

BREVES NOTAS SOBRE AS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO EM MOMENTOS DE CRISE

Anna Carolina Migueis Pereira*

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. A intervenção do Estado na economia na Constituição da República de 1988. 3. Atuação direta. 4. Regulação. 5. Fomento Público. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

1. Introdução e delimitação do tema

A relação do Estado com a economia não é estática. Ela se transforma de acordo com o contexto histórico-econômico, ora assumindo feições mais absenteístas, ora mais interventivas; ora há maior confiança no livre mercado como promotor de desenvolvimento e bem-estar, ora os atores privados são vistos com maior desconfiança.

Não raro veem-se referências às imagens de ciclos ou de um pêndulo¹ para explicar a esta relação entre Estado e economia. Este pêndulo, em momentos de maior otimismo com o livre mercado, penderia para uma atuação mais branda do Estado em questões econômicas, já nos momentos de maior pessimismo, o pêndulo se deslocaria para um ponto de mais intervenção, movendo-se entre esses extremos de acordo com o contexto de cada época.

Em momentos de crise, historicamente o que se observa é um movimento do pêndulo no sentido de um aumento da intervenção do Estado no domínio econômico. O Estado passa a assumir um papel mais ativo na economia a fim de mitigar os efeitos do período de recessão e resgatar o crescimento.

O presente trabalho tem por objetivo traçar linhas gerais sobre as modalidades interventivas que o Estado por adotar para atingir essas finalidades. Não se pretende esgotar o estudo de cada modalidade – tal complexidade sequer seria compatível com seu tamanho –, mas tão-somente realizar uma análise mais ampla sobre os comportamentos de que o poder público pode lançar mão a fim de estimular o crescimento econômico.

Podemos afirmar que a maior intervenção direta Estatal na economia pode assumir três grandes gêneros: maior regulação dos mercados, expansão da

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procuradora do Município de Niterói (RJ). Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)

¹ Vide: Bresser-Pereira, Luiz Carlos e Rangel, Ignácio. Ciclos Longos, Dualidade e um Depoimento Pessoal. Disponível em: <file:///C:/Users/migueisa/Downloads/423-Rangel-Ciclos%20Longos-Dualidade.pdf>. Acesso em 05.08.2014. E também: Bresser-Pereira, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção Estatal. Revista de Economia Política. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.

atuação direta do Estado e adoção de medidas de fomento²⁻³.

Durante a crise internacional iniciada em 2008, o Brasil adotou uma combinação entre essas três medidas para responder ao cenário internacional desfavorável e evitar que seus efeitos fossem sentidos de maneira mais dura em âmbito interno.

Esse movimento mostrou-se, à época, bem sucedido, na medida em que, de fato, os efeitos da chamada “crise do *subprime*”⁴ não foram sentidos de maneira tão forte no Brasil. Com isso, pode-se afirmar que se consolidou no país um ciclo de maior atuação direta do Estado na economia – muito embora, aqui, este movimento

² Quanto às modalidades de atuação do Estado na economia de uma forma geral estas, a doutrina clássica afirma que haveria quatro espécies de intervenção Estatal na ordem econômica, a saber: intervenção direta, prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia e fomento. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos, a saber: (a) ora, dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – caso no qual exercerá funções de ‘fiscalização’ e em que o ‘planejamento’ que conceber será meramente ‘indicativo para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 23ª edição. Malheiros Editores. 2007. Pág. 769). O objetivo deste trabalho não é propor teorização diversa para as hipóteses gerais de intervenção do Estado na economia, nem, tampouco, adentrar a fundo na discussão a respeito da manutenção da teoria quadripartite no direito administrativo contemporâneo (mais detalhes sobre este ponto na nota 7, *infra*). Pretende-se, aqui, apenas tecer algumas considerações, do ponto de vista jurídico, sobre os métodos que a Administração Pública pode adotar para estimular a economia em momentos de crise, sem que, a partir destas, se objetive extrair uma nova categorização para o direito administrativo econômico.

³ Nesse diapasão, pode-se afirmar que as formas de o Estado intervir na economia em momentos de crise estão em consonância com a classificação trazida por Luís Roberto Barroso no que tange às modalidades de intervenção do Estado na economia de maneira geral (e não apenas em momentos de crise), na medida em que o autor considera haver três grandes espécies de atuação econômica do poder público: (i) direta; (ii) por direção/disciplina; e (iii) por indução/fomento (BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 123-124).

⁴ A expressão “crise do *subprime*” surgiu a partir da constatação de que um dos fatores determinantes da crise originada nos EUA em 2008 deveu-se, *grosso modo*, a uma combinação entre excesso de crédito e regulação insuficiente do mercado financeiro norteamericano, o que permitiu a emissão de derivativos lastreados em garantias imobiliárias de baixa solidez. Sobre o tema, vide as considerações de Ioannis Glinavos: “It is now generally recognised that the financial crisis of 2007-2008 was caused by excessive borrowing, excessive lending and excessive investment incentivised by a series of significant economic and regulatory factors. Excessive borrowing and lending most directly arose in the context of the market for subprime residential mortgages in the United States, especially during 2005 and 2006. These excesses however, were not limited to the United States. They were reflections of global trends impacting almost every market and asset class (Arner 2009:2). By the end of 2006, real estate prices in the United States and a series of other developed countries had reached unsustainable levels. As central banks around the world began to raise interest rates to pre-empt inflationary pressures, weaker residential mortgage borrowers in the United States began to have difficulties meeting their obligations, and defaults on loans began to increase. At the same time, as the rate of new borrowers dropped, real estate prices began to decrease rapidly, triggering a downward spiral which ultimately impacted on most asset classes and lead ultimately to the systemic crisis in the U.S. and global financial systems of September and October 2008”. (GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). European Business Law Review, Vol. 21, No. 4, 2010). Para uma análise mais aprofundada da crise do *subprime*, vide: STIGLITZ, Joseph. Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010.

já tivesse iniciado alguns anos antes, com a ascensão de um governo liderado por partido tradicionalmente filiado à esquerda.

2. A intervenção do Estado na economia na Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 apresenta um título próprio sobre a ordem econômica e financeira, a partir de seu art. 170 e seguintes⁵. Esta opção dada pelo próprio Constituinte originário nos permite observar que a intenção à época da elaboração da nova ordem constitucional era a de superar o modelo de intervenção econômica adotado anteriormente.

Ao estabelecer cláusulas abertas para os contornos do modelo econômico brasileiro, o Legislador Constituinte pretende justamente conferir maior ductibilidade à atuação Estatal a partir do contexto fático dado. Atesta-se que a perenidade a que aspira o texto constitucional não se mostra compatível com o dinamismo que gira no âmbito das relações econômicas, permitindo-se que este papel possa ser redefinido e reajustado à luz das circunstâncias fáticas, políticas e econômicas de cada período.

No entanto, é inegável que a Constituição – apesar de garantir esse espaço de calibragem – consagra, como um dos pilares da ordem econômica brasileira, a liberdade empresarial, conforme se depreende da leitura do *caput* do art. 170, a saber:

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 (...).

Ademais, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil logo no art. 1º, IV da Constituição da República⁶. Por esse motivo, acreditamos na existência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção do Estado no domínio econômico deve ocorrer apenas nos casos em que a atuação da iniciativa privada for, por algum motivo, ineficiente⁷.

⁵ Eros Grau afirma que a expressão “ordem econômica” teria conteúdo dúplice, referindo-se tanto ao conjunto setorial de normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico no âmbito das relações econômicas quanto aos fatores e relações econômicas (elementos fáticos) sobre os quais incide o ordenamento econômico (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros Editores. 15ª. Ed. 2012). No presente trabalho, adotamos a primeira acepção do termo.

⁶ “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”

⁷ No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos. Portanto, nesse escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses, cabe aos grupos sociais menores, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos grupos sociais maiores, também por suas organizações civis próprias, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais. Assim, somente as demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade

Nesse contexto, mercado adquire, de certa forma, uma “independência” de atuação em face à intervenção estatal para o exercício de suas atividades. O que vai orientar esta livre iniciativa, *a priori*, são as finalidades e os princípios norteadores deste novo modelo de Estado.

Para não dizer que o papel do Estado será o mínimo possível neste cenário, também foram propostos pelo próprio constituinte parâmetros dentro dos quais deve se dar o funcionamento do mercado, evitando-se, assim, atuações desordenadas e ingerências excessivas no funcionamento dos mercados. Neste ponto, o art. 174 da Constituição da República apresenta de forma expressa este caráter gerencial do Estado, senão vejamos:

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.

Observa-se que há, portanto, três grandes papéis que passam a fazer parte da atuação estatal no âmbito das relações econômicas, a saber, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Estas funções fazem do Poder Público estatal um agente regulador e balizador dos efeitos gerados pela livre iniciativa, direcionando-os para o alcance dos princípios e finalidades propostos no segmento da ordem econômica vigente constitucional.

Contudo, não obstante previstas na Constituição as hipóteses para a intervenção estatal, carece aos nossos olhos um esgotamento de seu conteúdo. Não nos parece haver, no texto fundamental, uma definição fechada acerca dos seus conceitos e modos de atuação.

A finalidade desta apresentação por meio de “cláusulas abertas” é permitir uma interpretação flexível o suficiente a ponto de garantir o maior aprimoramento possível do domínio econômico nas diferentes esferas de atuação do Estado, uma vez que não coube ao constituinte definir de antemão as relações mais adequadas entre segmento econômico e intervenção do Poder Público.

Entretanto, como já salientado acima, a Constituição de 1988 consagra a livre iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica brasileira. Sendo assim, ainda que sejam conferidos espaços de conformação à atuação do Estado, esta deve se dar dentro da moldura fixada a partir deste princípio fundamental, sem que se

de uma ação concentrada e coercitiva, inclusive com centralização de recursos, deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente às da sociedade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014. Pág. 93). O princípio da subsidiariedade começa a ser trabalho pela Doutrina Social da Igreja Católica nas Encíclicas *Pacem in Terris*, da lavra do Papa João XXIII, *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. Ele é amplamente aceito na doutrina pátria (vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 31. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 55), podendo-se apontar como uma das raras exceções que não o reconhecem na ordem constitucional brasileira José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto (vide: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. . Fundamentação e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro.: Lumen Juris., 2006)

comprometa por completo o livre mercado⁸.

Tanto é assim que o art. 173 do texto constitucional estabelece que, ressalvados os casos previstos na própria Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será admitida nas hipóteses de segurança nacional e relevante interesse público, *in verbis*:

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

Nota-se, pois, que há três grandes exceções à liberdade de atuação empresarial no campo das relações econômicas, as quais são dominadas pela intervenção direta do Estado na econômica, a saber: (i) monopólios estabelecidos pela própria Constituição⁹; (ii) imperativos da segurança nacional; (iii) relevante interesse coletivo¹⁰.

Por outro lado, cumpre salientar que as limitações acima incidem apenas nas hipóteses de intervenção direta do Estado na economia, isto é, naquelas situações

⁸ Discorda-se, aqui, da ideia defendida por José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto de que haveria uma livre iniciativa também reservada ao Estado. Isso porque a Constituição Federal coloca como fundamento da República e da ordem econômica brasileira a livre iniciativa, estabelecendo textualmente que, salvo nas hipóteses previstas no próprio texto fundamental, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida nos casos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de. ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006

⁹ Na obra citada na nota acima, os autores defendem a possibilidade de o Estado criar monopólios por lei. Contudo, não é o entendimento que aqui adotados, na medida em que, ao que nos parece, o texto constitucional parece ter sido claro ao exigir que a criação de monopólios se dê apenas pela própria Constituição, ao prever, em seu art. 173, que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (grifos nossos). Na mesma linha, Alexandre Santos de Aragão, para quem: “Em relação à atividade econômica *stricto sensu*, a Constituição estabelece *numerus clausus* o monopólio em favor da União de uma série de bens e atividades correlatas, com destaque para os bens minerais, inclusive os minerais nucleares e o petróleo (arts. 20, 21, XXIII, 176 e 177). A exploração pelo Estado de outras atividades econômicas *stricto sensu*, além daquelas que são objeto de monopólio é permitida ao Estado apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173). (...) Uma diferença formal importante é que a prestação de atividades econômicas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada pode ser prevista tanto na Constituição, como em leis formais, desde que atendidos os conceitos jurídicos indeterminados postos no *caput* do art. 173 (segurança nacional e relevante interesse coletivo). Já em relação aos monopólios, não há delegação do Constituinte para que o Legislador possa criar outros além dos já previstos na própria Constituição”. (grifos nossos). ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013. Págs. 169-170.

¹⁰ As duas últimas hipóteses podem ser consideradas conceitos jurídicos indeterminados, a terem seu conteúdo definido pelo Legislador, quando da edição da lei que cria a pessoa de direito público ou autoriza a criação da pessoa de direito privado que irá explorar aquela atividade. Sobre os “conceitos jurídicos indeterminados” e a existência, ou não, de discricionariedade no seu preenchimento *in concreto*, vide: KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição. 2013.

em que o Estado, seja por meio de órgãos da Administração Direta seja por meio de entidades da Administração Indireta, desempenha diretamente uma atividade econômica em regime de concorrência com a iniciativa privada.

Nos casos de intervenção indireta do Estado na economia – seja por meio de regulação seja por meio de fomento de mercados – não se coloca esta necessidade de a atuação Estatal estar pautada em monopólio constitucional, imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Pelo contrário: o já citado art. 174 da Carta Magna estabelece que, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá papel de fiscalização, incentivo e planejamento¹¹.

Nessa ordem de ideias, as possíveis respostas do Estado em momentos de crise econômica deverão observar os ditames da teoria geral da ordem econômica brasileira, de modo que a atuação direta do Estado seguirá os limites do art. 173 da Constituição, ao passo que a regulação e o fomento estarão sujeitos à disciplina do art. 174 da Lei Fundamental.

Dito de outro modo: a intervenção direta somente será permitida nas hipóteses previstas no art. 173 da Constituição (monopólios previstos no texto fundamental, imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo), ao passo que a regulação e o fomento terão como baliza o art. 174 da Carta Magna, sendo admitidos sempre que o poder público atuar como “agente normativo e regulador da atividade econômica”.

Isto posto, passaremos a analisar, brevemente, cada uma dessas hipóteses de atuação Estatal.

3. Atuação Direta

A atuação direta do Estado na economia não é novidade na história. Em verdade, no período do Antigo Regime, era difundida a crença de que a titularidade para desempenhar qualquer atividade seria Estatal, cabendo ao Monarca autorizar particulares a realizá-las. Não obstante a noção da *publicatio* tenha sido atenuada com o advento do Estado Moderno, no direito continental europeu permaneceu muito forte a atuação estatal até as últimas décadas no século XX – tendência também verificada no Brasil, onde grande parte da indústria de base até então era de propriedade pública.

No Velho Continente, o Estado empresário, fortalecido no cenário de reconstrução pós II Guerra Mundial, entra em declínio a partir dos anos 1970, com a ascensão dos movimentos neoliberais de desestatização. No Brasil, porém, a crise desse formato de Estado ocorre algumas décadas mais tarde, encontrando seu apogeu nos anos 1990, com o Plano Nacional de Desestatização.

O modelo, porém, retorna às luzes com a crise econômica mundial iniciada em 2008-2009, tanto no Brasil quanto para além do território pátrio.

¹¹ Também nos casos de exploração pelo Estado de serviço público não haverá incidência do limitador trazido pelo art. 173 da Constituição, na medida em que estes, ao menos aqueles exclusivos, são de titularidade do Estado. Tarefa das mais tortuosas na doutrina pátria consiste no estabelecimento de uma definição do que seriam “serviços públicos”. O presente trabalho, porém, não possui como escopo adentrar nesta celeuma, uma vez que a discussão extrapola o limite do tema ora proposto, qual seja, modalidades de intervenção Estatal na economia em situações de crise. Para maiores ilações a respeito do conceito de serviços públicos, consultar: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013, Capítulo IV.

No exterior, inúmeras empresas privadas passam a buscar socorro junto do poder público para evitar de ir à bancarrota¹². Nesse contexto, não foram poucos os agentes que receberam consideráveis auxílios Estatais para que pudessem manter suas atividades, inclusive por meio da estatização de companhias.

Essas operações de “salvamento” são trabalhadas por JOSEPH STIGLITZ a partir da expressão “*too big to fail*”, isto é, grande demais para quebrar¹³. Trata-se da ideia de que alguns atores econômicos desempenham um papel tão central em uma determinada nação que o seu insucesso acarretaria consequências mais gravosas não apenas àquela economia, mas também à sociedade como um todo - por exemplo, pela perda expressiva de postos de trabalho.

Ainda que parcela da doutrina critique tais resgates¹⁴, sob o argumento de que a prática acabaria por gerar incentivos para que dirigentes de grandes conglomerados, cientes de que suas companhias seriam posteriormente salvas por agentes estatais, atuassem de forma descuidada (*reckless*), não se pode ignorar que os “salvamentos” ocorrem de forma sistemática em períodos de crise nos mais diversos países do mundo¹⁵.

Uma análise de direito comparado permite verificar que algumas dessas operações de resgate possuem efeitos positivos para a economia e a sociedade onde ocorrem, evitando colapsos ainda maiores em situações de crise. Exemplos disso são a montadora francesa Renault e a companhia aérea, também francesa, Air France, ambas nacionalizadas após a II Guerra Mundial e até hoje controladas pelo Estado Francês.

Nesse sentido, discordamos parcialmente de STIGLITZ quando este se opõe de forma irrestrita aos salvamentos de empresas privadas por parte do Estado, reconhecendo que pode haver casos em que a omissão estatal poderia produzir resultados mais gravosos do que a atuação em favor de determinados agentes econômicos. Por outro lado, não nos mostramos insensíveis às ponderações trazidas pelo próprio autor quanto aos riscos derivados do uso indiscriminado dessas operações – sobretudo no que tange à isonomia e à responsabilidade dos dirigentes dessas companhias.

Entendemos que os salvamentos devem ser utilizados com parcimônia e apenas nos casos em que, comprovadamente, sua não efetivação traga prejuízos ainda maiores àquela comunidade – e não apenas ao agente privado. Para isso, consideramos fundamental que os resgates a grandes empresas sejam precedidos de estudos técnicos quanto à sua viabilidade e aos efeitos de sua não realização, a fim de que a decisão do gestor público no caso concreto seja devidamente fundamentada.

Além disso, na prática, a estatização poderá ser efetivada por meio da aquisição de ações da companhia a ser “salva” no mercado mobiliário ou até mesmo por meio da desapropriação de ações – caso se trate de companhia fechada ou o volume negociado no mercado financeiro não se mostre suficiente para concretizar a operação.

¹² Nos EUA, por exemplo, a montadora General Motors se beneficiou de grande auxílio do governo federal, o que evitou sua falência durante a crise de 2008.

¹³ STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*

¹⁴ Ver: STIGLITZ, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010. E também: BAKER, Tom; e MOSS, David. *Government as risk manager*. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. Págs. 89-111.

¹⁵ Para a perspectiva do Direito Italiano, vide: AMATORI, Franco e TONINELLI, Pier Angelo. *Does a Model of Italian State-Owned Enterprise Really Exist?* In: *Reappraising State-Owned Enterprise. A Comparison of the UK and Italy*. Págs. 31-49.

No Brasil, como os efeitos da crise de 2008-2009 não foram sentidos de forma tão severa, parece não ter sido necessária a realização de nenhuma operação de resgate em nossa história recente. Desta feita, o Estado empresário retorna à ordem do dia no país com a adoção de uma política governamental de fortalecimento das empresas estatais – seja por meio da criação de novas companhias, seja por meio da ampliação e do fortalecimento daquelas já existentes.

Em relação à criação de novas companhias, exemplo dos mais contundentes refere-se à Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA, empresa pública federal criada sob a forma de sociedade anônima, que tem por objeto “a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União” (art. 2º, Lei nº 13.304/2012).

Com a adoção do modelo de partilha para a exploração de petróleo encontrado na área geológica do “Pré-sal”, incumbe à PPSA justamente a gestão dos contratos firmados para esta finalidade. Ademais, no modelo de partilha, é também obrigatória a participação da Petrobrás nos consórcios vencedores das licitações para lavra desses minerais¹⁶.

Outro caso interessante de ser mencionado é o da Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL, criada pela Lei nº 12.743/2012 e que tem dentre suas competências o planejamento estatal de investimentos área de transportes, assim como a construção, operação e exploração dessas infraestruturas. Por meio da criação da EPL, a União pretende chamar para si a responsabilidade de investir em grandes obras necessárias ao escoamento mais eficiente da produção nacional, a fim de favorecer a retomada do crescimento econômico e reduzir o famigerado “risco Brasil”¹⁷.

A criação da EPL está em sintonia com a vocação das estatais para, em momentos de crise, investir em setores considerados estratégicos para a retomada do crescimento (como a ampliação de infraestrutura existente), mesmo que essa atuação esteja sujeita a riscos que, a princípio, não atrairiam a iniciativa privada para realizar tal investimento. O fato de a estatal possuir como único ou principal acionista o poder público dá a ela maior lastro para desempenhar essa tarefa, uma vez que a entidade se submete a menos riscos do que as empresas privadas¹⁸.

Além da criação de novas estatais, outra possível forma de intervenção direta do Estado na economia refere-se ao fortalecimento e à expansão das empresas de controle público já existentes, que muitas vezes passam a funcionar não apenas como atores de um mercado específico, mas também como colaboradores na consecução de objetivos macroeconômicos.

Essa prática torna-se possível por meio da participação da Administração Pública na composição de órgãos estratégicos das estatais, como os conselhos de administração e as diretorias, o que permite que o poder público dirija a forma como

¹⁶ Para uma análise mais aprofundada do papel da PPSA na exploração do Pré-Sal, vide: MENDONÇA, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcellos. PPSA, a Estatal endógena do Pré-Sal – Cinco controvérsias e um quadro geral. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, Ano 10, n. 39, julho-setembro/2012.

¹⁷ Ver: MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, outubro-dezembro/2013.

¹⁸ Para aprofundamento deste ponto, vide: EFIRD, Neil. The State-Owned Enterprise as a Vehicle for Stability. Strategic Studies Institute (SSI). USA. April, 2010.

a estatal irá atuar – se mais restrita ao seu mercado e similar a um ator privado ou se mais voltada a objetivos políticos ou sociais tidos como relevantes.

Como exemplo da segunda forma de atuação das estatais, pode-se mencionar a atuação da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás no auxílio ao governo federal ao controle da inflação por meio da manutenção artificial de preços de combustíveis derivados de petróleo inferiores àqueles que seriam praticados no livre mercado por meio da concessão de subsídios a estes combustíveis pela própria estatal.

A prática não é inédita e não se restringe à literatura brasileira. Há relatos de já ter sido utilizada em países como a Itália, onde é apontada como possível causa para a falência de estatais caso utilizada de maneira excessiva e indiscriminada, na medida em que poderia levar estatal a uma atuação que vise a objetivos conflitantes, comprometendo a racionalidade de sua atuação.

À luz do princípio da subsidiariedade – em cuja existência acreditamos, conforme visto acima – e da norma constitucional veiculada pelo art. 173 da Lei Fundamental, as estatais somente podem ser criadas se houver “relevante interesse coletivo”. Ainda que estas empresas possam visar ao lucro (e, no caso das sociedades de economia mista, a presença de acionistas privados transforma o lucro em objetivo institucional, ultrapassando a mera faculdade)¹⁹, entendemos que a atuação das empresas estatais não se restringe a objetivos puramente mercadológicos, havendo espaço para a busca pela efetivação do interesse público primário, desde que de alguma forma ligado à área de atuação da estatal.

A limitação do papel macroeconômico das estatais ao setor de sua atuação é fruto da norma trazida pelo art. 238 da Lei nº 6.404/76, que estabelece que, em relação às sociedades de economia mista, “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá²⁰ orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

Entendemos que a expressão “interesse público que justificou a sua criação” pode ser interpretada de forma mais ampla do que aquela meramente mercadológica, comportando a adoção de outros parâmetros considerados socialmente relevantes dentro daquele determinado setor, inclusive no que tange à busca pelo desenvolvimento nacional, elencada como objetivo da República no art. 3º II da Constituição de 1988. Trata-se da chamada função social da empresa estatal.

Dessa forma, a ampliação do escopo das estatais para objetivos ligados a interesses públicos primários, sobretudo em momentos sensíveis de crise, parece-nos compatível com a ordem constitucional econômica pátria, desde que este alargamento não comprometa a saúde financeira da entidade a longo prazo, já que seu enfraquecimento econômico pode acarretar prejuízos ainda maiores à coletividade – notadamente quando se tratar de sociedade de economia mista, que possui também acionistas privados.

¹⁹ No mesmo sentido quanto à possibilidade de as Estatais buscarem o lucro, sobretudo em relação às sociedades de economia mista, vide: LEITE, Carina Lellis N. S. O lucro nas sociedades de economia mista. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. Ano 2, vol. 10, jul. 2014, Págs. 199-232.

²⁰ Parte substancial da doutrina considera que o verbo “poderá”, na verdade, deve ser lido como “deverá”. Por todos: PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa estatal – função econômica e dilemas societários. Editora Atlas, São Paulo, 2010.

Para tanto, entendemos que a atuação macroeconômica de estatais deve perdurar apenas pelo período estritamente necessário a evitar um colapso econômico em larga escala, cessando tão logo este risco esteja afastado, mesmo que a retomada do crescimento não tenha ainda alcançado o patamar considerado ideal pelo governo²¹.

Cabe destacar que, por meio de participação em conselhos de administração, o poder público pode determinar que não apenas as empresas consideradas estatais, mas também companhias privatizadas atuem em sintonia com a política macroeconômica. Isso porque, nas sociedades objeto de desestatização, o ente público privatizante pode constituir ações preferenciais de classe especial, as *Golden shares*, que lhe assegurem poderes específicos na companhia, como o veto e o voto de qualidade em determinadas deliberações previstas no Estatuto²².

Por meio das *golden shares*, ainda que o poder público não seja mais o acionista minoritário da companhia objeto de privatização, ele conserva para si um papel central na definição dos rumos daquela empresa, podendo propor a adoção de medidas que tenham objetivos além daqueles meramente mercadológicos.

Muitas companhias desestatizadas atuam em setores estratégicos da economia

²¹ Mario Engler Pinto Junior apresenta uma visão ainda mais restrita quanto ao uso da estatal para objetivos econômicos mais amplos, sustentando que: “Forçoso reconhecer que há pouco espaço para instrumentalizar políticas macroeconômicas através de empresa estatal. Isso porque a amplitude da ação governamental e seu nível de abstração tornam difícil correlacioná-la com o interesse público específico mencionado no artigo 238 da Lei nº. 6.404/76. Ademais, o controle da economia possui objetivo preciso, cujo cumprimento exige dose considerável de pragmatismo. Na maioria das vezes, essa racionalidade puramente econômica estará em conflito com o ideal da universalização que preside a prestação de serviços públicos. De outra parte, a atuação sobre as variáveis que determinam o comportamento geral da economia raramente se presta a realizar os direitos sociais constitucionalmente protegidos, como seria de rigor para permitir o enquadramento da atividade na categoria de interesse coletivo de que trata o artigo 173 da vigente Carta Política. A imposição de políticas macroeconômicas à empresa estatal expõe o conflito latente entre interesse público primário e secundário. A companhia mista passa a satisfazer o interesse secundário, que é estranho ao objeto por se referir à gestão financeira do aparato estatal, descurando o interesse público primário. A dicotomia entre interesse geral do Estado e interesse específico da companhia controlada está na raiz de muitos conflitos nessa área e pode realmente caracterizar desvio de função estatal. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas, São Paulo, 2010. Págs. 243-244). Discordamos do autor quanto à limitação busca por objetivos macroeconômicos por estatais, entendendo que o interesse público primário que enseja sua criação deve ser interpretado não apenas em caráter setorial mas de forma mais ampla, a abranger os interesses da coletividade como um todo, inclusive aqueles inerentes ao desenvolvimento e ao crescimento econômico.

²² As *Golden shares* estão previstas no art. 17, § 7º da Lei 6.404/76, segundo o qual “Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar”. A título de exemplo, a União Federal detém *golden shares* na Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e na Embraer. Na Vale, a ação preferencial confere os seguintes direitos: alteração da denominação social; mudança da sede social; mudança no objeto social no que se refere à exploração mineral; alienação ou encerramento das atividades de qualquer uma ou do conjunto das seguintes etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da CVRD, a saber (a) depósitos minerais, jazidas, minas, (b) ferrovias, (c) portos e terminais marítimos; quaisquer modificações nos direitos atribuídos às espécies de classes de ações que compõem o capital social da CVRD. Já na Embraer, a ação preferencial inclui os seguintes poderes: Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social; Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia; Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil; Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; Transferência do controle acionário da Companhia

e, na prática, se consolidaram como *campeões nacionais*, isto é, grandes atores do mercado, líderes da economia brasileira no mercado interno e no exterior²³. Com isso, a possibilidade de uma atuação dessas entidades também voltada para a consecução de interesses da coletividade pode ser um instrumento importante no combate a momentos de recessão, na medida em que a posição relevante assumida por essas companhias pode conferir a escala necessária a medidas que visem a estimular a economia.

Em nosso sentir, as mesmas finalidades podem ser, também, alcançadas nos casos em que o Estado possua participações minoritárias em companhias privadas²⁴. Em nosso sentir, essa finalidade poderia ser alcançada por dois caminhos distintos, embora nenhum deles seja pacífico na doutrina pátria.

O primeiro deles seria por meio da celebração de acordo de acionistas entre o poder público e o particular controlador da companhia²⁵. Nesse caso, o acordo de acionistas teria por objetivo disciplinar a forma e os limites dentro dos quais se daria a participação do poder público na companhia, por exemplo, por meio de um direito de voto diferenciado e/ou da indicação de membros dos órgãos de administração.

O segundo caminho seria a constituição de ação preferencial de classe especial, de propriedade do poder público, que lhe conferisse poderes diferenciados. A inspiração para este modelo viria das *golden shares* previstas expressamente na Lei das S/A para as companhias objeto de desestatização, conforme visto acima.

A possibilidade de constituição de ações preferenciais de classe especial é aceita de forma tranquila pela doutrina em relação às companhias fechadas²⁶. Adverte-se, apenas, que a *ratio* da ação preferencial é conferir uma vantagem especial ao seu titular em decorrência da restrição de um direito típico da qualidade de acionista – normalmente o direito de voto –, de modo que as vantagens conferidas à ação especial, na prática, não poderão desnaturar sua natureza de valor mobiliário representante de fração do capital social da sociedade anônima.

Já no que tange às companhias fechadas, a questão torna-se um pouco mais

²³ Sobre o tema, vide: BREMMER, Ian. O fim do livre mercado – Quem vence a guerra entre Estado e corporações?. Ed. Saraiva. 2011. E também: LAZZARINI, Sergio. Capitalismo de laços – os donos do Brasil e suas conexões. Ed. Campus. 2011.

²⁴ De acordo com o art. 5º, III do Decreto-Lei nº 200/1967, considera-se sociedade de economia mista “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”. Portanto, pela literalidade do dispositivo, qualquer companhia de que o poder público participe, porém em percentual inferior à metade das ações com direito a voto não seria considerada estatal. O caráter hermético da definição legal é objeto de críticas na doutrina pátria (vide, v.g. PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa Estatal – função econômica e dilemas societários. Editora Atlas. São Paulo. 2010, Capítulo 3) e, certamente, não atende às complexidades da sociedade contemporânea. Por isso, recomenda-se, *de lege ferenda*, uma revisão da definição legal de controle estatal no Brasil.

²⁵ Cabe salientar que a possibilidade de empresas estatais celebrarem acordos de acionistas não é pacífica na doutrina pátria. Contra tal faculdade, vide: PINTO JUNIOR, Mario Engler. Empresa estatal – função econômica e dilemas societários. Editora Atlas, São Paulo, 2010. O STJ também já se manifestou contrariamente a acordo de acionistas celebrado por estatal na MC 2368, conhecida na doutrina especializada como “Caso CEMIG”. Todavia, sustentamos que tais acordos seriam possíveis, tendo em vista a aplicabilidade da Lei das S/A às companhias estatais e a ausência de vedação específica neste sentido.

²⁶ Vide: BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11 ed. Renovar, 2008. Pág. 239 e ss. E também: CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Saraiva. 2002. Pág. 194 e ss.

tormentosa, na medida em que o art. 17, § 1º da Lei das S/A afirma textualmente que as ações preferenciais sem direito de voto ou com restrição ao exercício deste direito somente serão admitidas à negociação no mercado de valores mobiliários se a elas for atribuída pelo menos uma das vantagens arroladas no dispositivo. Assim, em relação às companhias abertas, entendemos que a ação preferencial de classe especial terá, necessariamente, de conferir ao poder público uma das vantagens previstas no artigo em comento, sem prejuízo das demais que lhe atribuir o estatuto.

Vistas as principais formas como o poder público por atuar diretamente na economia em situações de crise, pode-se observar que essa intervenção direta apresenta como vocação central auxiliar a expansão de setores da economia que ainda não sejam maduros o suficiente para uma atuação meramente diretiva do Estado, impondo-se que este funcione não apenas como árbitro ou incentivador – tal qual ocorre nos casos de regulação e fomento, que serão delineados nas próximas seções –, mas, sim, como um *player*; ou seja, agente econômico direto.

4. Regulação de Mercados

Na época do liberalismo clássico, é recorrente a crença de que a “mão invisível” a que aludia ADAM SMITH seria responsável por regular os mercados da forma mais eficiente possível, gerando renda e riqueza para todos. Com o passar do tempo, viu-se que, na prática, dificilmente o mercado, sozinho, será capaz de produzir resultados eficientes – seja pelo critério de PARETO seja pelo sistema de KALDOR-HICKS²⁷.

Isso ocorre porque o mercado apresenta uma série de falhas e imperfeições que impedem seu funcionamento ideal e acabam por gerar comportamentos ineficientes, mas que beneficiam agentes revestidos de maior poder econômico, a exemplo do chamado peso morto²⁸. Estas falhas demandam a presença Estatal por meio do instituto da regulação.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, o termo regulação pode ser utilizado em três diferentes acepções: “*Quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num*

²⁷ O ótimo de Pareto é representado por um critério de eficiência em que não se revela possível uma distribuição de riqueza que atribua maior quantidade de determinado bem a uma pessoa sem que seja necessário retirar este bem de outra. Já segundo o critério de Kaldor-Hicks, há incremento de eficiência quando a operação de redistribuição permite uma compensação, ainda que apenas potencial, daqueles que ganham em relação àqueles que perdem. Como aponta Stiglitz (STIGLITZ, Joseph. *Economics of the public sector*. 3. Ed. New York, London: W.W. Norton Company, 2000, p. 59), apenas no segundo modelo é que seria possível a adoção de políticas que visem à redistribuição de riqueza. Para maior aprofundamento na análise econômica do Direito, vide: COLEMAN, Jules. *Morals Markets and the Law*. New York: Oxford University Press. 2003.

²⁸ A expressão “peso morto”, empregada no jargão da economia, refere-se a ineficiências na alocação de recursos no mercado, o que gera produção abaixo do que seria possível e, conseqüentemente, preços mais altos do que o necessário. É uma situação comum em monopólios e outros mercados em que haja deficiência regulatória.

sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo) ”²⁹.

No presente trabalho, adotamos – para fins didáticos – o conceito mais restrito de regulação, que abrangeria apenas o condicionamento normativo de atividades privadas, excluindo, portanto, a intervenção direta e o fomento do conceito de regulação³⁰.

Muito embora, do ponto de vista teórico, tenhamos simpatia pela posição de CARLOS ARI SUNDFELD³¹, no sentido de reconhecer a superação das categorias clássicas de atuação do Estado³² para substituí-las por um conceito alargado de “regulação”, reconhece-se, na prática, essa ideia encontra desafios de ordem didática e taxonômica, uma vez que engloba, em um mesmo conceito, figuras cujo regramento jurídico (ainda) é muito distinto. Diante disso, com vistas a uma melhor sistematização da matéria objeto deste estudo, preferimos, por ora, a posição mais conservadora, que considera “regulação” apenas a atuação diretiva do Estado na economia.

Sendo assim, adotando-se o critério restritivo de regulação, pode-se afirmar que, nela, o Estado assume um papel mais ativo na disciplina dos mercados, não apenas por meio das agências reguladoras, mas também por meio de quaisquer outros agentes estatais.

Delineada a definição que seguiremos do termo “regulação”, passaremos, então, a analisar as espécies de falha de mercado que demandam a intervenção estatal por meio dessa edição de normas disciplinadoras.

As falhas de mercado mais comuns, de acordo com JOSEPH STIGLITZ, são: (i) assimetrias de informação³³, isto é, situações em que um agente dispõe de um conhecimento muito inferior do que outro acerca do funcionamento daquele mercado, de modo que suas escolhas acabam por apresentar desvios (*biases*) que não estariam presentes caso estivesse melhor informado; (ii) risco moral³⁴, ou seja, situações

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.447.

³⁰ Em sentido oposto ao aqui defendido, encontra-se Alexandre Santos de Aragão, que, recentemente, reviu sua posição e passou a adotar o conceito amplo de regulação, como se depreende das linhas a seguir: “A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. É nesta perspectiva que o jurista, as entidades e os órgãos reguladores devem estar atentos para paradigmas regulatórios como a administrativização, fluidez, consensualidade, reflexibilidade, consensualismo, valorização dos resultados em relação aos meios, permeabilidade aos demais subsistemas sociais, etc.” (In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.31).

³¹ Para maiores considerações, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: Guerra, Sergio (ord.) Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014

³² Maiores considerações sobre o tema na nota 4, *supra*.

³³ A assimetria de informações se verifica nas relações jurídicas em que há um desequilíbrio premente no que concerne ao conhecimento que cada uma das partes possui dos fatores passíveis de influenciar aquela relação. No âmbito da economia, trata-se de uma típica falha de mercado, na medida em que a parte que possui maior quantidade/qualidade de informação assume uma posição privilegiada em relação à outra. Para maiores informações, vide: STIGLITZ, Joseph. Economics of Information and the Theory of Economic Development,” Revista de Econometria, 5(1), April 1985: pp. 5–32.

³⁴ Sobre o problema do risco moral (*moral hazard*) no direito administrativo, vide: Análise Econômica do Direito Administrativo. In: Direito e Economia no Brasil. Org: TIMM, Luciano Benetti. Ed. Atlas. São Paulo: 2ª edição, 2014. Págs. 404-416.

em que um agente possui incentivo para agir de forma desleal para com os demais participantes daquele mercado; e (iii) falhas humanas, tendo em vista que os seres humanos são dotados de racionalidade limitada³⁵ e, portanto, erros são inevitáveis e devem ser adotados mecanismos para, se possível, evitá-los ou, ao menos, mitigar seus efeitos³⁶.

Autores ligados à Teoria Normativa de Regulação³⁷, por sua vez, elencam as seguintes falhas de mercado: (i) assimetrias de informação, conceito já apresentado acima; (ii) monopólios naturais, isto é, hipóteses em que a eficiência ótima do mercado reside na existência de apenas um prestador de determinada utilidade, seja em função de um impedimento natural à concorrência, seja devido à ineficiência econômica da concorrência³⁸; (iii) externalidades³⁹, ou seja, efeitos de um determinado comportamento que transbordam para além daquele mercado; e (iv) bens públicos, aqui tomados não no conceito clássico do Direito Administrativo⁴⁰, mas, sim, no sentido dado à expressão pela Economia, qual seja, bens que não se esgotam na utilização por um único agente de mercado e que, por isso, devem ter seu uso disciplinado a fim de evitar o perecimento⁴¹.

³⁵ A racionalidade limitada é um dos objetos de estudo de nova fronteira dentro do movimento da análise econômica do Direito que tem por escopo o estudo de implicações do comportamento humano no direito e na economia, conhecida como *Behavioral Law and Economics*. Em artigo sobre o tema, Christine Jolls, descreve a racionalidade limitada da seguinte forma: “*bounded rationality consists in part of judgment errors, and along with the usual types of such errors discussed in the existing literature in behavioral economics, behavioral law and economics has recently emphasized a separate form of judgment error—implicit bias in how members of racial and other groups are perceived by individuals who consciously disavow any sort of prejudiced attitude; this form of judgment error provides the starting part for the discussion below*” (JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics* (2006). Yale Law School. Public Law Working Paper n. 130; Yale Law & Economics Research Paper n. 342).

³⁶ Nas palavras de Stiglitz: “*The design of regulatory structures and systems has to take into account: (a) asymmetries of information, since the regulator is often at an informational disadvantage relative to the regulated; (b) moral hazard, since there are often problems in ensuring that a regulator’s behavior is consistent with social welfare (for example, that he/she is not beholden to those whom he/she is supposed to be regulating); and (c) human fallibility, since mistakes are inevitable, and we need to minimize the costs of such mistakes. Well-designed regulations take into account the limitations of implementation and enforcement. While no regulatory system is perfect, economies with well-designed regulations can perform far better than those with inadequate regulation. Regulations can both enhance markets and protect those who might otherwise suffer in unregulated markets*” (STIGLITZ, Joseph. *Regulation and Failure*. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA, 2009. Pág. 15)

³⁷ Vide: Baron, D.P. 1995. “The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agenda, and Approaches”, in J.S. Banks and E.A. Hanushek, *Modern Political Economy*, Cambridge University Press, pp.10-62. E também: Dixit, A.K., 1996, *The Making of Economic Policy: A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, Mass.: MIT Press.

³⁸ Exemplo de situação em que o monopólio natural decorre não de uma limitação de ordem natural, mas de uma maior eficiência econômica no monopólio é a prestação dos serviços de fornecimento de água encanada. Do ponto de vista natural, não haveria impedimento à construção de redes paralelas, com operadores distintos atuando em concorrência; todavia, os custos atinentes à duplicação da rede tornam a concorrência inviável, revelando-se mais eficiente a operação em regime de monopólio.

³⁹ Para maiores informações, vide OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Forms and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. pág. 35 e ss.

⁴⁰ De acordo com o art. 98 do Código Civil de 2002, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

⁴¹ De acordo com Anthony Ogus (*Op. Cit.*), “*public good is a commodity the benefit from which is shared by the public as a whole, or by some group within it. More specifically, it combines two characteristics: first, consumption by one person does not leave less for others to consume; and, secondly, it is impossible*

Todavia, a Teoria Normativa apresenta algumas limitações importantes quanto ao alcance e à qualidade da regulação. Uma delas é apontada pela Teoria Econômica da Regulação (ou da captura), segundo a qual atores econômicos (regulados) que disponham de grande poder econômico e de informação podem influenciar o regulador para que este edite normas que atendam aos interesses deste próprio regulado, em vez de promover o interesse público primário⁴².

Por outro lado, a Teoria Econômica não soluciona a contento desafios da regulação como a dificuldade na obtenção de consenso regulatório nos setores muito pulverizados e a existência de *free riders*, agentes econômicos que deliberadamente não cumprem normas de cunho regulatório a fim de maximizar seus interesses.

A fim de buscar uma melhora na atividade regulatória, descortinam-se, nos dias de hoje, três novas vertentes do estudo da regulação⁴³⁻⁴⁴: a) a teoria neoclássica, que estuda as imperfeições de mercado e tenta solucioná-las; b) a nova economia institucional, que tem como maior expoente o autor americano DOUGLASS NORTH e vincula o desenvolvimento econômico ao fortalecimento das instituições⁴⁵; e c) estudos individuais sobre pobreza e desenvolvimento, destacando-se o trabalho do economista indiano AMARTYA SEN, cuja linha de pesquisa parte do conceito de “atribuições” (*entitlements*)⁴⁶.

Muito embora a atividade regulatória ainda esteja sujeita a limitações, não se deve abandoná-la sob o argumento de que o mercado seria capaz de produzir soluções mais adequadas do que aquelas emanadas de um ente regulador. Principalmente em momentos de crise econômica, as falhas do mercado tornam-se mais prementes, na medida em que, não raro, a recessão se origina do agravamento de uma (ou mais) dessas imperfeições⁴⁷.

Justifica-se o engajamento do poder público em esforços não apenas

or too costly for the supplier to exclude those who do not pay from the benefit”. A necessidade de regulação para o uso de bens públicos é abordada por Garrett Hardin em ensaio legendário intitulado “A Tragédia dos Comuns” (The Tragedy of the Commons), publicado em 1968 na revista Science e responsável por difundir a ideia originalmente desenvolvida por William Forster Lloyd ainda na idade medieval sobre o perecimento de propriedades comunais na idade média.

⁴² Para um aprofundamento quanto à captura regulatória, vide: STIGLER, George. The theory of economic regulation. Bell Journal of Economics and Management Science 2 (spring). 1971.

⁴³ Enumeração trazida por Calixto Salomão Filho em artigo intitulado Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). Regulação e Desenvolvimento: novos temas. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15-59.

⁴⁴ Outra nova fronteira importante em matéria de regulação diz respeito às fontes não estatais de regulação, como a autorregulação. Contudo, como o objeto do presente trabalho restringe-se a mecanismos de atuação do Estado, estas não se inserem no nosso escopo. Para um estudo mais aprofundado da autorregulação, vide: OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, No. 1. (Spring, 1995), pp. 97-108.

⁴⁵ Para maior aprofundamento, vide: NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁴⁶ SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo. Cia das Letras. 1999. Págs. 109 e ss.

⁴⁷ Vemos as palavras de Stiglitz (*Op. Cit.*): “The current economic crisis has highlighted the need for government intervention in the event of the failure of a systemically important institution. But the need for massive intervention implies, in turn, the need to take actions to prevent the occurrence of such failures in the first place. Sometimes the damage done by actions that have adverse effects on others can be compensated for after the fact, but in the cases at hand, this is in general not possible. Policy interventions should be designed to make less likely the occurrence of actions that generate significant negative spillovers, or externalities”. Ademais, como visto em nota anterior, quando a crise do *subprime* veio à tona nos EUA, ficou bastante claro para os estudiosos do tema que uma de suas principais causas foi a regulação insuficiente do mercado financeiro norteamericano.

para ampliar como também para melhorar a qualidade da regulação existente. A melhor regulação *stricto sensu* tem por objetivo evitar condutas predatórias e/ou especulativas dos agentes privados, comportamentos que muitas vezes representam concausas para situações de baixo crescimento econômico – cuja mitigação por meio de atuações do Estado vem sendo objeto deste estudo.

Nesse sentido, o Estado pode – na verdade, na ordem constitucional pátria, deve⁴⁸ – intervir nos mercados visando a corrigir suas falhas e a promover maior eficiência⁴⁹ em seu funcionamento.

O modelo regulatório ganhou força no Brasil com a migração do Estado Empresarial para o Gerencial, nos últimos anos da década de 1990⁵⁰. Com a desestatização de setores estratégicos (tanto por meio da privatização de estatais quanto por meio de concessões de serviços públicos até então prestados diretamente pelo poder público), foram criadas diversas agências reguladoras⁵¹, incumbidas de disciplinar – regular – estes novos mercados, que até então se sujeitavam ao regramento dos monopólios ou da prestação exclusiva.

Para que a regulação de fato alcance os fins a que aspira, é fundamental que a disciplina de mercados seja feita da melhor forma possível. Com isso, partindo-se da premissa de que o esforço qualitativo da regulação não deve ser desprezado, cresce a preocupação com implementação de melhores práticas (*better regulation*) em matéria regulatória.

A busca por melhores práticas de regulação é objeto de trabalhos desenvolvidos no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, organismo transnacional em que o Brasil atua como colaborador e que tem por objetivo institucional apoiar o crescimento econômico mundial duradouro.

OCDE possui relatório sobre a política regulatória e de governança no Brasil⁵², em que emite uma série de recomendações para o incremento da regulação

⁴⁸ Fala-se em “deve” porque, pelo menos no que tange à ordem constitucional brasileira, o legislador constituinte foi claro ao estabelecer, no art. 174 do texto fundamental, que “*como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento*”, denotando, por meio do emprego do termo “*exercerá*” (com nossos grifos), o caráter impositivo dessa atuação Estatal. Nada obsta, porém, que se conclua que, em outros ordenamentos jurídicos, a intervenção do poder público seria uma mera faculdade, a depender do conjunto de normas e tradições locais em matéria de intervenção do Estado no domínio econômico.

⁴⁹ Em relação ao conceito de “eficiência do mercado”, existe grande polêmica quanto aos valores que devem nortear a aferição dessa dita eficiência. Para libertários, como R. Nozick, o valor a ser perseguido deve ser a maximização da riqueza total daquela sociedade, ao passo que liberais igualitários, como J. Rawls, defendem que se deve buscar uma distribuição mais igualitária da riqueza produzida, salvo se eventual diferença visar a corrigir ou, ao menos, atenuar diferenças existentes. Ver: OGUS, Anthony, Op. Cit. Págs. 46-47. A mesma discussão é travada entre Richard Posner e Ronald Dworkin ao longo de uma série de trabalhos dos anos 1970-1980, tais como o clássico “Is wealth a value?”, de autoria deste último. É possível encontrar um breve excuro deste debate no seguinte artigo: SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/ Acesso em 12.08.2014. Nossa opinião pessoal é que a verdadeira eficiência não visa apenas à maximização da riqueza, mas também à sua distribuição mais equânime, apta a trazer maior bem-estar àquela sociedade.

⁵⁰ Sobre o advento do Estado Gerencial, consultar: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996.

⁵¹ Tais como a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478/1997) e a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472/1997).

⁵² Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/regulatorypolicy/Recommendation%20PR%20with%20cover.pdf>. Acesso em 11.08.2014.

no país, sendo seus principais alicerces o aperfeiçoamento dos mecanismos de Análise de Impacto Regulatório – AIR e o estabelecimento de procedimentos mais democráticos para a edição de normas regulatórias.

A AIR consiste em uma série de estudos técnicos elaborados, de preferência, previamente à edição de normas emanadas no exercício de competências regulatórias, a fim de assegurar que a nova disciplina é, de fato, apta a atingir os fins alcançados e, ao mesmo tempo, não traz efeitos negativos que superam seus benefícios, como as externalidades negativas⁵³.

Como apontam PATRÍCIA REGINA PINHEIRO SAMPAIO e SERGIO GUERRA, “no Brasil, não há uma lei geral que exija a adoção de AIR ou defina os casos em que sua utilização será mandatória. Isso, no entanto, não tem impedido entidades administrativas federais de iniciarem experiências na sua utilização, a partir das diretrizes sugeridas pela OCDE e da experiência dos países que a adotam. Nesse sentido, o Decreto 6.062/07 instituiu o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, no âmbito do qual estão sendo realizadas atividades de capacitação dos servidores públicos para implantação dos mecanismos de AIR nas entidades reguladoras federais”⁵⁴.

Já a preocupação com ao incremento da participação popular do processo regulatório não é exclusiva do Brasil, vindo a lume como instrumento importante para reduzir o déficit democrático das agências reguladoras, que decorre do fato de seus agentes, apesar de não terem sido submetidos a escrutínio popular, editarem normas de caráter impositivo⁵⁵. Nesse ponto, podem ser observados avanços relevantes da prática brasileira, na medida em que as leis de criação das agências reguladoras costumam prever mecanismos de consultas públicas e audiências públicas como parte integrante do seu processo decisório⁵⁶.

Não obstante, o modelo brasileiro de agências reguladoras vem passando por um período de franca deterioração ao longo dos últimos anos. O governo federal tem optado por uma maior concentração da edição de normas regulatórias no âmbito de órgãos da própria Administração Direta, notadamente os Ministérios, ou entidades da Administração Indireta que desfrutam de menor autonomia do que as agências independentes, a exemplo da recém-criada EPL, já mencionada na seção anterior.

O *institutional by-pass*⁵⁷ que estão sofrendo as agências reguladoras pode ser observado por meio da diminuição de sua autonomia orçamentária, na medida em que as receitas dessas autarquias têm sido retidas pelo Tesouro Nacional, bem como por meio da designação de diretores interinos, em vez de serem nomeados diretores com mandato fixo. Essas medidas comprometem a autonomia das agências e enfraquecem o modelo, o que pode pôr em risco o caráter técnico de sua atuação, favorecendo a captura política.

⁵³ Para um estudo mais aprofundamento acerca da AIR, consultar: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sergio. Análise de Impacto Regulatório: Ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2012/09/analise-de-impacto-regulatorio-ferramenta-a-servico-da-transparencia-e-da-eficiencia-da-regulacao/>. Acesso em 11.08.2014.

⁵⁴ *Op. Cit.*

⁵⁵ Sobre o tema, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um “déficit democrático” na regulação independente? Disponível na internet: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>. Acesso em 11.08.2014.

⁵⁶ Exemplificativamente, assim o faz o art. 18 da Lei nº 9.478/1997.

⁵⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, outubro-dezembro/2013.

Nesse contexto, especificamente no caso brasileiro, pode-se afirmar que as agências reguladoras não desempenharam um papel de maior destaque nas medidas do governo federal no combate à crise econômica iniciada em 2008, sobretudo porque a causa principal da crise nos EUA, como já visto, foi a regulação insuficiente do sistema financeiro, realidade não verificada no Brasil⁵⁸.

Todavia, a nosso sentir, as possibilidades de utilização das agências reguladoras na consecução objetivos macroeconômicos não deveriam ser desprezadas. Isso porque as agências disciplinam mercados relevantes, cuja atratividade para a iniciativa privada permitiu a desestatização das atividades quando da transição do Estado Burocrático para o Gerencial. Trata-se de mercados que desempenham um papel de destaque no desenvolvimento do país, tais como as telecomunicações (ANATEL) e os transportes (ANTT, ANTAQ, ANAC), permitindo o aumento da produtividade e o investimento em infraestrutura necessário a um crescimento estável a longo prazo.

Sendo assim, temos que as agências reguladoras possuem enorme potencial para produzir normas que busquem rever práticas ultrapassadas e reduzir entraves burocráticos, a fim de, com isso, incentivar a iniciativa privada a investir em projetos estratégicos para o país, os quais poderiam ser um importante mecanismo de combate a períodos de recessão e retomada do crescimento econômico.

Feitas essas considerações a respeito do papel da regulação no combate a crises econômicas, passaremos a analisar a importância do fomento público nesta empreitada.

5. Fomento Público

O fomento público faz parte das quatro atividades tradicionalmente apontadas pela doutrina de Direito Administrativo como inerentes à atuação da Administração Pública no âmbito de um Estado Social, típico das Constituições pós-guerra⁵⁹. São elas: intervenção na economia, prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia⁶⁰ e fomento público.

Em linhas gerais, adotando o conceito de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, o fomento público caracteriza-se como *“a atividade pública de apoio à iniciativa privada, quando esta desenvolve atividades de interesse social, por meios persuasivos – ou é a atividade de dispensação não-devolutiva de bens e direitos a administrados, em razão de suas atividades, para que estes a realizem de modo facilitado”*⁶¹.

⁵⁸ Na já mencionada obra *Freefall*, a maior parte dos defeitos da regulação financeira norte-americana apontados por Joseph Stiglitz não se verificam no Brasil, tais como regras pouco rígidas quanto à concessão de financiamentos; baixos percentuais de reservas compulsórias e pouco controle quanto à emissão de derivativos e outros títulos de lastro questionável.

⁵⁹ Atribuições essas mantidas, ainda que em menor grau, mesmo após a transmutação do Estado para uma caracterização dita “pós-social”, expressão defendida por Pierre Rosanvallon (cf. ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Previdência*. Goiânia: Editora da UFG, 1997.)

⁶⁰ A expressão “poder de polícia”, em que pese estar há muito consagrada, hoje vem sendo alvo de críticas, uma vez que traz consigo uma certa carga de autoritarismo incompatível com o Estado Democrático de Direito. No entanto, como o estudo da “atividade de polícia”, como sugerem os críticos, não faz parte do escopo do presente trabalho, manteremos a terminologia clássica mais difundida “poder de polícia”.

⁶¹ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 65 – 2010. Pág. 135.

Diante disso, pode-se afirmar que o fomento público se caracteriza (i) pela sua facultatividade, na medida em que não há obrigação de o particular de aderir a ele e não há coerção no momento de sua concessão⁶²; e (ii) pela escolha racional e justificada da atividade fomentada, ou seja, o incentivo deve comprovadamente ser apto a estimular uma atividade de interesse público.

Nesse sentido, o fomento público se distingue da intervenção direta na economia porque nesta há uma atuação do Estado como agente econômico, que realiza, em nome próprio, determinada atividade considerada estratégica, ao passo que, naquele, o Estado apenas cria incentivos para que particulares se interessem por desempenhar, eles próprios, uma atividade sobre a qual recaia interesse público que justifique a criação do benefício.

Por outro lado, a atividade de fomento também não se confunde com a prestação de serviços públicos, tendo em vista que, neste último caso, mesmo em caso de delegação, a titularidade do serviço permanece com o poder público concedente, enquanto que, no fomento público, o particular detém a titularidade da atividade que desempenha.

Ademais, quando um ente privado se interessa por executar um serviço público, não necessariamente receberá alguma espécie de incentivo do Estado para fazê-lo, como ocorre no caso de serviços públicos não exclusivos (ex: educação e saúde) ou na hipótese de concessão simples. Já no plano do fomento público sempre haverá alguma benesse instituída e custeada pela Administração Pública para estimular o particular a adotar determinado comportamento que atenda ao interesse público⁶³.

Por fim, o fomento público também difere do poder de polícia, na medida em que este se dedica, *grosso modo*, à fiscalização e à imposição de eventuais sanções⁶⁴ àqueles que descumpram normas cogentes que disciplinem a consecução do interesse público. Assim a atividade de polícia não traz em seu cerne aspectos relativos à concessão de incentivos positivos que visem a estimular comportamentos, o que, por outro lado, representa um ponto central do fomento.

Na teoria mais contemporânea do direito administrativo econômico, o fomento poderia ser considerado como uma espécie de regulação, na medida em que o poder público atua no mercado como um agente disciplinador, que busca incentivar os atores privados a se engajarem em comportamentos socialmente desejáveis, ainda que não se valha de mecanismos de coerção para obrigar a este comprometimento.

Contudo, como já delineado acima, no presente estudo, trabalhamos, para fins didáticos, com o conceito restrito de regulação, que abrange apenas a disciplina de mercados por leis e atos normativos em geral. Sendo assim, dado o seu caráter não impositivo – bem como à luz das demais particularidades que marcam a disciplina

⁶² Após a concessão do incentivo, é certo que deve haver fiscalização quanto à aplicação dos recursos públicos eventualmente recebidos, assim como em relação ao atingimento do fim que se pretendeu fomentar. Portanto, uma vez outorgado o incentivo, haverá poder de polícia em relação ao objeto avençado, porém, no momento em que o particular opta por receber o incentivo, ele o faz por sua própria vontade, sem que haja qualquer coerção neste sentido.

⁶³ Como exemplo de fomento a comportamento em conformidade com o interesse público, podemos citar a concessão de incentivos tributários para os particulares interessados em instalar um empreendimento industrial em área remota, levando desenvolvimento econômico e geração de empregos para a região.

⁶⁴ Não se pode perder de vista que as sanções não deixam de se inserir no conceito de incentivos, uma vez que também são fatores exógenos que influenciam a ação estratégica do agente. A nota distintiva é que são as sanções incentivos negativos.

jurídica do fomento público –, iremos analisá-lo como uma espécie autônoma de intervenção do Estado no domínio econômico em momentos de crise.

O fomento é uma modalidade mais branda de intervenção Estatal, na medida em que não são adotados mecanismos de coerção no que tange à adesão do particular à proposta da Administração Pública. O particular não é obrigado a executar a atividade que se pretende incentivar e, mesmo que opte por realizá-la, também não será obrigado a aceitar o incentivo público; ele apenas o fará se assim desejar.

Nesse diapasão, observa-se que o ponto central do fomento é que a iniciativa privada seja capaz de executar a atividade de forma eficiente, bastando-lhe apenas um pequeno incentivo, um “empurrão”⁶⁵, para que se interesse pela execução da tarefa em escala suficiente para atender à demanda do mercado. Para tanto, é imprescindível que o mercado seja razoavelmente maduro em relação àquela atividade, caso contrário, o mero incentivo sem poder de coerção (modalidade mais suave de intervenção Estatal) não será suficiente para atingir aos fins pretendidos⁶⁶.

A espécie mais importante de fomento público é a econômica, que se caracteriza pelo aporte imediato de recursos públicos em determinada atividade⁶⁷. Isso pode ser feito pelos seguintes meios: (i) reais – disponibilização de bens públicos para uso pelo particular; (ii) creditícios – concessão de linhas de crédito com prazos e taxas de juros diferenciados; (iii) fiscais – deferimento de benefícios tributários como isenções, alíquota zero e suspensão de tributos; e (iv) econômicos propriamente ditos – são as chamadas subvenções, isto é, atribuição direta de verba pública ao beneficiário em troca da realização de determinada atividade que se pretenda incentivar.

Além da fixação de requisitos objetivos e razoáveis, também é imprescindível que sua seleção daquele que irá receber o fomento seja feita de forma transparente, bem como que estes sejam abertos e divulgados à sociedade. Com isso, atende-se aos princípios de governança que compõem a ideia de *accountability*⁶⁸.

⁶⁵ A expressão é uma tradução livre do termo de língua inglesa “*nudge*”, que se refere à teoria defendida por Cass Sunstein e Richard Thaler em obra homônima a favor de regulações suaves (*soft regulation*) que visem a persuadir os particulares a adotarem determinado comportamento socialmente desejado sem, contudo, prever mecanismos de coerção (*enforcement*) para que este fim seja alcançado, preservando a liberdade de escolha dos regulados – daí os autores considerarem os “*nudges*” como uma espécie de paternalismo libertário. Para maiores informações, vide: Sunstein, Cass; Thaler. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Campus Editora. Rio de Janeiro.

⁶⁶ Essa advertência é feita por Cass Sunstein, nos seguintes moldes: “(...) *market failures can, in fact, justify paternalism. When such failures exist, and are significant, there are good (presumptive) reasons for a regulatory response even when no harm to others can be found. But it is usually best to use the mildest and most choice-preserving forms of intervention, such as nudges. We might even venture a general principle, which might be called the first law of behaviorally informed regulation: In the face of behavioral market failures, disclosure of information, warnings, default rules, and other kinds of nudges are usually the best response, at least when there is no harm to others. But there are exceptions to the principle, and the choice of response depends on an analysis of costs and benefits. In some cases, no response at all may be best, because the costs exceed the benefits. In other cases, stronger responses, even mandates, may turn out to be justified, because the benefits exceed the costs*”. (SUNSTEIN, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182619. Acesso em 05.08.2014)

⁶⁷ O fomento público pode ser também: (i) honorífico, que se caracteriza pela concessão de prêmios, condecorações e titulações acadêmicas; (ii) psicológico, verificado pela propaganda e pelas campanhas oficiais; e (iii) jurídico, que se define pela criação de leis e instrumentos jurídicos de incentivo, como, v.g., as Leis das Organizações Sociais e das OSCIPs.

⁶⁸ A expressão inglesa *accountability* não possui tradução exata para o português, mas está atrelada a duas idéias fundamentais, quais sejam: a transparência e a responsabilização de um órgão representativo em relação a suas ações.

Nesse ponto, comunga-se do entendimento de JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA, no sentido de que “o desenho da seleção pública deve ser tal que, de modo competitivo, selecione aquele agente que tenha condições de melhor desempenhar a atividade a partir do fomento público, ainda que, não necessariamente, ele já seja o melhor dentro do setor. Trata-se de selecionar o agente privado que comprove, da melhor forma possível dentre todos os outros agentes privados colocados em igualdade formal e material de condições, que vai realizar, dentro dos parâmetros esperados pela Administração, a atividade fomentada”⁶⁹.

Indo além, o autor desenvolve sua tese afirmando que “diretamente conectado com a discussão sobre o pragmatismo no Direito⁷⁰ é o próximo critério material: a análise (b) da eficiência do gasto público em sua concessão. Pode-se dizer que analisar a eficiência do gasto é, simplesmente, fazer incidir um filtro de praticidade junto à seleção das características subjetivas do particular a ser fomentado. Não se pode gastar direito com quem não possui a menor condição de dar algum retorno, social ou econômico, ao Estado e à sociedade. Não estamos falando de lucro, até porque o Estado, por definição, a ele não visa, mas à realização de algo tão diáfano e indefinível quanto sentido concretamente no dia-a-dia: o bem comum”⁷¹.

Portanto, ao conceder incentivos a título de fomento a determinado particular, o Estado deve adotar como norte a potencialidade em concreto que esta tem de atender ao interesse público – o que somente será possível se o mercado em questão for suficiente maduro. Trata-se, em última análise, de aferir se o gasto público que será realizado com essa parceria será apto a atingir⁷² seus objetivos de estimular o crescimento econômico e ampliar a infraestrutura em determinada localidade; caso esse requisito básico seja satisfeito, pode-se considerar o fomento público como eficiente.

⁶⁹ MENDONÇA. José Vicente dos Santos. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro nº 65 – 2010. Pág. 167.

⁷⁰ Com a revisão de sua obra ocorrida a partir de 1990, o jurista americano Richard Posner passou a considerar o pragmatismo, assim como o liberalismo, uma peça-chave para a análise da busca da maximização de riqueza preconizada por sua teoria de eficientismo. Com isso, cresce a preocupação com o desenvolvimento de políticas públicas – e do próprio Direito, em última análise – direcionadas à produção de resultados concretos e delineadas no sentido de efetivamente alcançarem os objetivos a que se propõem. De acordo com o próprio Posner, “as consequências importantes para o pragmatista são tanto as de longo prazo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais; a importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; a importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam inteligentemente a circunstâncias não vislumbradas por seus idealizadores”. (POSNER, Richard A. Para Além do Direito. Ed. WMF Martins Fontes, 2009. Pág. 423)

⁷¹ MENDONÇA. José Vicente dos Santos. *Op. Cit.* Pág. 169.

⁷² A partir do momento em que a Administração Pública recebe uma proposta de parceria, passa-se a uma análise *in concreto* da adequação - primeiro aspecto da proporcionalidade - do projeto para atingir o interesse público. Assim, não basta mais um estudo acerca de uma possível aptidão genérica de o empreendimento vir a, hipoteticamente, fomentar o desenvolvimento de determinada localidade, uma vez que, com o pleito, passam a existir elementos fáticos para embasar uma análise casuística. No momento em que há um pedido concreto para a concessão de incentivo público, esse mero juízo hipotético deixa de ser suficiente, passando-se à necessidade de se avaliar se há ou não interesse público na realização do projeto proposto pelo particular, de modo a justificar a alocação de recursos públicos - escassos por natureza- no empreendimento.

Um exemplo da utilização do fomento público como estímulo ao desenvolvimento consiste na participação minoritária em sociedades particulares como mecanismo de financiamento, comum na prática da BNDES Participações S.A. – BNDES-Par.

Nesses casos, o poder público não se torna acionista de companhias privadas o objetivo de garantir uma atuação destas na realização de objetivos macroeconômicos – tal qual ocorre nos casos de atuação direta. Aqui, a finalidade da participação societária é financiar as atividades destes agentes, permitindo que eles se consolidem no mercado e até mesmo expandam sua atuação a despeito do cenário econômico não tão favorável, o que garante geração e circulação de renda e riquezas essenciais para a retomada do crescimento econômico.

O fomento público também pode ser consubstanciado por meio de linhas de crédito especiais concedidas por bancos estatais⁷³ a agentes privados interessados em expandir suas atividades em momentos de crise, a exemplo dos financiamentos com condições especiais outorgados pelo BNDES⁷⁴, pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal.

Nessas hipóteses, os bancos públicos, mitigando a busca pelo mero lucro empresarial, reduzem juros e ampliam o prazo para pagamento de empréstimos concedidos a particulares que desejem realizar investimentos no país em momentos de crise, também com o propósito de gerar emprego e renda.

Há, ainda, incentivos de ordem tributária que podem se enquadrar no conceito de fomento e que podem ser bastante úteis no combate a crises econômicas. Cuida-se da redução da carga tributária incidente bens de consumo, com vistas, por meio da redução do preço final desses produtos, a estimular os consumidores a adquiri-los e, assim, promover circulação de riqueza na sociedade. Exemplo desta prática na atuação do governo federal brasileiro no combate à crise de 2008 foi a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre veículos e eletrodomésticos⁷⁵.

O estímulo ao consumo como medida de combate a crises econômicas possui como aspecto positivo o seu impacto praticamente imediato, na medida em que não se revela necessário aguardar a conclusão de nenhuma obra para que possa produzir efeitos concretos, ao contrário das modalidades de fomento mencionadas anteriormente.

⁷³ A título de exemplo, o Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES possui linhas de crédito especiais para micro, pequenas e médias empresas, a fim de estimular a geração de empregos e o empreendedorismo no país. Para mais informações vide: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/BNDES_Automatico/mpme.html

⁷⁴ Para um estudo mais aprofundado do papel de fomento exercido pelo BNDES na economia brasileira, vide: RIGOLON, Francisco José Zagari Rigolon. A retomada do crescimento e o papel do BNDES. BNDES, maio 1996. E também: GONÇALVES, Mariana Jesus Lourenço. Os efeitos do financiamento do BNDES sobre o lucro e o crescimento das empresas. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2013.

⁷⁵ A fim de estimular o crescimento econômico, o Governo Federal Brasileiro, em 2012, concedeu uma série de isenções do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre bens considerados estratégicos para a indústria nacional, como veículos e eletrodomésticos. Para maiores considerações, vide: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/08/reducao-de-ipi-continua-para-carros-eletrodomesticos-e-material-de-construcao>. Acesso em 05.08.2014.

Por outro lado, deve-se atentar, apenas, que as medidas de estímulo ao consumo devem ser, preferencialmente, acompanhadas de investimentos em infraestrutura e produtividade, a fim de que possam gerar crescimento sustentável sem risco de inflação, como advertem os economistas CLÁUDIO R. FRISCHTAK e MARCO ANTÔNIO F. H. CAVALCANTI⁷⁶.

Não obstante, entendemos que o fomento pode, sim, ser utilizado como importante medida com vistas a restaurar o crescimento dos indicadores econômicos, sobretudo nos mercados já relativamente maduros, em que a adoção de mecanismos de *soft regulation* seja suficiente para estimular os particulares a adotarem comportamentos colaborativos.

6. Conclusões

Em momentos de crise, a atuação do poder público, com seu amplo poder de influência nos mercados, não pode – nem deve – ser desprezado. O Estado, valendo-se de uma série de mecanismos interventivos, assume um papel relevante no combate à situação de baixo crescimento, sendo imperioso que essa atuação pública mostre-se a mais racional e eficiente⁷⁷ possível.

Com este trabalho, pretendemos estabelecer, em linhas gerais e por meio de exemplos concretos, algumas possibilidades para a intervenção do Estado em situações de crise econômica, sem, contudo, demonstrarmos qualquer pretensão de esgotar o tema ou mesmo oferecer respostas definitivas a respeito de qual modalidade seria ou não mais adequada a determinada hipótese. É impossível conceber a intervenção Estatal como uma “receita de bolo”, com soluções pré-fabricadas para problemas socioeconômicos cada vez mais complexos; cada contexto é único e demanda um conjunto de medidas especialmente pensadas para as suas peculiaridades, levando em consideração critérios que extrapolam o sistema jurídico.

O papel do jurista, nesses momentos, não é o de definir qual medida se revela mais adequada a solucionar mazelas de ordem econômica, mas, sim, o de estabelecer os limites e os contornos dentro dos quais o conjunto de soluções escolhidas para o caso concreto poderá ser implementado, à luz da ordem constitucional vigente – função que esperamos ter atendido com o presente trabalho.

⁷⁶ “Este trabalho sugere que apesar dos claros ganhos para o país em termos de renda e emprego propiciados por uma retomada do crescimento em bases sustentáveis, a defasagem entre as necessidades e expectativas dos segmentos mais pobres da sociedade possibilita, assim como a deterioração sensível do meio urbano e ambiental, aponta para a melhoria da qualidade do crescimento, tanto em termos do ambiente produtivo, da composição do produto, da distribuição de renda e da alocação dos gastos públicos, como possivelmente o maior desafio desta década. O salto de qualidade necessário para o crescimento com equidade e a correspondente transformação da sociedade brasileira se dará pela introdução de inovações tecnológicas, organizacionais e sociais. Na base destas inovações está a geração do novo conhecimento e sua difusão pela sociedade, na ausência do qual o país não conseguirá transitar para um novo padrão de crescimento”. FRISCHTAK, Cláudio R.; CAVALCANTI, Marco Antônio F. H. As perspectivas do desenvolvimento brasileiro e o BNDES. In: A promoção do desenvolvimento e os 50 anos do BNDES e do Banco do Nordeste. José Olympio Editora. Rio de Janeiro. 2003. Pág. 101.

⁷⁷ Expressão, aqui, utilizada no sentido de apta a gerar o melhor resultado concreto possível dentro do objetivo visado.

7. Bibliografia

- AMATORI, Franco e TONINELLI, Pier Angelo. Does a Model of Italian State-Owned Enterprise Really Exist? In: Reappraising State-Owned Enterprise. A Comparison of the UK and Italy. Págs. 31-49.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. Ed. Forense. 3ª d. 2013.
- BAKER, Tom; e MOSS, David. Government as risk manager. In: New Perspectives on Regulation. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. Págs, 89-111.
- Baron, D.P. 1995. “The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agenda, and Approaches”, in J.S. Banks and E.A. Hanushek, Modern Political Economy, Cambridge University Press, pp.10-62.
- BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 11 ed. Renovar, 2008.
- BREMMER, Ian. O fim do livre mercado – Quem vence a guerra entre Estado e corporações?. Ed. Saraiva. 2011.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos e Rangel, Ignácio. Ciclos Longos, Dualidade e um Depoimento Pessoal. Disponível em: file:///C:/Users/migueisa/Downloads/423-Rangel-Ciclos%20Longos-Dualidade.pdf. Acesso em 05.08.2014.
- _____, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público, 47(1) janeiro-abril 1996.
- _____, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção Estatal. Revista de Economia Política. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. Saraiva. 2002.
- COLEMAN, Jules. *Morals Markets and the Law*. New York: Oxford Univerty Press. 2003.
- DIXIT, A.K., 1996, *The Making of Economic Policy: A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, Mass.: MIT Press.

- EFIRD, Neil. The State-Owned Enterprise as a Vehicle for Stability. Strategic Studies Institute (SSI). USA. April, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55
- FRISCHTAK, Cláudio R.; CAVALCANTI, Marco Antônio F. H. As perspectivas do desenvolvimento brasileiro e o BNDES. In: A promoção do desenvolvimento e os 50 anos do BNDES e do Banco do Nordeste. José Olympio Editora. Rio de Janeiro. 2003. Págs. 81-103.
- GONÇALVES, Mariana Jesus Lourenço. Os efeitos do financiamento do BNDES sobre o lucro e o crescimento das empresas. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2013.
- GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). European Business Law Review, Vol. 21, No. 4, 2010
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. Malheiros Editores. 15ª. Ed. 2012
- JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics (2006). Yale Law School. Public Law Working Paper n. 130; Yale Law & Economics Research Paper n. 342
- JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um “déficit democrático” na regulação independente? Disponível na internet: <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf62.pdf>. Acesso em 11.08.2014.
- _____, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005
- KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição. 2013.
- LAZZARINI, Sergio. Capitalismo de laços – os donos do Brasil e suas conexões. Ed. Campus. 2011
- LEITE, Carina Lellis N. S. O lucro nas sociedades de economia mista. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC. Ano 2, vol. 10, jul. 2014, Págs. 199-232.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 23ª edição. Malheiros Editores. 2007

- MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa.. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.. (Org.). A Constitucionalização do Direito.. Rio de Janeiro.: Lumen Juris., 2006
- _____, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcellos. PPSA, a Estatal endógena do Pré-Sal – Cinco controvérsias e um quadro geral. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, Ano 10, n. 39, julho-setembro/2012.
- _____. José Vicente dos Santos. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 65 – 2010.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, outubro-dezembro/2013.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014.
- NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Forms and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. pág. 35 e ss.
- _____, Anthony. Rethinking self-regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 1. (Spring, 1995), pp. 97-108.
- PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas, São Paulo, 2010.
- POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Ed. WMF Martins Fontes, 2009.
- RIGOLON, Francisco José Zagari Rigolon. A retomada do crescimento e o papel do BNDES. BNDES, maio 1996.
- ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Previdência*. Goiânia: Editora da UFG, 1997
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/ Acesso em 12.08.2014
- SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15-59.

- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sergio. Análise de Impacto Regulatório: Ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2012/09/analise-de-impacto-regulatorio-ferramenta-a-servico-da-transparencia-e-da-eficiencia-da-regulacao/>. Acesso em 11.08.2014.
- SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo. Cia das Letras. 1999. Págs. 109 e ss.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, outubro-dezembro/2013.
- STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring). 1971.
- STIGLITZ, Joseph. Economics of Information and the Theory of Economic Development,” *Revista de Econometria*, 5(1), April 1985: pp. 5–32.
- _____, Joseph. *Economics of the public sector*. 3. Ed. New York, London: W.W. Norton Company, 2000
- _____, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010.
- _____, Joseph. Regulation and Failure. In: *New Perspectives on Regulation. The Tobin Project*. Cambridge, MA, USA. 2009. Pág. 15)
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: Guerra, Sergio (ord.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Campus Editora. Rio de Janeiro
- _____, Cass. The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182619. Acesso em 05.08.2014
- TIMM, Luciano Benetti. Ed. Atlas. São Paulo: 2ª edição, 2014. Págs. 404-416.