que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites à atuação do Estado como agente de mercado. Trata-se de conclusão lógica decorrente da interpretação sistemática dos artigos 170 e 173. A atividade econômica é própria do mercado e poderá sofrer a ingerência estatal, excepcionalmente. Parte da doutrina brasileira, com a qual se filia este estudo, identifica essa relação de preferência do setor privado e de complementaridade do setor público como *princípios da abstenção e/ou da subsidiariedade*¹⁶. Vejamos, senão, a lição de Marcos

¹⁶ É importante chamar atenção para o fato de que outros autores identificam sob a mesma expressão “princípio da subsidiariedade” concepção oposta daquela discutida no presente texto. Curiosamente, sob a mesma nomenclatura, propõe-se lógica inversa, a de que somente o Estado estaria investido da prerrogativa de agir em determinados setores, ante o seu compromisso com o desenvolvimento de

Juruena Villela Souto lançada na obra *Direito Administrativo da Economia*:

As privatizações se impõem, no direito brasileiro, por força do princípio fundamental da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), do qual resulta para o Estado, o dever de não explorar diretamente atividade econômica em concorrência com o setor privado (princípio da abstenção), ressalvadas as hipóteses em que seja, por lei, reconhecido um imperativo de segurança nacional ou um relevante interesse coletivo, observados os setores e áreas de atuação definidos em lei complementar (CF, art. 173 c/c 37, XIX, *in fine* – princípio da subsidiariedade).¹⁷

Outros autores apenas mencionam a referida ideia, sem, no entanto, reconhecê-la por meio da referida expressão, como é o caso de José dos Santos Carvalho Filho, entre outros¹⁸:

interesses coletivos e individuais. Este é o posicionamento de Marçal Justen Filho: “Deve-se reconhecer que o monopólio estatal está diretamente relacionado com a inviabilidade ou inconveniência de desempenho de determinadas funções pela sociedade ou pela iniciativa privada. A satisfação de direitos fundamentais ou a implantação de certos valores, em determinadas situações, somente se pode fazer por meio da atuação estatal. Em alguns casos, trata-se de reconhecer que somente o Estado pode ser investido dos poderes aptos a afetar de modo radical os interesses coletivos e individuais”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 99. De toda forma, cumpre registrar que não se tem aqui a pretensão de capturar a referida nomenclatura. Ao revés, o que se pretende é identificar a predominância da livre iniciativa no Estado Democrático Brasileiro no domínio econômico, ideia esta que se corporifica na conjugação das normas inscritas nos artigos 1º e 170 (livre iniciativa e livre concorrência), ambos inauguradores de nada mais nada menos que “os princípios fundamentais” e “a ordem econômica”, em contraposição ao papel suplementar do Estado registrado no art. 173 (“a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando...”). Enfim, a nomenclatura não deverá superar a ideia aqui proposta, cabendo apenas remeter-nos às duas possíveis interpretações dessa expressão.

¹⁷ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Op. cit.*, p. 182. Nesse mesmo sentido, ver MONTEBELLO, Mariana. O princípio da subsidiariedade e a Constituição da República de 1988. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 545-556.

¹⁸ “A livre iniciativa, como foi exposto, é o princípio fundante da atividade econômica, como tal enunciado no art. 170, *caput*, da Constituição, repetindo, no econômico, o princípio fundamental polivalente do art. 1º, IV. Mas não apenas nessa ênfase avançou a Constituição de 1988 em tema de intervenção concorrencial do Estado no domínio econômico. De uma complementaridade vaga e ampla, apenas esboçada, no art. 170, §1º, da antiga Carta, que se articulava com a autorização amplíssima para intervir no domínio econômico (do art. 163, *caput*), passou-se a uma complementaridade precisa e restrita, expressa em dispositivo específico (art. 173)”. Grifou-se. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003. p. 468. “A Constituição de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais falando em intervenção, mas sim de atuação, dispondo que, ‘ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (art. 173), acrescentando que a ‘lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’ (art. 173, §4º). Dessa forma, mantendo a orientação da Constituição anterior, a atual assegurou à iniciativa privada a preferência para exploração da atividade econômica, atribuindo ao Estado somente as funções de ‘fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’ (art. 174). Como se infere dos dispositivos supramencionados, só é admissível a atuação supletiva do Estado na atividade econômica, não mais a interventiva, que se vinha praticando com tanta

O art. 173, *caput*, da CF tem que ser interpretado conjugadamente com o art. 170, IV e parágrafo único. A exploração de atividades econômicas cabe, como regra, à iniciativa privada, um dos postulados fundamentais do regime capitalista. Desse modo, a possibilidade que a Constituição admitiu no art. 173 há de ser considerada como tendo caráter excepcional. Por isso é que o próprio texto estabeleceu os limites que ensejariam essa forma de atuar do Estado. Sendo assim, não é difícil perceber que a leitura do texto indica claramente que a regra é que Estado não explore atividades econômicas, podendo fazê-lo, contudo, em caráter especial, quando estiverem presentes os pressupostos nele consignados.¹⁹

Se, por um lado, nos deparamos com a clara função acessória do Estado no domínio econômico, por outro, verificamos que a densidade precária dos conceitos indeterminados das expressões “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” inscritas no art. 173 abre espaço para os mais variados tipos de discursos e projetos políticos. A Constituição Federal de 1988 impôs o predomínio da iniciativa privada e da livre concorrência, ao mesmo tempo em que permitiu uma passarela de justificativas para as respectivas exceções, a serem definidas apenas em lei.

Com efeito, a justificação da criação de empresas estatais voltadas à exploração de atividades econômicas dependerá não somente de sua adequação ao disposto no *caput* do art. 173, mas também à sua conformação com as demais normas constitucionais, tais como o princípio da moralidade (art. 37, *caput*), o princípio republicano (art. 1º) e a cláusula geral do Estado Democrático de Direito (art. 1º). Esse ônus estatal decorre do princípio da *unidade* e revela-se tão importante quanto o reconhecimento do princípio da subsidiariedade, uma vez que por meio dele será possível impor *um dever de motivação*, marcado pela honestidade e coerência. O conteúdo inicialmente amplo vislumbrado pelo constituinte para os termos “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” deverá no caso concreto dotar-se de significância, com o estabelecimento de explanações lógicas sobre a premente necessidade de captura pelo Estado de atividade típica da iniciativa privada, com a apresentação de estudos e justificativas capazes de esclarecer a dinâmica do setor e as finalidades do respectivo projeto.

Os mencionados princípios funcionarão, portanto, como parâmetros para o mencionado dever de motivação, na medida em que se apresentam como diretrizes essenciais da nossa sociedade. Como nos ensina Luiz Roberto Barroso²⁰:

frequência e ilegalidade antes da edição da atual Carta”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 639.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 881.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87-91.

A ideia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. (...) No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados: a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias públicas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos.

Assim, tais conceitos jurídicos indeterminados não podem conformar-se em “cheques em branco” ao Poder Público²¹. O seu conteúdo deve ser devidamente exposto e motivado, de modo a compatibilizar a ingerência do Estado no domínio econômico com os propósitos do texto constitucional.

Ao fim e ao cabo, o dever de motivação permitirá à sociedade compreender os propósitos da criação e/ou reestruturação de determinada empresa estatal ou mesmo a escolha na participação pelo Estado de determinado segmento do mercado. Celso Antônio Bandeira de Mello dedica preciosas linhas sobre o referido princípio e sua relação lógica com a cláusula democrática:

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. (...) Naqueloutros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aturada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada. (...) O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece em seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das

²¹ Sobre o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, ver: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ações de quem gere negócios que lhe dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitar a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar às que forem ajustadas à lei. Por isso, Ramon Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática – e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, *caput*) –, pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.²²

Ultrapassada tal etapa, o controle a ser exercido pela opinião pública, pelos eleitores e pelos demais órgãos públicos não será propriamente de natureza jurídica, mas sim de natureza econômica. Isto porque será dado espaço para todos avaliarem se o projeto de intervenção direta do Estado na economia revela coerência com a realidade. O mérito da decisão governamental pode inicialmente estar à margem do controle jurisdicional, mas por certo, não estará desconexo do controle social. A sociedade deve dialogar e debater com seriedade eventuais projetos de lei e leis autorizativas da criação de estatais, a correspondente alocação de recursos e os fins almejados pela correspondente empreitada.

Nada obstante, se a análise econômica der-se em sentido contrário aos fundamentos expostos pelo ente estatal, revelando sua incoerência e total inadequação à promoção do interesse público, e aos demais propósitos do Estado brasileiro, conseqüentemente, estaremos inexoravelmente diante de violações jurídicas, passíveis de controle por órgãos jurisdicionais. Afinal, se após o debate público forem levantados argumentos sérios e coerentes sobre o desvio de finalidade, ou mesmo, a inobservância flagrante de princípios constitucionais, não se estará propriamente diante de uma decisão apenas política e discricionária, mas sim de um programa ilegítimo e inconstitucional.

Nessa esteira, a alocação de recursos desnecessária, infundada ou mesmo desconexa às necessidades prementes da sociedade brasileira também configurará uma violação de natureza jurídica, na medida em que contrária aos princípios da moralidade e da eficiência e ao princípio republicano. A distribuição de recursos é uma das tarefas mais importantes exercidas pelo Estado, devendo, portanto, ser pautada pela probidade e pela economicidade. Logo, os custos de empreitadas interventivas devem ser contabilizados e avaliados em conjunto com o seu propósito. Se a finalidade proposta pela empresa estatal puder ser realizada por outro meio menos custoso, e/ou se ele configurar excessivamente oneroso sem resultados ou metas objetivos, restará evidente o dano ao Erário, decorrente da malversação de verbas públicas²³.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, p. 102-103.

²³ “Evidentemente, o princípio republicano impõe a adoção de mecanismos eficazes e efetivos para resguardar a gestão de bens, dinheiros e valores públicos. E a razão para tanto chega a ser óbvia. Afinal,

Assim, os limites impostos pela Constituição Federal de 1988 para a conformação do Estado interventor são aqueles inscritos nos artigos 1º, IV; 170 e 173, e também aqueles decorrentes da cláusula do Estado Democrático de Direito, do princípio republicano, dos princípios administrativos constitucionais previstos no art. 37, dos deveres de motivação e controle dos atos administrativos.

O cenário nacional ainda encontra-se em fase embrionária quanto a essa percepção do papel do setor público e das consequências não intuitivas e muitas vezes prejudiciais da assunção pelo Estado da tarefa de “gerentão” do mercado. *Nada obstante, para que possamos avaliar se as estatais estão servindo para os seus propósitos, é preciso enfim que se diga quais são eles. De que forma, por exemplo, a existência da Petrobrás S.A. e/ou Eletrobrás S.A. irá favorecer o setor de energia no Brasil? Qual o relevante interesse coletivo que elas estão promovendo?*

Essas não são respostas simples e demandam estudos econômicos que perpassam o escopo deste trabalho. Nada obstante, o que chama a atenção é que faz parte do estudo do setor público questionar por que estamos agindo desta ou daquela forma. Afinal, por que o Estado precisa fazer-se presente em tantos setores da economia? Será que o Estado assim age em prol do melhor interesse público? Por que em alguns casos a intervenção do Estado é positiva e em outros casos negativa?

Somente com a explicitação dos motivos que determinam a política intervencionista em cada caso será possível aos cidadãos efetuar o controle de seus atos, tanto sob o ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista jurídico.

4. A Intervenção Direta do Estado Pode Ser Eficiente

Por certo, não existe uma única fórmula de sucesso e a prova disso é que países com diferentes modelos de economia mista logram desenvolver-se, trazendo prosperidade para a sua população. A Noruega, por certo, é o exemplo de sucesso. A *Statoil* foi criada em 1972 como uma empresa estatal norueguesa, com o propósito de garantir os interesses comerciais do governo, sobretudo com relação à água e ao fornecimento de matéria-prima. A justificativa apresentada ademais seria que a empresa estatal permitiria o incremento de receitas públicas derivadas do petróleo.²⁴ Com efeito, este é o cenário do país escandinavo²⁵:

é exatamente por gerir a coisa pública que o administrador deve prestar contas ao verdadeiro titular dos recursos e dos bens administrados. No regime republicano, a guarda, a gestão e a utilização de bens e valores públicos sujeitam-se a uma rígida disciplina normativa, cabendo destacar que, no ordenamento brasileiro, tal disciplina encontra-se fundamentalmente delineada na própria Constituição da República, em capítulo convencionalmente designado “Constituição Financeira”. WILLEMANN, Mariana Montebello. O princípio republicano e os Tribunais de Contas. *Interesse Público*. São Paulo, vol. 10, nº 50, p. 277-302, jul./ago., 2008.

²⁴ NORENG, Øystein. State-owned oil companies: Western Europe. VERNON, Raymond; Aharoni, Yair (Editors). *State-Owned Enterprise in the Western Economies*. New York: Routledge Revivals. 2014. p. 133-144.

²⁵ CHADE, Jamil. Noruega o país mais próspero do mundo. *Estadão*, São Paulo, 13 abr. 2014. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,noruega-o-pais-mais-prospero-do-mundo-imp,1153141>.

NORUEGA O PAÍS MAIS PRÓSPERO DO MUNDO: TONSBORG (...)

Quarenta anos depois da descoberta de petróleo no Mar do Norte, a Noruega conseguiu traduzir esse recurso natural em prosperidade e igualdade. Pela primeira vez em 2014, um país terá um Produto Interno Bruto per capita acima de US\$ 100 mil e, segundo a ONU, jamais uma sociedade atingiu nível de desenvolvimento humano igual ao de Oslo. O salário mínimo é de 4,8 mil, cerca de R\$ 14 mil, o desemprego de 2% e, mesmo em uma era de austeridade, o sistema do bem-estar social se manteve intacto. A Noruega foi um dos poucos países a atravessar a crise global sem grandes impactos e, nas últimas eleições, o único debate era o que fazer com o dinheiro que sobra nos cofres públicos.

ESTATAIS: Mas o modelo norueguês também tem outro componente: a forte presença do Estado em praticamente todos os campos da economia. Segundo especialistas, essa tendência começou depois da 2ª Guerra Mundial, quando o governo nacionalizou empresas ligadas à Alemanha. Assim, o Estado ficou com 44% das ações da Norsk Hydro, tem participação de 37% na Bolsa de Valores de Oslo e dezenas de empresas. O capitalismo de Estado fez com que economistas ironizassem a situação chinesa. Uma piada contada entre analistas aponta que, no fundo, o modelo desenvolvido pelo Partido Comunista Chinês nos últimos dez anos não passa de uma cópia do modelo norueguês existente há meio século. Hoje, o Estado controla a petroleira *Statoil*, o grupo de comunicações Telenor, a fabricante de fertilizantes Yara, e o maior banco do país, DnBNor.

Veja-se, portanto, que no caso da Noruega, o Estado atua diretamente no mercado, seja por meio de estatais, seja por meio da participação em empresas privadas. Logo, ao que tudo indica, o país encontrou o ponto ótimo para a proposta de uma economia mista, dosando com maestria os espaços destinados à livre iniciativa e à intervenção estatal.

Em entrevista concedida à Revista Veja, em 17/02/2013, o Presidente da *Statoil*, trouxe à tona um ponto fundamental do modelo de exploração de petróleo norueguês: a incessante busca pela eficiência:

A Statoil não tem direito automático sobre todas as áreas exploratórias como a Petrobrás, que recebe pelo menos 30% de cada bloco licitado. Na Noruega, temos que competir *com gigantes multinacionais como Exxon, Shell, BP e Chevron*. E também podemos decidir em quais licitações entrar. Isso é bom para a empresa, porque não nos obriga assumir negócios que

não nos interessam, e benéfico à economia do país. A lógica que nos rege não é a reserva de mercado, mas a da busca da eficiência. Felizmente, há um razoável consenso entre os políticos noruegueses de que a competição é um valor inabalável.

(...)

Como fazer com que empresas que têm reserva de mercado busquem eficiência e se tornem competitivas?

Um bom marco regulatório, que lhes imponha metas e estabeleça um prazo para o fim dos subsídios, já é um bom começo. Mas é preciso, antes de tudo, criar meios para que a busca pela competitividade se torne parte indissociável da cultura das companhias que recebem um empurrão do estado. É um processo lento, gradual, que depende ao mesmo tempo delas, das agências reguladoras e do próprio governo.²⁶

Na Statoil, somos obrigados a pensar nisso todos os dias. Pagamos 78% de impostos sobre a atividade petrolífera. É impossível sobreviver e dar lucro aos acionistas sem ganhar eficiência e baixar custos. Os políticos nos deixam trabalhar guiados pelas leis de mercado por entender que, quanto mais crescemos, mais impostos pagamos.

(...)

A Statoil não sofre interferência do governo e dos políticos?

Não. O governo norueguês tem 65% das ações, mas apenas um único representante no comitê que nomeia os conselheiros. Em 2001, quando passamos a vender ações na bolsa, o estado norueguês assumiu publicamente o compromisso de nunca, sob hipótese alguma, tentar arbitrar os rumos da companhia. Minha obrigação é gerar valor para os acionistas. Se falhar, o governo me manda embora. Se não fosse assim, jamais teríamos conseguido quintuplicar a produção na área internacional na última década.

(...)

A Statoil não precisa pedir autorização ao governo para aumentar o preço dos combustíveis?

Claro que não. O preço dos combustíveis deve ser regulado pelo mercado global, não pelo governo. Vendemos nossos produtos no exterior e estamos bem cientes de que os valores no mercado interno devem refletir as cifras internacionais. Grifou-se.

²⁶ <http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/o-presidente-da-estatal-de-petroleo-da-noruega-uma-das-gigantes-do-ramo-informa-la-o-governo-nao-se-mete-na-empresa-se-ela-nao-der-lucro-me-mendam-embora-conta/>

O que se pode concluir a partir das respostas apresentadas pelo representante da *Statoil* é que a Noruega de fato assimilou o conceito fundamental do modelo capitalista, a saber, a liberdade de concorrência e de autodeterminação dos mercados. A sua ação como Estado é indutora e facilitadora, mas não substitutiva. Não há a preocupação que as empresas estatais representem interesses do Poder Público, ao revés. Uma vez criadas, elas são lançadas para em pouco tempo viverem livremente no mercado. E essa é a maior garantia de que elas irão prosperar. Imersas em um ambiente de grande competição, sem as amarras políticas, e os seguros de “ser governo”, elas produzirão livremente, buscando a eficiência como mecanismo necessário à sobrevivência.

O caso dos EUA também merece a devida consideração. Isso porque, apesar de associarmos este país à máxima do liberalismo econômico, poucos se atentam para o fato de que ele também possui uma configuração de uma *economia mista*, com a participação direta do Estado no mercado. Logo, o discurso de um Estado mínimo associado a diversos setores da sociedade americana não reflete com exatidão o tamanho do setor público na economia.

*The government corporation model has been utilized by the federal government for over a century. Today's government corporations cover the spectrum in size and function from large, well-known entities, such as the U.S. Postal Service and the Federal Deposit Insurance Corporation, to small, low-visibility corporate bodies, such as the Federal Financing Bank in the Department of the Treasury and Federal Prison Industries in the Department of Justice.*²⁷

Afinal, os EUA também possuem diversas empresas estatais que atuam de forma diversificada no cenário econômico. O mais curioso é que, diferentemente do que se poderia imaginar, também lá a criação de tais corporações não possui uma lógica clara. Fruto de diversas ações pontuais e não coordenadas de políticas públicas promovidas por diversos governos, as estatais americanas sofrem os mesmos problemas identificados no cenário brasileiro: ausência de um marco regulatório eficiente capaz de conferir uniformidade²⁸, previsibilidade e coerência sistêmica, falta de clareza ao processo de controle orçamentário e finalístico, baixa repercussão de suas ações no debate público. Vale dizer, as estatais nos EUA não são foco da preocupação dos agentes públicos e da sociedade civil, passando despercebidas no cenário nacional.

²⁷ KOSAR, Kevin R., (*Analyst in American National Government – Congressional Research Service*), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (Prepared for members and committees of Congress. Summary).

²⁸ *The GCCA is not a general incorporation act such as is in effect in the states. The charter for each federal government corporation is the separate enabling legislation passed by Congress. The GCCA also does not offer a general definition of what constitutes a government corporation. It simply enumerates the organizations covered by the act. In: KOSAR, Kevin R., (Analyst in American National Government – Congressional Research Service), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (Prepared for members and committees of Congress. p. 4).*

Within the executive branch, no one agency is responsible for the oversight and supervision of government corporations. Neither the House nor the Senate have single committees with the responsibility to oversee all government corporations. Instead, each corporation is overseen by the committee(s) with jurisdiction over its policy area. Many government corporations, such as the Tennessee Valley Authority, have been established to exist in perpetuity. Other government corporations, such as the U.S. Enrichment Corporation, though, have been designed to serve as transition vehicles to transform from governmental entities into private firms.

Congress at times has found the government corporation an attractive governance option. A well-designed and -operated government corporation does not require annual appropriations because it generates revenues from the provision of goods and services. Moreover, each government corporation may be endowed with the administrative flexibilities required to accomplish its goals while remaining responsive to Congress and the President. Finally, as noted above, the government corporation may be established to serve an enduring purpose or may serve as a vehicle for privatization.²⁹

Para melhor entender a natureza, os objetivos e as consequências desse fenômeno da Administração Pública, o Congresso Americano promoveu a elaboração de três relatórios sobre “*government corporations*”, nos anos de 1988, 2005 e 2011³⁰. Tais relatórios são fonte riquíssima de informações sobre a estrutura das estatais nos EUA. Para o presente trabalho, além das considerações expostas linhas acima, convém chamar a atenção para o seguinte tópico: a preocupação constante em debater a *funcionalidade* das estatais. Senão, vejamos.

One corollary of limited central management oversight of government corporations is the lack of answers to fundamental issues regarding when and how government corporations ought to be created and utilized. There are at least two schools of thought respecting the proper use of the government corporation option relating to its structure, authority, and financial systems. One school holds that government corporations, including agencies called corporations but which do not perform commercial activities, should be encouraged, provided maximum policy and financial autonomy, and be subject to such oversight as is appropriate for other agencies and instrumentalities in the same policy field. The legal responsibilities of the corporation should be located in its enabling statute.

²⁹ KOSAR, Kevin R., *Op. cit. Summary*

³⁰ KOSAR, Kevin R., *Op. cit.*

*The position of the second school is that government corporations should be established only when appropriate criteria and standards, developed by a central management agency, are met. Such standards should be reflected in a national incorporation law and apply to all proposed and functioning corporate bodies properly defined. Government corporations should be considered to be part of the executive branch, but with recognition of their distinctive needs and oversight requirements as a category of institutions*³¹. Grifou-se.

Além disso, os EUA visualizam para as estatais uma função bastante particular: muitas são criadas com o propósito de servirem de veículo de transição para a privatização de determinadas atividades econômicas. Essa proposta decorre diretamente da cultura propagada pela sociedade norte-americana de que a livre concorrência e a liberdade de autodeterminação dos mercados são essenciais para a prosperidade do país. Assim, nos EUA, muitas estatais assumem essa função para nós vista como *sui generis*.

O exemplo de sucesso apresentado pelo relatório de 2011 para a “estatal-ponte” diz respeito à empresa *CONRAIL*, criada pelo Congresso americano no ano de 1976, como resultado da reunião de sete empresas privadas da área de ferrovias que entraram em processo falimentar. Para a recuperação do setor, foram investidos 8 bilhões de dólares, no período de 10 anos. Com um projeto de reestruturação e bases fortes para a sua colocação na iniciativa privada, a *CONRAIL* foi revendida para a iniciativa privada, operação que garantiu ao governo o resgate de 2 bilhões de dólares. Para o governo, contudo, o benefício direto deste projeto consistiu no oferecimento de um sistema ferroviário de qualidade para a região nordeste do país.

A comparação com a Noruega e os EUA evidencia que a discussão sobre a participação direta do Estado na economia *per se* há muito deixou de ser questionada. Vivemos em um mundo onde a maioria dos países está fundada em economias mistas, com ampla participação do Estado e da iniciativa privada na formação dos mercados. A questão que emerge, portanto, é mais complexa e está associada basicamente à *eficiência*. Por que o setor público em alguns países consegue lograr bons resultados e, em outros, a sua participação evidencia verdadeira tormenta e insegurança aos investidores? Se a eficiência não está associada ao setor privado por si só, podendo ser alcançada também pelo setor público, o que de fato alimenta o sucesso?

Novamente, a comparação entre os países citados e o Brasil nos dá alguns *insights*. Ao que tudo indica, a eficiência está estritamente associada à livre concorrência, à acirrada competição entre os atores econômicos e a autodeterminação dos mercados, somada à participação do Estado como indutor em espaços de maior fragilidade, em alguns casos intermitente, em outros, perene. Assim, o que se nota nas economias mistas bem-sucedidas é que o Estado não atua

³¹ KOSAR, Kevin R., *Op. cit.* p. 11.

sob a ótica monopolista, ao revés, parte substantiva de sua energia é dedicada a fomentar a livre iniciativa e a competição. Isso não significa que ele esteja fora do espaço econômico, ao revés, significa que ele tem a compreensão dos efeitos nefastos do monopólio para a economia e, principalmente, para a sociedade. Não se está diante de um jogo de poder entre governo e iniciativa privada, mas sim, em uma equipe de trabalho, em que cada ator sabe a devida extensão das suas forças e das suas capacidades.

Nesse mesmo sentido, Joseph E. Stiglitz afirma que a máxima de eficiência do setor privado em contraposição ao setor público não é verdadeira. Nada obstante, ele aponta os principais equívocos do setor público, que, em geral, acabam levando à sua ineficiência: (i) baixa restrição orçamentária; (ii) espaço de competição limitada; (iii) atuação política; (iv) falta de competitividade; e (v) regime jurídico público-pessoal e orçamento³².

A existência de uma relação de “paitrocínio” entre a Administração direta e a empresa estatal seria o primeiro dos problemas de eficiência. Tal expressão, cunhada pela sabedoria popular para identificar casos em que as pessoas são sustentadas pelos pais, bem exemplifica o cenário de leniência próprio das empresas estatais. Não existem limites de caixa para a empresa, que em momentos de sufoco pode se beneficiar de aportes diretos do Erário e/ou de empréstimos com taxas de juros muito abaixo daquelas oferecidas pelo mercado³³. Como tampouco existe a preocupação com estimativas de lucro econômico³⁴ e consequências fatais da má-administração, qual seja, a falência, não existem os incentivos para a maximização da produção e a construção de um projeto eficiente.

O espaço de competitividade limitado também prejudica o desempenho das estatais, na medida em que não existe disputa pelo mercado. O resultado é o decréscimo nos níveis de qualidade e de inovação dos produtos, em prejuízo dos consumidores. O papel político exercido pelos governantes também afeta a produtividade das empresas estatais, que acabam tendo que seguir um plano de governo e não um plano empresarial. O regime jurídico híbrido também é um entrave para o processo de contratação de pessoal, de compra de insumos e de planejamento orçamentário.

Em suma: a falta de liberdade, de risco e de flexibilidade próprias do setor público são contraproducentes para a formação de uma estratégia empresarial. Isso não significa, contudo, que seja impossível ao Estado tornar-se eficiente, mas, para tanto, este teria que se lançar em setores da iniciativa, despido dos ônus e bônus de ser governo. Essa é a parte mais difícil.

³² STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 198/206.

³³ “A special type of subsidy is government provision of credit below market interest rates, in the form of low-interest loans and loan guarantees”. STIGLITZ, Joseph E. *Op. cit.*, p. 31.

³⁴ O lucro contábil consiste no lucro obtido por uma empresa a partir da análise dos seus custos e de seu faturamento. O lucro econômico leva em consideração o custo de oportunidade, isto é, somente pode-se falar em lucro se o rendimento obtido com aquela atividade empresarial for superior à remuneração do dinheiro investido no mercado.

Esta tem sido a lógica da União Europeia, ao aplicar aos Estados-membros restrições à atuação de empresas estatais: a proteção da livre concorrência³⁵. Para o bloco, o efeito negativo à economia não está na exploração de uma atividade econômica e/ou prestação de serviço por uma empresa cuja titularidade seja pública. A preocupação está na inserção no mercado comum de empresas beneficiadas por subsídios e benefícios não extensíveis aos demais agentes, e, portanto, fomentadores do desequilíbrio concorrencial. Vale aqui o registro dos artigos 31 e 87 do Tratado da Comunidade Europeia:

31. 1. Os Estados-Membros adaptarão os monopólios nacionais de natureza comercial, de modo a que esteja assegurada a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-Membros, quanto às condições de abastecimento e de comercialização. O disposto no presente artigo é aplicável a qualquer organismo através do qual um Estado-Membro, de fato ou de direito, controle, dirija ou influencie sensivelmente, direta ou indiretamente, as importações ou exportações entre os Estados-Membros. Estas disposições são igualmente aplicáveis aos monopólios delegados pelo Estado.

87.1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são compatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.³⁶

Assim, com o passar dos anos, a União Europeia vem, através de sua Corte e por meio da elaboração de boletins, delimitando o conceito de subsídio. O principal critério utilizado tem sido o princípio do ‘típico investidor de mercado’ (*market investor criterion*). Basicamente, a ideia que se dissemina é que o aporte estatal tem que apresentar

³⁵ “As a result, typical mixed economy is characterized by a merger of two functions in public authorities: they act both as a regulator of the public interest and as a participant in economic life. In principle the EC Treaty does not affect such State intervention: as owner or manager, the State must be treated on an equal footing with private owners or managers; as regulators, States can rely on their original socio-economic powers, protected by the principle of subsidiarity. The investing States’ powers are, however, not unlimited. As far back as 1964, in *Costa v. E.N.E.L.*, the Court of Justice stressed that the Treaty’s neutrality regarding States nationalization programmes does not imply that such nationalizations may violate the Treaty rules and, in particular, the rules regarding free movement or competition. Later the Court held, in *France v. Commission and RTT*, that a member State may not entrust a public body with regulatory powers if that body at the same time operates in the field it seeks to regulate and competes in that field with other undertakings. The Court thus invalidated one of the core motives of public ownership, i.e. the concentration of regulatory and operational functions in one public body – at least for sectors in which competition is actually or potentially present”. VERHOEVEN, Amaryllis. *Privatisation and EC law: is the European Commission ‘Neutral’ with respect to public versus private ownership of companies?* Download pelo Heionline em 02 maio 2014 (45 Int’l & Comp. L.Q. 861 1996).

³⁶ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). *Direito administrativo empresarial*; RODRIGUES, Bruno Leal. *Estatais no direito internacional* (p. 11-31), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

características semelhantes a um aporte típico de mercado. Se essa injeção de recursos estiver em um cenário de suposto superfaturamento de cotas, retorno antecipado de investimentos, socorro a empresas em processo falimentar entre outras, estar-se-á diante de uma intervenção estatal que não coincide com os valores de um modelo liberal e, portanto, não passíveis de serem explorados sob o âmbito da União Europeia³⁷.

O ponto, contudo, a ser ponderado nesse caso é que, por certo, tal postura somente poderá ser compatível com economias mistas se houver espaço para atuação dos Estados quando ocorram falhas de mercado, casos em que a intervenção direta do Estado na economia fomentaria a competição e o reequilíbrio de forças no mercado, objetivo principal do modelo econômico do mercado comum.

Superada essa etapa, há ainda que se chamar atenção para outro ângulo do conceito de eficiência, não apenas atrelada à empresa, mas sim ao *conjunto do mercado*, vale dizer, aos atores de determinado setor, na tarefa que lhes é incumbida de produção de determinado bem ou serviço.

Assim, a pergunta que deve ser feita não se restringe à eficiência desta ou daquela empresa estatal, mas sim, quanto à eficiência de determinada política setorial. A pergunta que cabe à sociedade brasileira é muito mais ampla: por exemplo, o setor energético no Brasil é eficiente? Os custos de se manter uma empresa estatal são compensados pelos seus benefícios? Quais são eles?

Logo, a discussão sobre a titularidade pública ou privada de determinada empresa perderia o sentido em se tratando da análise de eficiência do setor público, uma vez que esta não estaria atrelada a um corpo empresarial, mas ao resultado obtido pelo conjunto do mercado. Uma empresa estatal, assim, pode apresentar lucro contábil e/ou econômico, parecendo dotar de eficiência e, ao mesmo tempo, representar um atraso para o desenvolvimento de determinado setor daquele país. Noutro giro, uma empresa particular pode falir, sendo integrante de um setor altamente produtivo. Isso ocorre porque o fator essencial para o sucesso da economia não está no lucro, mas sim, na competitividade.

Dessa forma, a questão do lucro de uma estatal não se revela por si só essencial para a aferição de eficiência. O lucro somente será um fator caracterizador da prosperidade da empresa se estiver associado à livre concorrência. O lucro decorrente da atuação monopolística não é algo positivo, mas evidentemente o resultado natural do controle do mercado. Os detentores de monopólios detêm um poder desmedido sobre a produção, provocando desequilíbrios artificiais na relação de oferta-demanda e na qualidade do bem ou serviço oferecido. Logo, a monopolização dos setores produtivos pelo Estado, muito embora seja lastreada em discursos de promoção do bem-estar social ou no fatídico interesse público, na prática, podem produzir o efeito inverso, prejudicando o setor e, conseqüentemente, o cidadão e/ou seu consumidor final. Em suma, a produção de lucro analisada isoladamente não é um bom critério para se aferir a eficiência da atuação do Poder Público.

³⁷ VERHOEVEN, Amaryllis. *Op. cit.* (45 Int'l & Comp. L.Q. 861 1996).

5. Limites Constitucionais e Econômicos para a Criação de Estatais com Finalidade Única de Lucro

Noutro giro, a criação de empresas estatais com a única finalidade de produzir lucro, ideia que vem sendo ventilada a partir do crescimento do Capitalismo de Estado, também demanda certa ponderação. Como visto anteriormente, não se trata de se perquirir aqui somente os limites jurídicos desta empreitada. A questão é saber quais os efeitos práticos da participação do agente público como um agente privado, voltado a investir em corporações com a finalidade de lucro.

É preciso cuidado aqui para diferenciar duas situações distintas. A primeira delas diz respeito à modelagem de setores estratégicos, exploradores de bens públicos, como é o caso do petróleo e seus derivados. Tais recursos naturais são tidos pela Constituição Federal como bens públicos e sua exploração, a grosso modo, consiste na transformação desses bens em recursos públicos. Esse é o raciocínio que fundamenta a criação de parte dos fundos soberanos: determinados países possuem riquezas naturais que devem ser preservadas e utilizadas com parcimônia pela presente geração, como forma de garantir o futuro, uma vez que se trata de fontes não renováveis, com uma vida útil. Esse “lucro” acaba sendo dirigido para um fundo, que passa a gerenciar as reservas da sociedade, como uma espécie de previdência.

Outra situação diferente é a escolha de um Estado em adentrar em determinado setor da economia, em concorrência com a iniciativa privada, com o único propósito de dividir mercados e obter lucros oriundos da exploração de determinada atividade econômica. Por exemplo, o Estado avaliaria o cenário econômico, identificando na produção de calçados um forte nicho econômico, e passaria a atuar com uma empresa estatal de produção de calçados, digamos *Brasil Calçados*. Isso seria juridicamente possível e economicamente sustentável?

A resposta no âmbito jurídico fundamenta-se na interpretação sistemática do princípio da subsidiariedade e dos demais princípios administrativos, do princípio republicano e da moralidade, tal como expostos linhas acima. Se o Estado brasileiro tem como objetivo promover o bem-estar social, através de um sistema democrático, pautado em direitos fundamentais, pelo qual os recursos públicos serão administrados de forma transparente e pública em prol da própria sociedade, qual seria o objetivo do Estado em assumir a função de um empresário?

A assunção deste papel com único objetivo de produzir riquezas revela-se destoante dos propósitos de atuação do Estado. Além disso, a própria Constituição Federal definiu em seu art. 170 que a ordem econômica será pautada pela livre iniciativa, como regra, para posteriormente apresentar as exceções no art. 173, a saber, a segurança nacional e o relevante interesse coletivo. A participação do Poder Público no mercado como agente privado voltado *tão somente* para a obtenção de lucro não está inserida nem no conceito jurídico da primeira nem da segunda expressão. Logo, a criação de tal empresa nos termos acima ventilados seria de todo inconstitucional.

Por certo, embora dotado de plasticidade, o conceito jurídico indeterminado de “relevante interesse coletivo” não poderia restringir-se à simples atividade pretensamente arrecadatória. Isso porque a obtenção de recursos públicos para a consecução dos objetivos constitucionais não é um fim em si mesmo, mas apenas um móvel para a realização *de* outras finalidades públicas. Logo, admitir-se que o mecanismo arrecadatório estaria no mesmo patamar dos programas constitucionais significaria uma inversão do sentido excepcional inerente ao art. 173, com o prematuro ocaso do vocábulo “relevante” contido na mencionada expressão.

Nada obstante, por amor ao debate, imaginemos que se entendesse pela corrente contrária à existência do princípio implícito da subsidiariedade. Também aqui não seria possível ao Estado adentrar em determinado setor da economia com a finalidade exclusiva de lucro, uma vez que o exercício de qualquer atividade econômica por si só tem como característica essencial o risco do negócio. Vale dizer, muito embora a finalidade do Estado seja o lucro, ele é uma incerteza, diante da lógica de mercado. Logo, o Estado estaria na prática deslocando verbas públicas, ou contraindo empréstimos, que poderiam ser investidos em projetos destinados a fins constitucionais, para a criação de empresas que podem ou não reverter em arrecadação estatal. Tal atitude choca-se frontalmente com o dever de cautela e probidade próprios do Administrador Público. A preservação e a boa versação das verbas públicas são posturas que decorrem diretamente do princípio da moralidade e do princípio republicano³⁸. A gestão pública dos recursos coletivos, portanto, não admite a assunção desmedida e descompromissada de riscos próprios da atividade empresária.

Sob a ótica econômica, também é preciso compreender quais seriam os incentivos do Estado para buscar lucro por meio de uma atividade empresarial, naturalmente fundada no risco? Se um determinado setor produtivo é extremamente rentável, por certo existirão investidores privados interessados em assumir o negócio e, nesse caso, o Estado cobrará deles os tributos devidos, transformando parte da riqueza individual em riqueza coletiva. Portanto, não haveria incentivos racionais ao Estado para a criação de uma empresa pública voltada exclusivamente para a arrecadação, uma vez que ela já é feita de forma segura por meio do processo de tributação.

³⁸ “Ementa: AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM ALEGAÇÃO DE FRAUDE. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES CONSTITUCIONALMENTE SENSÍVEIS. RECONSIDERAÇÃO DO VOTO JÁ PROFERIDO. AGRAVOS REGIMENTAIS PROVIDOS PARA DETERMINAR A SUBMISSÃO DO FEITO À REPERCUSSÃO GERAL. 1. A definição do termo inicial para a propositura da ação rescisória em casos de alegada fraude contra o Erário e contra a administração da Justiça em matéria trabalhista é debate impregnado de índole constitucional, na medida em que contrapõe, de um lado, o valor segurança jurídica, materializado na necessidade de marcos temporais para ajuizamento da ação rescisória; e de outro lado, princípios republicanos e democráticos sensíveis como moralidade, eficiência na gestão dos recursos coletivos, amplo acesso a Justiça e devido processo legal, os quais apontam para a necessidade de instrumentos jurídicos que não embarquem a efetividade do controle estatal direcionados à boa gestão dos recursos coletivos. 2. Agravos regimentais a que se dá provimento (STF, ARE 678782 AgR / AM – AMAZONAS, Min. Re. Luiz Fux, Primeira Turma, com julgamento em 03/09/2013). Grifou-se.

Vale dizer, o Estado poderá arrecadar recursos por meio dos impostos e taxas, sem a necessidade de se descapitalizar ou buscar empréstimos, podendo alocar esses recursos em áreas sociais ou econômicas deficitárias. Caso no dia de amanhã o setor entre em colapso, o Estado apenas deixará de arrecadar os valores a título de tributos. Não haverá a necessidade de desfazer-se de um “elefante branco” de uma empresa estatal falida. Ou seja, percebendo-se o processo de arrecadação de recursos por uma ótica mais ampla, não há dúvidas de que a tributação é muito mais eficiente e segura que o risco inerente à livre iniciativa.

Noutro giro, o balanço deficitário também não é suficiente para a criação de uma empresa estatal, com a pretensa finalidade de lucro, uma vez que recursos financeiros estão à disposição no mercado por meio de empréstimos. Assim, o Estado necessitaria de antemão provar que a verba pública investida em uma empresa estatal traria um lucro econômico certo, o que é, acho, impossível de se garantir quando se trata de atividades em curso na livre iniciativa.

Além disso, qual seria a responsabilidade de um agente público que provocasse rombos no orçamento público pela escolha de negócios de insucesso, que ao final não gerassem qualquer externalidade social? Considerando todos os fatores de ineficiência apontados pela literatura comuns ao setor público, a sua atuação mercadológica demandaria a superação de muitos obstáculos, que, ao fim e ao cabo, não lograriam superar uma análise séria de custo-benefício.

Em suma, aqui os argumentos jurídicos de certa forma mesclam-se com os econômicos. Se o Estado brasileiro, afinal, forjou por meio da Constituição Federal de 1988 um sistema seguro de arrecadação de recursos por meio da tributação, como poderia o Poder Público adentrar na iniciativa privada, cuja característica principal é o risco, alocando recursos públicos para uma empreitada de incertezas? A gestão dos recursos públicos a cargo da Administração Pública não abre espaço para esse tipo de volatilidade, seja porque economicamente ela é desprovida de sentido, seja porque, juridicamente, ela está condicionada à gestão cautelosa e responsiva das verbas públicas.

6. Conclusão

A obsessão com o controle da economia pelo estado brasileiro tem revelado um modelo que, muito embora tenha ganhado um nome da moda: “Capitalismo de Estado”, revela-se antiquado quanto aos seus propósitos e consequências. A forte ingerência política nos traz dia após dia exemplos de centralização e autoritarismo, que destoam da proposta democrática da Carta de 1988. Além do mencionado exemplo do congelamento dos preços de combustíveis, imposto à Petrobrás S.A., determinante de um plano de governo e não de um plano empresarial, prejudicial à estabilidade e à segurança dos mercados, começamos a vivenciar uma ingerência autoritária também sobre o *discurso* do mercado. Em recente episódio, o Banco Santander divulgou nota a seus correntistas, informando-os sobre os riscos e incertezas decorrentes da vitória da candidata Presidente da República. A reação imediata do governo foi a interferência

junto à direção do banco, episódio que resultou na promessa de demissão de funcionários da referida instituição financeira³⁹.

Esse apetite voraz pela onipresença na economia, com a confusão indevida entre política pública, política de governo e política econômica, tem gerado inúmeras mazelas que em pouco tempo serão sentidas por toda a população. O baixo crescimento do país revela a inabilidade deste modelo de Capitalismo de Estado a médio e longo prazo. Simplesmente, o país não consegue investir na ampliação da infraestrutura e na dinamização dos negócios. É impossível diante do cenário econômico atual do Brasil falar em eficiência.

Isto não significa, contudo, que devemos rechaçar um modelo de economia mista, fundado na participação simultânea do Estado e da iniciativa privada no desenvolvimento do mercado. O que se busca é fomentar os estudos sobre o setor público, voltados para a análise da proporção ideal de intervenção direta e indireta do Estado na economia, que se mostrem eficientes para o país.

Como visto, a livre concorrência permite a criação de um cenário de competição, essencial para a formação de uma estratégia empresarial eficiente. Se diversas empresas estão imbuídas do mesmo espírito, o produto final será entregue com mais qualidade ao consumidor, que poderá comparar as diferentes opções, escolhendo a que entender mais apropriada às suas expectativas. A competição é excelente para o mercado e principalmente para os consumidores, mas por certo provoca perdas àqueles que não estão suficientemente capacitados para a referida empreitada. Por isso, a análise de eficiência do setor público jamais pode ser considerada como um ponto isolado, vale dizer, como a eficiência da empresa, porquanto a eficiência é um adjetivo a ser conjugado com o mercado. Um mercado eficiente promoverá a bancarrota de algumas empresas, que serão excluídas da corrida comercial. Trata-se de um raciocínio muitas vezes contra intuitivo.

Considerando que os termos “interesse público”, “segurança nacional”, e “bem-estar coletivo”, abarcam diversos significados, abrindo espaço na prática para a criação formal de qualquer estatal, o controle sobre esse processo deverá ser mais intenso sobre a motivação econômica. Apenas com a análise dos objetivos econômicos e do projeto de eficiência setorial será possível confrontar os propósitos de uma empresa estatal e as atividades rotineiras levadas a cabo pelo Poder Público. Vale dizer, por meio da fiscalização dos fins econômicos será possível alcançar a análise de juridicidade do modelo escolhido pelos governantes. Afinal, se uma empresa estatal é criada com recursos públicos e segue sendo utilizada para a promoção de objetivos políticos, prejudiciais ao desenvolvimento nacional, à livre concorrência, à livre iniciativa e também ao próprio Erário, sem receio poderemos afirmar que na prática a sua existência confronta-se com os propósitos últimos da Constituição Federal de 1988, consolidados no Estado Democrático de Direito.

³⁹ FARJARDO, Vanessa. Presidente do Santander diz que texto contra Dilma resultou em demissão. *G1*, 29 jul 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2014/noticia/2014/07/presidente-do-santander-diz-que-demitiu-autor-de-informe-contradilma.html>

Bibliografia

AMATORI, Franco; MILLWARD, Robert; TONINELLI, Pier Angelo. *Reappraising state owned enterprise: a comparison of the UK and Italy*. New York/London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Editora Malheiros: 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BREMMER, Ian. *The end of free market. Who wins the war between states and corporations?* New York: Portofolio, Penguin Group. 2010.

BREMMER, Ian. *Every nation for itself: winners and losers in a G-zero world*. New York: Portofolio, Penguin Group. 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *O lucro nas empresas estatais*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, nº 37, abr/jun. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

HAMATU, Newton Kenji. *O processo de internacionalização das empresas de Brasil, China e Índia no período recente*. 2013. Dissertação (Mestrado em Economia), Faculdade de Economia da Universidade de Campinas (UNICAMP), Campinas/SP.

KOSAR, Kevin R., (*Analyst in American National Government – Congressional Research Service*), *Federal Government Corporations: an Overview*. 2011. (*Prepared for members and committees of Congress*). Summary.

KRELL, Andreas J. *Discricioniedade administrativa e conceitos legais indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2003.

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.) *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *O Estado como acionista controlador*. 2009. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da USP, São Paulo/SP.

SMITH, Peter Seaborn. Petrobras: the politicizing of a state company, 1953-1964. *The Business History Review*, vol. 46, nº 02 (Summer, 1972), p. 182-201. Published by The President and Fellows of Havard College (J Store – URL: <http://www.jstor.org/stable/3113504>).

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York/London: W.W. Norton & Company, 1999.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO). *Government Corporations: Profiles of existing government corporations*. December, 1995 (GAO /GGD-96-14).

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE (GAO). *Profiles of existing government corporations*. December, 1988.

VERHOEVEN, Amaryllis. *Privatisation and EC law: is the European Commission 'Neutral' with respect to public versus private ownership of companies?* Download pelo Heionline em 02 maio 2014 (45 Int'l & Comp. L.Q. 861 1996).

VERNON, Raymond; Aharoni, Yair (Editors). *State-Owned Enterprise in the Western Economies*. New York, Routledge Revivals. 2014.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena (Coord.). *Direito administrativo empresarial*; RODRIGUES, Bruno Leal. *Estatais no direito internacional* (p. 11-31), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WILLEMANN, Mariana Montebello. *O princípio republicano e os Tribunais de Contas*. *Interesse Público*, São Paulo, vol. 10, nº 50, p. 277–302, jul./ago., 2008.