Considerações Sobre as Relações do Estado e do Direito na Economia

Alexandre Santos de Aragão
Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP, Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

A visão da economia como um espaço privado, infenso a objetivos coletivos e, consequentemente, à atuação do Estado como um dos veículos de satisfação das necessidades e desejos da sociedade,[1] nunca se concretizou totalmente na realidade empírica das sociedades.[2]

Esse fato se deve a três razões.

Em primeiro lugar, a economia, ou seja, a destinação dos bens e serviços necessários e úteis à vida das pessoas,[3] é um dos elementos

1 Quanto à ascensão dos liberais ao poder, referência deve ser feita à célebre frase de Eric Hobsbawn, segundo o qual "em tempos de revolução nada é mais poderoso do que a queda de símbolos. A queda da Bastilha, que fez do 14 de julho a festa nacional francesa, ratificou a queda do despotismo e foi saudada em todo o mundo como o princípio de libertação." Como bem narra o historiador, a Revolução Francesa alterou fortemente o quadro político de uma França absolutista, em especial no período de 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799. HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848.** 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 83-94. Anterior à Revolução Francesa, cabe menção, notadamente, à Guerra de Independência Americana, de 1776, a qual fora a primeira revolução liberal, anticolonialista e antimercantilista vitoriosa. VISENTINI, Paulo Fagundes. **História mundial contemporânea (1776-1991):** da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética. 3. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2012. p. 34.

2 Segundo FERRARESE, a ideologia liberal tem um valor sobretudo prescritivo. O conceito prescritivo de mercado não regulado é superado pela *"representação do mercado como arena de conflito, com vencedores e perdedores"*. A existência de conflitos permanentes, no corpo social, invalida a ideia de liberdade pacífica de mercado. FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato:** Il caso degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 38-40.

3 Para EDWIN CANNAN "o objetivo da Economia Política ou da economia é a explicação das causas gerais do bem-estar material de que os homens dependem". CANNAN, Edwin. **Elementary political economy.** 3. ed. London: Oxford University Press. p. 1. Na mesma linha conceitual de CANNAN, para ALFRED MARSHALL "[a] economia política ou a economia é o estudo de como os homens pensam, se movem e vivem nos negócios comuns da vida. Examina-se essa parte da ação individual e social que está mais conectada com a realização e com o uso dos requisitos materiais do bem-estar". MARSHALL, Alfred. **Principles of Economy.** 8. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1920. p. 1. LIONEL ROBBINS propõe um conceito analítico de economia, definindo-a como "a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins determinados e os recursos escassos, os quais têm usos alternativos. ROBBINS, Lionel. **Essays on Nature and Significance of Economic Science.** 2. ed. London: Ed. Macmillan and co.,1945. p. 16. O conceito de economia envolve a circulação de bens e serviços que geram utilidade por meio do consumo. O fluxo desses

centrais de uma sociedade harmônica e, a partir do momento em que o Estado busca se legitimar entre os membros da sociedade, auferindo as suas próprias receitas para dar conta das funções necessárias a tanto e disciplinando os comportamentos humanos perniciosos (inclusive os de caráter econômico), de alguma maneira será inevitável influenciar os fluxos econômicos.

Na verdade, a própria existência do Estado e de outros entes a ele similares, como blocos regionais, já é, por si só, uma intervenção na economia.[4]

Todo Estado historicamente teve que tributar as atividades econômicas nem que fosse para pelo menos manter a sua própria máquina, proscrever o exercício de algumas delas, estabelecer requisitos, por mais básicos que fossem, para o seu exercício e atender necessidades que o mercado não supria, não só as necessidades dos hipossuficientes, como também provendo as infraestruturas necessárias ao próprio exercício de atividades econômicas dos particulares.[5]

Em segundo lugar, o próprio mercado é uma criação do Direito emanado do Estado.[6] O mercado, tal como apresentado nas economias capitalistas contemporâneas, é indissociável do direito estatal. Não obstante a mão invisível do mercado constitua o ideal do pensamento liberal clássico, o direito é indispensável para a normatização e solidificação de categorias econômicas essenciais, como a propriedade, os títulos de crédito e as sociedades comerciais.[7]

bens e serviços é determinado por um conjunto de escolhas racionais em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos individuais.

4 "A própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia", MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973. p. 198-199.

5 As possibilidades de promoção de infraestrutura pelos Estados não é consensual entre as diferentes teorias econômicas. Os economistas clássicos e neoclássicos propõem uma separação mais sensível entre o Estado e o mercado. Teorias econômicas clássicas mais ortodoxas, como a de Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, sustentam que as funções básicas do Estado devem restringir-se à defesa, ao direito como regulador de alguns fatos sociais, como a propriedade privada, a estrutura da competição e da cooperação e, por fim, a ordem. As teorias estruturalistas, as quais defendem uma atuação mais extensiva do Estado na economia, defendem que as funções do Estado extrapolam a capacidade de determinação e garantia do sistema jurídico, devendo também criar as condições materiais de produção, mais comumente conhecida como a infraestrutura, além de garantir a mediação entre salário e capital. A respeito ALT, James E.; CHRYSTAL, K. Alec. **Political Economics.** Berkeley: University of California Library, 1983. p. 175-197. Na prática, sempre se proveu infraestrutura para os empresários, mesmo no liberalismo.

6 O mercado, a fim de sobreviver como instituição, não pode prescindir de proteção externa. Para tal função protetiva o direito tem sido tradicionalmente presente. "Sem esta garantia externa, por conseguinte, o mercado não tem um elemento muito importante para a sua institucionalização." FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato:** Il caso degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 72.

7 SINGER, Joseph William. Democratic States: Property Law in a Free and Democratic Society. **Harvard Public Law Working Paper**, n. 08-42, 61 p., 2008: http://ssrn com/abstract=1278136. Acesso em: 10 dez. 2014, p. 50.

A estruturação do direito contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do capitalismo e do mercado, o que demanda previsibilidade e garantia das transações e dos fluxos de bens e serviços, assegurados por uma ordem jurídica estruturada.[8] RICHARD POSNER chega a atribuir o fracasso econômico de certos países ao baixo nível de estruturação e organização do sistema jurídico e, portanto, à ineficiência da garantia dos contratos e das propriedades privadas. O mercado, dessa maneira, é reflexo e criação do direito estatal.[9]

Não desconsideramos que as trocas econômicas em comunidades primitivas, em valores pouco significativos ou em operações de troca imediatas, poderiam se dar sem a guarida do Estado. Porém, o mercado enquanto instituição, enquanto interação permanente do conjunto de atores sociais, é criado, limitado, garantido e fomentado pelo Estado. Para a segurança das relações econômicas é necessário o *placet* do Estado. Por mais que haja sanções informais do próprio mercado e mecanismos sociais de *soft law*,[10] ainda não é possível se imaginar operações econômicas de grandes proporções sem que possuam, ao menos potencialmente, a coercitividade estatal contra eventuais inadimplementos, má-fé ou controvérsias interpretativas.[11]

Nesse sentido, devemos lembrar também as atuações estatais em defesa da concorrência, que limitam a liberdade de mercado para assegurar a sua própria subsistência, ou que levam o Estado a também atuar no mercado, já que o sucesso de agentes privados pode prejudicar a existência e o dinamismo do próprio mercado, dificultando ou mesmo impedindo a entrada de concorrentes. O Estado, portanto, paradoxalmente, para assegurar a existên-

8 WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 68-69.

9 POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2007. p. 258.

10 As *soft laws* são "pautas meramente interpretativas que, apesar de possuírem estrutura jurídica, não têm conteúdo obrigatório.", SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Judicialização de políticas: uma introdução à temática do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais. In: **Direito Administrativo Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010. p. 1-28, p. 4. A chamada *soft law* é por vezes relacionada ao Direito Administrativo Global e é uma nomenclatura bastante comum ao Direito Internacional. Sobre o direito administrativo global, remete-se às lições de Sabino Cassese, que vai inserir a *soft law* na sistemática das relações globais, contrapondo-a à *hard law*, juridicamente vinculante. Para mais considerações acerca do tema, CASSESSE, Sabino. Global Administrative Law: An Introduction. **Journal of International Law and Politics**, v. 37, nº 4, p. 663-694, 2005, Summer.

11 Não obstante algumas escolas econômicas defendam que o livre funcionamento do mercado leva naturalmente à satisfação do bem comum, na prática, não se verificou, até os dias de hoje, modelo pleno de autorregulação autônoma do mercado. Segundo Marçal Justen Filho, "a intervenção estatal é condição de possibilidade da existência do mercado". JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 693. A respeito também FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato:** Il caso degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 72. GRAU, Eros Roberto. O Discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação. In: CAMARGO, Ricardo A. L. (org.). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional.** Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, e GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

cia do mercado, tem que limitar a liberdade dos seus agentes.[12] Tudo se passa como se, no mundo econômico, o Estado tivesse que fomentar e garantir a existência de batalhas entre os agentes econômicos, mas sempre zelando para que nenhum deles obtenha a vitória definitiva na guerra.

FERNANDO HERREN AGUILLAR explica que as normas da concorrência, embora limitadoras da liberdade, são necessárias à manutenção do próprio sistema de livre mercado, estando inseridas entre as chamadas "*normas de ajuste*". "Onde quer que existam normas de controle da concorrência, supõe-se alguma espécie de disfunção do mercado livre".[13] Em outras palavras, sem as normas estatais do direito da concorrência, o próprio livre mercado fica comprometido, não pela ação do Estado, mas dos próprios agentes econômicos.

Em terceiro e último lugar, entre as razões que levam à incindibilidade entre Estado e economia, há atividades em que, seja pela sua importância social somada à impossibilidade de o mercado supri-las adequadamente, seja por interesses estratégicos da sociedade ou por necessidades estruturais internas do próprio Estado, opta-se, em maior ou menor escala, por sua prestação estatal, decidindo-se politicamente em cada conjuntura pela necessidade de serem prestadas sem os riscos inerentes ao mercado. Seria o âmbito do que, no direito brasileiro, chamamos de serviços e monopólios públicos.[14]

Fixada a relação indivorciável entre Estado e economia, devemos tecer uma crítica à tradicional expressão "intervenção do Estado na economia".[15]

O verbo intervir pressupõe a ideia de imiscuição em terreno que não é próprio, quando acima pudemos concluir que a existência do Estado

12 COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: **Direito Administrativo Econômico.** 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 195-196.

13 AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 226-227. A existência dos mercados competitivos é precipuamente assegurada por dois princípios centrais, o da livre-iniciativa e o da livre-concorrência. A livre-iniciativa é fundamental para que os agentes econômicos possam desenvolver suas atividades no mercado, ao passo que a livre-concorrência deve ser assegurada pelo direito da concorrência, ou regulação da concorrência, para garantir a existência do mercado. O objetivo do direito de concorrência, o qual limita a ação de determinados agentes, é impedir distorções econômicas que inviabilizam o próprio mercado, distorções estas como o abuso do poder de mercado das grandes empresas e prática anticompetitivas. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil:** uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 158-159.

14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1 e segs.

15 "Intervenção indica (...) atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade em sentido amplo", cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 90-91.

pressupõe em si algum tratamento, por ele, de matérias econômicas, e que o mercado, enquanto instituição, só pode existir e proliferar em razão da existência do Estado e do seu Direito. Sendo assim, não se pode afirmar que o direito é um terreno exógeno à economia, nem vice-versa. Nesse sentido, FERNANDO FACURY SCAFF:

> "Qualquer expressão que denote 'intervenção' do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir."[16]

Sendo assim, mais correto seria falar de **atuação** do Estado[17] em relação à economia (e também vice-versa, de atuação da economia sobre o Estado), do que se referir a "intervenção" ou a "interferência" do Estado na economia. Todos esses subsistemas sociais (direito e economia) são estruturalmente acoplados e, consequentemente, inter-relacionados.[18]

As formas e intensidades dessa atuação do Estado em relação à economia variam de acordo com o contexto político-ideológico prevalente em cada sociedade e momento, conforme positivado pelo legislador e pelo Poder Executivo, obedecidos os limites mínimos e máximos de atuação estatal fixados na ordem econômica constitucional, que, na maioria dos Estados contemporâneos, deixa uma ampla margem de opção à política majoritária.

16 SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o Conteúdo Jurídico do Princípio da Lucratividade. **Revista de Direito Administrativo,** 224, p. 334, 2001. No mesmo sentido, criticando o termo "intervenção", SOUSA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980. p. 398.

17 Esse será o termo preferencialmente adotado por nós. Todavia, sendo apenas questão de nomenclatura e já feito esse esclarecimento semântico, poderemos vez ou outra lançar mão também do tradicional termo "intervenção".

18 Partindo da ideia trazida pela Teoria Sistêmica do Direito, GUNTHER TEUBNER ilustra que o Direito não pode ser apenas visto por sua dimensão normativa, mas também por sua dimensão fática e social. O autor destaca que há uma dupla autopoiese, jurídica e social, devendo o direito se valer dos fatos de modo a se modificar e se ajustar à sociedade. É partindo dessa ideia que podemos relacionar, ainda, o direito e a economia. O meio econômico também deve ser essencial para a transformação do direito, permitindo que a sua regulação e a produção de normas jurídicas se adéquem às necessidades econômicas que surgirem, e vice-versa. Assim, também partindo das ideias de Teubner, vislumbra-se uma interação circular entre o direito e a economia. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético.** Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 139. Teubner, em *Direito, Sistema e Policontextualidade*, reitera que a autonomia dos sistemas do direito e da economia não reflete a independência dos mesmos. A autonomia do sistema jurídico autopoiético consiste apenas na característica circular de produção do direito, e não no isolamento deste em relação aos outros sistemas, tal como a economia. TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e Policontextualidade.** Piracicaba: UNIMEP, 2004. p. 137-141. A teoria dos sistemas distingue-se, assim, das teorias marxistas sobre as relações entre o direito e economia por não determinar necessariamente o direito (superestrutura) em razão da economia (infraestrutura). A relação entre a economia e o direito, na teoria dos sistemas, deve ser entendida a partir da distinção dos conceitos de independências, autonomia e autopoiesis. Em síntese, os sistemas jurídico e econômico são autônomos, mas não independentes.

GUSTAVO ZAGREBELSKY expõe esse fenômeno explicando que as "sociedades pluralistas atuais, ou seja, as sociedades marcadas pela presença de uma variedade de grupos sociais portadores de interesses, ideologias e projetos diferenciados, mas na qual nenhum tem força suficiente para reivindicar exclusividade ou preponderância, nem, por consequência, para fornecer a base material da soberania estatal no sentido do passado, o que também quer dizer, as sociedades dotadas, no seu conjunto, de um certo grau de relativismo, atribuem à Constituição a função de realizar as condições que tornem possível a vida em comum, mas não aquela de realizar diretamente um projeto pré determinado de vida comum. Sobre a base de uma Constituição, plataforma de partida que oferece uma garantia de legitimidade a todos os grupos da sociedade, podem se engajar para competir para moldar concretamente o Estado em uma direção ou outra [maior ou menor estatização, acresceríamos], dentro do quadro de possibilidades ofertadas pelo compromisso constitucional".[19]

Apesar das imperfeições inerentes a toda classificação,[20] podemos dividir a atuação do Estado em relação à economia em **atuação indireta**, geralmente coincidente com a atuação regulatória, pela qual o Estado fixa externamente normas para pautar o comportamento dos agentes econômicos privados; e **atuação direta**, na qual, por diversas razões (sociais, estratégicas, desenvolvimentistas etc.),[21] o Estado exerce – ele próprio – determinada atividade econômica.

No primeiro caso o Estado atua **sobre** a economia: ele não realiza operações econômicas, mas apenas tenta influenciar atividades econômicas exercidas por terceiros, seja mediante a emissão de normas jurídicas coercitivas (contratos de delegação de atividades públicas ou poder de polícia), seja por normas incentivadoras (de fomento).[22] Prevista no art. 174,

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Le Droit en Douceur** – Il Diritto Mite. Trad. Michel Leroy. Paris: Ed. Econômica, 2000. p. 11.

20 Sousa Franco e Guilherme Martins afirmam que a classificação entre atuação direta e indireta do Estado na economia "pode ser útil, no domínio dos conceitos institucionais de política econômica; mas não tem interesse jurídico e, pela multiplicidade de critérios que se entrecruzam, torna-se confusa", SOUSA FRANCO, António L.; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. **A Constituição Económica Portuguesa:** ensaio interpretativo. Coimbra: Almedina, 1993. p. 223.

21 A atuação direta do Estado na economia é justificada para o desenvolvimento de políticas sociais, de educação, de ciência e tecnologia, da infraestrutura e concessão de crédito a setores produtivos, muitas vezes sendo a única forma, nos países de industrialização tardia, de viabilizar o desenvolvimento. "Todos os países que conseguiram transpor a barreira do subdesenvolvimento e ingressaram no seleto clube dos países desenvolvidos, não o fizeram sem políticas especificamente voltadas para esse fim, formuladas e executadas por governos comprometidos (...), como chama a atenção um relatório internacional patrocinado pelo Banco Mundial e os governos da Austrália, Holanda, Suécia e Reino Unido." SILVA, Josué Gomes da. Para uma Estratégia de Desenvolvimento. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (orgs.) **Sociedade e Economia:** estratégias de crescimento e desenvolvimento. Brasília: IPEA, 2009. p. 47.

22 MONCADA, Luis Solano Cabral de. **Direito Económico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 184.

CF, esse tipo de atuação se dá quando o Estado atua concretamente "no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia".[23] MARÇAL JUSTEN FILHO trata da atuação indireta do Estado associando-a, não apenas com a produção de normas cogentes, mas também a "manifestações estatais de incentivo, orientação e sugestão".[24]

Já na segunda espécie de atuação do Estado em relação à economia (atuação direta), ele atua **na** economia: ele próprio realiza as atividades econômicas, vendendo, comprando, prestando ou tomando serviços. Ele é o próprio agente econômico,[25] nos termos precipuamente dos arts. 173, 175 e 177, da nossa CF.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO aborda a intervenção estatal no domínio econômico, explicitando a possibilidade de atuação empresária do Estado, quando este "se propõe a agir como protagonista da exploração econômica". A atuação do Estado como empresário, porém, é, fora dos casos previstos pela Constituição, subsidiária à privada, tendo em vista o princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal.[26]

Adotamos a nomenclatura de "atuação do Estado na economia", cingida à sua atuação direta, sem perdermos de vista que muitas vezes pode haver alguma fungibilidade entre a atuação direta e a indireta, como ocorre nas atuações diretas com finalidades indiretas de influenciar os agentes privados, em que o Estado se vale de técnicas de fomento ou de constrição não jurídicas *stricto sensu*, mas econômicas.

Entretanto, mesmo nessas hipóteses, o meio adotado pelo Estado não é a emissão de regras jurídicas ou promoção de incentivos, mas a realização de operações econômicas pelo próprio Estado. Nesses casos, ainda que com objetivos regulatórios ou de fomento, o Estado é o próprio agente econômico.

A importância das atividades empresariais do Estado sempre foi denotada pela doutrina e pela jurisprudência do direito administrativo econômico.[27]

23 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

24 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 532 e 539.

25 VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio Econômico:** o Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 387.

26 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Estado e a ordem econômica. **Revista de direito público.** São Paulo, v. 62, p. 34-46, p. 37, abr./jun. 1982.

27 A título exemplificativo, SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico.** 1. ed. 3. tiragem. São

Com variadas nuances, a atuação direta do Estado na economia apresentou-se nos mais diversos Estados, desde os países socialistas, em que tal presença absorvia quase todas as atividades econômicas,[28] até os Estados Unidos, que, ao contrário do que poderia se pensar em razão do seu tradicional liberalismo econômico, possuiu, desde o início do século XX, uma forte atuação empresarial estatal, ainda mais se considerarmos o setor imobiliário do Governo federal e as empresas estaduais e dos governos locais.[29]

Na Europa, foram as mais diversas razões que determinaram a atuação direta do Estado na economia, desde estratégicas e sociais a econômicas, como para evitar que monopólios naturais ficassem em mãos privadas, passando por salvamento de empresas privadas em dificuldades, esforços de guerra, combate ao desemprego, interesses fiscais (como nas estatais do tabaco e do jogo), desenvolvimento de regiões que não recebiam os necessários investimentos privados, até a expropriação de empresas por pertencerem a grupos ligados a ex-inimigo bélico, geralmente de cidadãos que colaboraram com a ocupação nazista.[30]

Na América Latina a maior ou menor atuação do Estado na economia variou de acordo com as tendências ideológicas predominantes em cada contexto e com as necessidades desenvolvimentistas de cada momento, inversamente proporcionais à disponibilidade de capitais privados para supri-las, tendo sido também instrumentalizada para fomentar empresas privadas, por exemplo, através da venda deficitária/subsidiada de insumos metalúrgicos para a indústria privada de transformação.

Implantação de infraestruturas elétricas e de telecomunicações, salvamento de empresas privadas em dificuldades, necessidades sociais (como saneamento básico) e searas estratégicas (como petróleo e atividades nucleares) também fizeram eclodir um sem número de empresas estatais, sendo o Brasil um importante exemplo ilustrativo desse fenômeno.

Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

28 O regime socialista é marcado pelo controle dos meios de produção pelo Estado. CRETELLA JÚNIOR, José. **Empresa Pública**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973. p. 42.

29 O movimento de regulação estatal (atuação indireta) do mercado norte-americano começou a ter maior expressão ao final do século XIX, com a criação da *Interstate Commerce Commission (ICC)* em 1887. Porém, paralelamente à atuação regulatória do Estado americano, "tanto as autoridades federais quanto as estaduais impulsionavam as iniciativas de rodovias com pedágios, das vias fluviais e da construção de canais, assim como do estabelecimento do primeiro e segundo Banco dos Estados Unidos". A atuação direta do Estado americano também pode ser observada com a formação da Panama Canal Company (1903), a Alaska Railroad (1923) e a Tennessee Valley Authority (1935). Na década de 1970, houve ainda a estatização do serviço postal e de algumas rodovias. TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World.** New York: Cambridge University Press, 2000. p. 12.

30 VERNON, Raymond. Introduction. In: **State-Owned Entreprise in the Western Economies.** New York: Routledge, 1981. p. 8 e segs.

A importância da atividade empresarial do Estado na história ocidental e brasileira é marcante. Basta lembrarmos que toda a expansão marítima europeia dos séculos XV e XVI foi feita por companhias mistas[31] estabelecidas entre os Estados absolutistas e capitais privados, para a compra e venda de matérias-primas das colônias.

No Brasil, a primeira empresa fundada em nosso solo foi uma "estatal", o Engenho da Vila de São Vicente, fundado em 1533 por Martim Afonso de Sousa e administrada pelo Padre Gonçalo Monteiro.[32] Os moldes do sistema colonialista brasileiro condicionariam o desenvolvimento de suas atividades econômicas até o século XIX.[33]

A partir daí a atuação direta do Estado aumentou progressivamente nos séculos que seguiram.[34] No Estado liberal, o intuito foi criar infraestrutura e insumos necessários ao desempenho de outras atividades econômicas, como a produção siderúrgica e a exploração de ferrovias, o que, no Brasil, em face do seu desenvolvimento tardio, só veio a ocorrer no século XX, havendo até então apenas algumas poucas delegações à iniciativa privada, como as ferrovias concedidas ao Barão de Mauá.[35]

De 1930 a 1970, o número de empresas estatais brasileiras aumentou de 17 para 131.[36] Na década de 1930, observa-se uma mudança no paradigma agroexportador brasileiro, em razão da crise econômica de 1929, tornando-se necessária a implementação de padrão fundado na produção industrial de bens de consumo não duráveis.[37] Nesse momento, surgem

31 Sobre o tema e o papel das companhias na expansão marítima Europeia, ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. A Companhia das Índias Ocidentais: uma sociedade anônima?. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,** 105, p. 4, jan./dez. 2010. A título ilustrativo, os comerciantes holandeses buscaram criar associações em companhias, as quais tinham o objetivo de controlar o comércio tanto com as Américas quanto com a África Ocidental, que culminariam, mais tarde, na fundação da Companhia Holandesa das Índias Ocidentais.

32 REIS, Nestor Goulart. Os engenhos da baixada santista e os do litoral norte de São Paulo. **Revista USP.** São Paulo, n. 41, p. 62-73, mar./maio 1999.

33 FILHO, Alberto Venancio. **A intervenção do Estado no domínio Econômico:** o Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 21.

34 HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas.** 14. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995. p. 412. O autor destaca que o intervencionismo estatal foi uma decorrência da necessidade de o Estado prover à sociedade a aquisição de rendimentos, paralelamente ao desenvolvimento da economia e à realização de obras públicas.

35 CALDEIRA, Jorge. **Mauá***: O Empresário do Império*. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995.

36 RÜCKERT, Isabel Noêmia. Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil. **Ensaios FEE.** Porto Alegre, v. 2, nº 1, p. 75-93, p. 85, 1981.

37 A Era Vargas foi inicialmente marcada pela conjuntura crítica resultante da crise de 1929, bem como pela queda de preços do café, o que gerou a reação governamental para que a produção excedente do produto fosse diminuída, a fim de garantir o preço (JÚNIOR, Caio Prado. **História Econômica do Brasil.** São Paulo: Ed. Brasiliense, 1980. p. 294). A consequente queda nas reservas estrangeiras e a redução da capacidade do país em importar mercadorias levaram à estimulação do desenvolvimento da indústria nacional, desde o primeiro período de Vargas (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico:** do Direito Nacional ao Direito Supranacional. 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 114).

empresas estatais com o objetivo de dar prosseguimento ao processo de acumulação do capital privado.[38]

O nacionalismo, associado aos impactos das guerras para o abastecimento do mercado interno e internacional, contribuiu para a expansão das empresas estatais, sobretudo em áreas de abastecimento básico, tais como a Companhia Vale do Rio Doce, a Fábrica Nacional de Motores, a ACESITA, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco.[39] Ainda na década de 1950, a criação da Petrobras e o investimento no setor energético são representativos do crescimento das estatais em setores ditos estratégicos e nos quais os recursos privados eram insuficientes. O aumento do número de empresas estatais se deu principalmente para fornecer bens e serviços necessários ao projeto industrial da época.

Em 1951 essa tendência se cristalizou no Plano Nacional de Reaparelhamento Econômico (Plano Lafer), que tem como seus objetivos principais o desenvolvimento da indústria de base e o desenvolvimento da estrutura viária e de transportes.[40]

Em todo o mundo, durante as duas grandes guerras, o Estado também se viu compelido a entrar diretamente no esforço de guerra, produzindo bens necessários às campanhas.[41]

No pós-guerra, em tendência já verificada desde o início do século XX, com o advento do sufrágio universal,[42] as atividades empresariais do Estado se multiplicaram igualmente por razões sociais, atendendo a parcelas da população que não seriam adequadamente satisfeitas pelos serviços ofertados em livre mercado.[43] Estiveram igualmente presentes razões

38 ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal: economia, política e interesse público. **Revista de Administração de Empresas**. Rio de Janeiro, 19(4), p. 95-97, out./dez. 1979.

39 RÜCKERT, Isabel Noêmia. Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil. **Ensaios FEE**. Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 75-93, p. 79, 1981.

40 HAFFNER, Jaqueline Angelica Hernandez. **A CEPAL e a industrialização brasileira** (1950-1961). 1. ed. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 2002. p. 54.

41 É no início do século XX que surgem as chamadas "economias de guerra", mobilizando as atividades econômicas do Estado para uma finalidade bélica. FILHO, Alberto Venâncio. **A intervenção do Estado no domínio Econômico:** o Direito Público Econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998. p. 10-11.

42 Em lições clássicas, MASSIMO SEVERO GIANNINI explica que "o Estado burguês, como ordenamento jurídico fundado sobre o princípio de atribuições de direitos eleitorais a apenas uma classe, à burguesia, é em sua substância estrutural um Estado oligárquico, no sentido de que atribui o poder a apenas uma classe política. (...). Ora, é indiscutível que a luta pelo sufrágio universal caracterizou em toda a parte o último período dos estados burgueses, para terminar, indistintamente, com a introdução do sufrágio universal, e, da mesma forma, com o consequente alargamento da base eleitoral – todos os cidadãos são eleitores –, e a consequente introdução do princípio pelo qual todas as classes sociais tornaram-se classe política. Nasce o Estado pluriclasse, como tipo de Estado novo, integrado por quase todos os países importantes da terra". GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia.** Milão: Ed. Il Mulino, 1995. p. 31-32.

43 Segundo Modesto Carvalhosa, neste período o Estado passa a se utilizar de técnicas de direito público e de direito

ideológicas, pois parte do pensamento de esquerda via a estatização de empresas como uma etapa do seu desejado processo de socialização,[44] centrando-se na prestação de serviços públicos econômicos e em atividades consideradas estratégicas, como energia elétrica, telecomunicações, aviação e indústria de base.[45]

No Brasil, porém, a grande expansão das empresas estatais ainda estava por vir. Ao final da década de 1960 e ao longo da década de 1970 houve, além de um crescimento expressivo, uma diversificação por meio de subsidiárias, surgindo *holdings* empresariais públicas setoriais, que aumentaram o leque das atividades das estatais: no setor de energia, a Eletrobras; a Telebras, nas telecomunicações; na siderurgia, a SIDEBRAS; no petróleo, a Petrobras; e na mineração, a Vale do Rio Doce.[46] Mesmo estatais já existentes, mas de maneira atomizada, foram se transformando em *holdings* públicas, controlando uma série de outras empresas.

Apesar de ao longo das épocas e dos países haver algumas razões comumente invocadas para justificar a atividade empresarial do Estado, como as estratégicas e as de falta de interesse da iniciativa privada, não existe um critério único para identificá-las, tendo em grande parte se dado por razões políticas casuísticas e pragmáticas. "Muitos fatores explicam a escolha de nacionalização de empresas privadas ou o estabelecimento de empresas estatais ou empresas gerenciadas pelos Estados". Algumas vezes "**os motivos para essa escolha são múltiplos, e algumas vezes esses motivos não são claramente definidos ou são até mesmo contraditórios**".[47] Não obstante a indeterminação, TONINELLI indica três razões que historicamente

privado para modificar as relações de mercado – o estabelecimento de empresas públicas e sociedades de economia mista seria um exemplo dessa tendência. CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Direito Econômico.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973. p. 145.

44 A atuação direta do Estado na economia, por meio das empresas estatais, foi fundamental nas economias comunistas e para as democracias sociais do ocidente. "Os programas de estatização eram baseados na crença de que o aumento das propriedades públicas poderia abrir o caminho para uma mudança fundamental na distribuição de poder na sociedade, gerando, assim, um novo equilíbrio socioeconômico baseado na diminuição de poder do capital privado e o crescimento do poder do trabalho". TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World.** New York: Cambridge University Press, 2000. p. 5-6.

45 Em muitos países ocidentais, a era das grandes estatizações aconteceu nas três décadas subsequentes à grande depressão; todavia, no pós-Primeira Guerra Mundial, já se pode observar expressiva intervenção direta do Estado na economia tanto em atividades já existentes como na criação de novas empresas. O maior investimento dos Estados ocorreu nas áreas de comunicação (correio, telégrafo, telefone), petróleo e transporte aéreo. Para mais detalhes sobre essas empresas estatais cf. TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World.** New York: Cambridge University Press, 2000. p. 14-17.

46 BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal As modificações do papel do Estado na economia brasileira. **Pesquisa e Planejamento Econômico.** Rio de Janeiro, IPEA, 3(4):883-972, p. 896-897, dez. 1976.

47 TONINELLI, Pier Angelo. **The rise and fall of state-owned enterprise in the Western World.** New York: Cambridge University Press, 2000. p. 5 – grifamos.

justificaram as empresas estatais: razões políticas ou ideológicas, razões de desenvolvimento social (criação de empregos e desenvolvimento da indústria) e razões de ordem econômica (correção de falhas de mercado).[48]

Contra a estatização comumente é invocada a ineficiência das empresas estatais em relação às suas congêneres privadas, ponto no qual devemos, todavia, evitar maniqueísmos.[49] Apesar dos muitos casos de ineficiência estatal, há exemplos de empresas estatais com resultados positivos, como também há empresas privadas ineficientes.[50] "De outro ângulo, é de se reconhecer que o próprio conceito de eficiência pode gerar controvérsias sobre o sucesso ou fiasco de uma atuação empresarial pública. Pode-se entender que, a despeito de certos prejuízos, há resultados satisfatórios. Veja-se, *e.g.*, o movimento de industrialização no Brasil nos anos 1950, que, dificilmente, teria partido da iniciativa privada, e cujo sucesso deve ser colocado muito além de uma avaliação de eficiência econômica pontual da empresa detida pelo ente público.[51]

A partir da década de 1980 começou a haver um refluxo daquela tendência estatizadora, devido a um crescente déficit público, à derrota do bloco socialista na Guerra Fria, à liberalização de mercados e à globalização.[52] Em todo o Ocidente e no Leste Europeu foram criados programas de desestatização, nos quais foi alienada para a iniciativa privada grande parte das empresas estatais até então existentes, focando-se então o Estado na sua

48 Idem..

49 STIGLITZ, Joseph et al. **The economic role of the state**, (ed. Arnold Heertje), Oxford e Cambridge: Basil Blackwell, 1989, p. 20.

50 "No entanto, o fracasso de uma empresa privada conduzirá à falência, que, por sua vez, estancará o processo de perdas. A empresa detida pelo Estado, no entanto, não se sujeita a essa barreira (cfr. art. 2º, I, da Lei 11.101/2005), correndo-se o risco de que as perdas sejam perduradas no tempo, com prejuízos para o erário e para o desenvolvimento de outras políticas públicas. (...) deve-se reconhecer, com Stiglitz, que apesar de a ineficiência não ser uma realidade presente apenas no setor público, e deixando de lado as dificuldades sobre o próprio conceito de sucesso, as perdas tendem a ser maiores no caso das empresas controladas pelo Poder Público diante dos limites a que as mesmas se sujeitam, e dos incentivos a que seus agentes se submetem. (...)Ainda que se reconheça que possa haver gestão estatal exitosa, ou que a empreitada tem sua razão de ser em função de outros interesses públicos – e.g., justamente, reverter um cenário de crise econômica – deve-se admitir que as empresas detidas pelo Estado são permeadas de fortes incentivos a que se proliferem perdas" (CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pp. 63/4).

51 CYRINO, André Rodrigues. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.** Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 62.

52 Fernando Aguillar dedica um capítulo de sua obra à relação entre direito econômico e globalização, ressaltando que "[a] globalização é um dos frutos da liberalização dos mercados nacionais, de sua abertura ao comércio e aos investimentos internacionais por meio da flexibilização de suas barreiras alfandegárias." O autor ainda ressalta a liberalização é uma "exigência do capitalismo internacional contemporâneo" e que essa nova conjuntura interfere, até mesmo, nos controles tradicionais exercidos pelo Estado sobre a sua economia. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do Direito Nacional ao Direito Supranacional.** 1. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2006. p. 57-58.

atuação indireta, regulatória, sobre a economia, sobretudo no que toca às atividades delegadas ou transferidas à iniciativa privada.[53]

Foi o advento do chamado "Estado Regulador", em contraposição ao "Estado Empresário" anterior, que fez com que a doutrina administrativista, da qual não constituímos exceção, se focasse, nos anos que seguiram, na análise dos institutos jurídicos típicos da regulação, como as agências reguladoras, as concessões de serviços públicos etc.,[54] ficando em segundo plano a produção bibliográfica sobre institutos mais clássicos do Direito Administrativo, como atos administrativos e servidores públicos, e outros relativamente menos antigos, como os instrumentos da atuação direta do Estado na economia.

Em relação às empresas estatais, o grosso da produção administrativista se deu nas décadas de 1950 a 1970,[55] momento, como vimos, de sua maior expansão, e apenas bem recentemente estão sendo retomadas reflexões relevantes sobre o tema.[56]

Na verdade, as visões do Estado apenas como "Estado empresário" ou apenas como "Estado regulador" seriam equivocadas: quando da expansão

53 VASCONCELOS, Jorge. O Estado Regulador. In: **A Regulação em Portugal.** Lisboa: Entidade Reguladora do Setor Elétrico, 2000. p. 176. O Programa Nacional de Desestatização foi promovido, por meio do Governo Federal, como instrumento de política pública pautado na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, a qual foi sucedida pela Lei nº 9.491, de 10 de setembro de 1997. Conforme Egon Bockmann Moreira, a legislação do PND brasileiro abrange "tanto o tipo de empreendimentos que podem ser desestatizados como as respectivas formas operacionais e a competência da comissão diretora do programa, autorizando-a a definir administrativamente quais empresas estatais serão alienadas à iniciativa privada". MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público.** A inteligência da Parte Geral da Lei 8.987/1995. Curitiba: Edição do autor, 2010. p. 19.

54 *Verbi gratia*, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

55 V.g., PINTO, Bilac. O Declínio das Sociedades de Economia Mista e o Advento das Modernas Empresas Públicas. **RDA**, Rio de Janeiro, v. 32, 1954; PINTO, Bilac. Justificação ao Projeto 3.945-53, que transforma o Banco do Brasil em empresa pública. **Revista Forense,** nº 151, p. 550-558, jan./fev. 1954; PINTO, Roger. A empresa pública autônoma de caráter econômico, industrial ou comercial em direito comparado. **Revista de Direito Público e Ciência Política,** v. 2 (2), p. 240-262, jul./dez. 1959; LAMY FILHO, Alfredo. A Empresa pública e de Economia Mista. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, v. 7 (2), p. 5-72, maio/ago. 1964; VALADÃO, Haroldo. Atividades industriais e comerciais do Poder Público na forma do Direito Privado. **Revista dos Tribunais**, 252, p. 51-62, out. 1956; CRETELLA JUNIOR, José. **Empresa Pública**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1973; TACITO, Caio. Controle das Empresas do Estado (Públicas e Mistas). **Revista de Direito Administrativo**, 111, p. 1-9, jan./mar. 1973; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973.

56 GUEDES, Filipe Machado. As empresas estatais e o direito societário. **REDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo.** Rio de Janeiro. l. 3, nov.-dez. 2013; FILHO, Marçal Justen. As empresas privadas com participação estatal minoritária. **REDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Revista dos Tribunais, v. 2, set./out. 2013; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestatais aplicada às prorrogações de concessões de energia elétrica. **RDA**. Rio de Janeiro, 262, p. 263-296, jan./abr. 2013; SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado e Empresas Estatais: a Participação Privada nas Empresas Estatais. In: **Direito Administrativo Econômico**. 1. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. p. 264-285; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal.** Função econômica e dilemas societários. São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

das atividades empresárias do Estado ele também exercia numerosas e relevantes competências regulatórias, como, mesmo durante a desestatização e criação das agências reguladoras, o Estado continuou a ter grandes empresas estatais, inclusive em setores bastante importantes como correios, petróleo e energia elétrica.

Nesse ponto, faz-se referência a DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem a atuação do Estado como agente econômico empresarial, no pós-desestatização, continuou existindo, dando-se por meio de uma intervenção tendencialmente concorrencial no domínio econômico.57

Com a crise econômica de 2008, também chamada de crise do *subprime*, em parte causada por uma excessiva liberalização de mercados financeiros,[58] houve um certo retorno do pêndulo da atuação econômica do Estado na economia,[59] com o investimento e o apoio estatal se tornando essenciais para evitar uma catástrofe econômica ainda maior.[60] A doutrina europeia destaca que "o consenso (formado na década de 1980 quanto às políticas de privatização) não está mais claro, como consequência da desilusão com alguns dos resultados da privatização da infraestrutura e de setores industriais relaciona-

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 527.

58 Como já de conhecimento geral, gargalos no setor dos créditos de risco de hipoteca (subprime mortgage) e a falência do tradicional Banco Lehman Brothers levaram o pânico ao sistema financeiro mundial com quebras ou possíveis quebras de uma série de outras instituições ao longo do globo, reação em cadeia essa que só não foi bem maior em virtude da atuação do Estado. Os EUA editaram o "Emergency Economic Stabilization Act of 2008" (EESA), autorizando que o Governo gastasse até 700 bilhões de dólares com esse objetivo, passando com isso a ser sócio relevante ou até mesmo controlador de diversas empresas, tais como a General Motors (GM) e o Citigroup. O Reino Unido implantou o Strategic Investment Fund com similares objetivos. KAHAN, Marcel; ROCK, Edward B. When the Government is the Controlling Shareholder. **Texas Law Review**, v. 89:1293, p. 1308-1309, 2011. Para maior aprofundamento, GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). **European Business Law Review**, v. 21, nº 4, 2010); e STIGLITZ, Joseph. Freefall: **America, Free Markets and the Sinking of the World Economy.** New York: W.W. Norton & Company, January, 2010.

59 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, nº 3, jul./set. 1989. No Direito Público Econômico, de maneira mais restrita, Caio Tácito também identifica o mesmo movimento periódico de alternância, uma "dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição". TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista Forense**, ano 92, 334, p. 18, abr./jun.1996 .

60 "Governo britânico nacionaliza parcialmente os bancos para conter crise". Notícia disponível em: http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/10/08/ult1767u130540.jhtm. Acesso em 25.11.2008. No Brasil, a Medida Provisória n. 443, de 21 de outubro de 2008, previu instrumento semelhante: "Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no art. 10, inciso X, daquela Lei. (grifos nossos). § 1º Para a aquisição prevista no *caput*, o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal poderão contratar empresas avaliadoras especializadas, mediante procedimento de consulta simplificada de preços, na forma do regulamento, observada sempre a compatibilidade de preços com o mercado. (...) Art. 3º A realização dos negócios jurídicos mencionados nos arts. 1º e 2º poderá ocorrer por meio de incorporação societária, incorporação de ações, aquisição e alienação de controle acionário, bem como qualquer outra forma de aquisição de ações ou participações societárias previstas em lei".

dos e, principalmente, das recentes e fortes falhas do mercado seguidas por uma série de resgates estatais durante a recessão de 2008-2010".[61]

Alguns pensadores, sobretudo após a crise de 2008, vêm sustentando estarmos, apesar das variações de país a país,[62] em um momento de retorno do pêndulo da relação Estado/Direto-Economia/Mercado, com o aumento da participação do Estado na economia como agente do mercado, tudo, no entanto, em uma nova conjuntura.

IAN BREMMER, por exemplo, trazendo dados sobre a grande presença do Estado na economia nas últimas décadas, presença esta que teria sido apenas mitigada durante os processos de privatização das décadas de 1980/1990,[63] se refere ao atual momento como de advento de um "Capitalismo de Estado",[64] enumerando as seguintes fases até o momento de aparente ápice: 1º) o poder econômico e geopolítico adquirido pelos Estados produtores de hidrocarbonetos, a partir da crise do petróleo de 1973;[65] 2º) a ascensão de governos com uma visão estadocêntrica da sociedade; 3º) a adoção do capitalismo pelos países do leste europeu, que mantiveram grande poder direto (através de estatais) ou indireto (através de mecanismos societários ou de subsídios) sobre a economia, mas agora com forte influência sobre o capitalismo globalizado, o qual passaram a integrar; 4º) com a crise de 2008/2009, o aumento da regulação e fomento estatais, com apoio aos chamados "campeões nacionais" (grandes empresas nacionais, geralmente exportadoras),[66] e até mesmo a estatização de companhias através da assunção pelo Estado do controle de empresas que estavam em vias de quebrar (ex., algumas instituições financeiras e a General Motors nos EUA[67]).

61 AMATORI, Franco; MILLWARD, Robert; TONINELLI, Pier Angelo. **Reappraising State-owned Enterprise.** New York – London: Routledge, 2011, p. 03.

62 BLACK, Julia. Learning from Regulatory Disasters (November 6, 2014). **LSE – Legal Studies Working Paper** N. 24/2014. p. 8.

63 No Brasil, por exemplo, o Estado detém 40% do mercado bancário, da produção de petróleo e de 70% da geração de energia. LEITÃO, Mirian; ZANELLI, Leonardo. Capitalismo estatal. **O Globo** (2009) – Link: http://oglobo.globo.com/economia/miriam/posts/2009/05/03/capitalismo-estatal-182005.asp, último acesso: 09/01/2015.

64 BREMMER, Ian. State Capitalism Comes of Age. The End of the Free Market?. **Foreign Affairs**, v. 88, nº 3, maio/jun. 2009.

65 As empresas estatais controlam mais de três quartos das reservas de petróleo conhecidas no planeta. New masters of the universe. Revista "The Economist". Publicado na edição de 21-27 de jan. 2012, Special Report, p. 6.

66 RIGOLON, Francisco José Zagari. **A retomada do crescimento e o papel do BNDES.** BNDES, maio 1996; 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.

67 Sobre as empresas controladas pelo Estado nos EUA após a crise de 2008, ver KAHAN, Marcel; ROCK, Edward B. When the Government is the Controlling Shareholder. **Texas Law Review,** v. 89:1293.

Grande parte desse apoio tem se dado através da participação acionária do Estado em empresas privadas, mas ficando com parte minoritária do capital, às vezes acompanhada de *golden shares* (*e.g.*, o apoio dado pelo Governo francês à indústria de automóveis, mas obtendo em troca inclusive *golden share* para evitar que ela transfira suas fábricas para outros países).[68]

Segundo DANI RODRIK, os governos, as empresas estatais e a atuação direta do Estado na economia têm papel importante a desempenhar, estimulando o desenvolvimento econômico e possibilitando que os mercados funcionem bem.[69] As visões econômicas, a respeito da atuação do Estado na economia, são muito polarizadas.

O termo adotado por IAN BREMMER, como visto acima e em voga em vários círculos,[70] "capitalismo de Estado"[71], é um pouco exagerado, pelo menos nos países ocidentais, que apenas aumentaram a sua atuação na economia. O que vemos é mais um momento do eterno movimento pendular do Estado em relação à economia, lembrando que, tanto em momentos liberalizantes como em opostos, **o pêndulo volta para o lado anterior, mas em uma posição diferente**. O processo de expansão e contração da atuação estatal na economia acontece de maneira pendular ou cíclica, e **a cada novo ciclo, a forma de atuação do Estado se modifica**.

Isso acontece porque o crescimento econômico não é necessariamente equilibrado e o aumento da presença do Estado pode gerar disfuncionalidades e retração do desenvolvimento econômico. No momento em que o excesso de intervenção estatal começa a gerar consequências demasiadamente nocivas ao crescimento econômico, há uma tendência

68 Sob a mesma perspectiva, em obra cuja parte final do seu título é por si só eloquente, PISANESCHI, Andrea, **Dallo Stato Imprenditore allo Stato Regolatore e Ritorno?**, Ed. Giappichelli, Torino, 2009. O autor, às páginas 161 e seguintes faz interessante observação como o aumento da atuação do Estado na economia para ajudar empresas em crise deve ser mais parcimoniosa para empresas que não sejam de caráter financeiro, já que em relação a elas acabam inevitavelmente havendo critérios discriminatórios em relação a outras empresas também em dificuldade. Já em relação à ajuda do Estado a instituições financeiras o autor é mais complacente, pois o Estado tem o papel de garantidor de "última instância" da moeda.

69 RODRIK, Dani. **One Economics Many Recipes:** Globalization, Institutions and Economic Growth. New Jersey: Princeton University Press, 2007. p. 99-101.

70 SZAMOSSZEGI, Andrew; KYLE, Cole. **An Analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China.** Washington DC: US-China Economic and Security Review Comission.

71 Lazzarinni indica que o termo capitalismo de Estado é relacionado às novas formas de governança, em que o Estado atua conjuntamente com os investidores privados. Ele define mais precisamente o conceito como "ampla influência do governo na economia, seja por possuir participação majoritária ou minoritária em empresas, seja por fornecer crédito subvencionado ou outros privilégios para empresas privadas". Ainda, segundo o autor, nessa nova forma de capitalismo de Estado os governos não mais gerenciam ou possuem as empresas como extensão da burocracia pública. MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. **Reinventing State Capitalism**: Leviathan in Business Brazil and Beyond. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 2.

de reversão do pêndulo, ou seja, de contração da atuação direta do Estado na economia.[72]

BRESSER PEREIRA sintetiza: "(...) a intervenção estatal expande-se e contrai-se ciclicamente, e que **a cada novo ciclo o modo de intervenção muda**".[73]

Por exemplo, o momento liberalizante da desestatização da década de 1980/1990 foi completamente distinto do liberalismo do século XVIII, no qual sequer havia necessidades sociais a serem supridas, considerando não haver nesta época sufrágio universal. Igualmente, **a atuação direta do Estado na economia hoje também se dá de forma bem distinta da que era verificada no Estado intervencionista do pós-guerra (*welfare state*). A atuação direta do Estado na economia contemporânea ocorre em um contexto globalizado e com exigências de eficiência anteriormente inexistentes ou não tão intensas**.

EGON BOCKMANN MOREIRA pronuncia que a ideia de um único pêndulo e seu movimento oscilatório deve ser superada. A realidade do Direito Público Econômico, na verdade, comportaria uma multiplicidade de pêndulos simultâneos, a depender do setor da economia que se toma como referencial, que "tendem a nunca parar".[74]

Se sempre existiu atuação direta empresarial do Estado na economia, essa atuação hoje se dá, como é da substância da história, em um novo contexto, que exige novas estratégias e novos instrumentos de ação empresarial estatal. Não é concebível hoje, por exemplo, uma grande estatal sem perspectiva de atuação internacional e de parcerias com agentes particulares, valendo-se de mecanismos privados para aumentar a sua eficiência, como a abertura do seu capital em níveis que lhe demandam requisitos de governança mais rígidos.[75]

72 No período de expansão, há um crescente papel do Estado na coordenação da atuação dos agentes econômicos, nas decisões alocativas de recursos e na distribuição de renda. Contudo, depois de um tempo, a economia começa a ficar disfuncional. A atuação do Poder Público passa a ser um entrave ao invés de um estímulo e se verificam sucessivos e significativos déficits públicos. Nesse momento, é hora de o Estado contrair-se, buscando a desregulação e a privatização, tendo por fim a obtenção de um equilíbrio na relação entre mercado e intervenção estatal. Tal equilíbrio "irá necessariamente variar no curso da história e de acordo com o caráter cíclico e em permanente transformação da intervenção do Estado na economia" PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, nº 3, jul./set. 1989.

73 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. **Revista de Economia Política**, v. 9, nº 3, p. 7, jul./set. 1989 – grifamos.

74 MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia.** Belo Horizonte: Ed. Fórum, ano 11, nº 44, p. 110, out./dez. 2013.

75 A articulação do capital privado nas empresas estatais varia segundo o modelo de participação do governo. Novas formas de interação de capital privado e público são implementadas para o aumento da eficiência das empresas. Nos exemplos de participação estatal majoritária, como o caso do Agricultural Bank of China, o Estado é ainda o maior acionista, mas a empresa é regida por regras que viabilizam a participação de investidores privados. O governo também pode lançar

Independentemente do movimento pendular pós-crise de 2008, o próprio processo de desestatização foi acompanhado de choques de gestão no aparelho estatal, inclusive nas estatais; o próprio rumo da história, desde a década de 1990, faria com que as empresas do Estado evoluíssem no sentido de uma maior eficiência e lógica de mercado.

Hoje, aliás, já estamos em pleno momento de um novo movimento do pêndulo da relação do Estado com a economia, com déficits fiscais que estão levando o Estado a alienar participações em empresas ou a, pelo menos, não adquiri-las mais. A tudo isso se acresce o desgaste ou derrota eleitoral de governos latino-americanos de viés mais intervencionista, bem como o esgotamento das medidas intervencionistas tomadas em países do capitalismo mais avançado durante a crise de 2008, mas que agora já cumpriram sua função, tendo o Estado retornado para o mercado uma série de participações então adquiridas.

Até pela hiperaceleração do tempo inerente à pós-modernidade, também chamada de compressão espaço-temporal, é possível que o movimento pendular da relação do Estado com a economia, que antes variava por um espaço de duas ou mais décadas, esteja variando por lapsos temporais mais curtos, ou que, talvez, esteja havendo até mesmo a fusão desses diferentes movimentos, que deixariam de ser sucessivos, ainda que por espaços de tempo menores, para passarem a ser paradoxalmente concomitantes.[76]

De toda sorte, independentemente de em determinado momento termos mais ou menos atuação direta do Estado na economia, o fato é que a globalização e as dela derivadas desestatização e liberalização dos mercados colocaram as estatais em um novo contexto extremamente modificado, passando a conviver em um mercado com concorrentes, inclusive internacionais, concorrentes estes que muitas vezes também se tornam parceiros para facilitar a sua expansão e mitigar a assunção de riscos.

Essas circunstâncias, independentemente de movimentos pendulares episódicos, prevalecerão pelo menos no médio prazo, uma vez que pelo

---

as empresas estatais na bolsa de valores de modo a continuar com o controle e atrair investidores privados minoritários. Nos modelos de participação minoritária do Estado, há maior renúncia do controle estatal em suas empresas, embora haja ampla previsão de empréstimos realizados por bancos de desenvolvimento ou instituições financeiras públicas às empresas privadas. A respeito, MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. **Reinventing State Capitalism:** Leviathan in Business Brazil and Beyond. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 2, 8,9.

76 Não é o caso de nessa oportunidade nos aprofundarmos nas discussões sobre a pós-modernidade. Mas para os autores que a defendem está havendo uma fusão entre passado, presente e futuro, que se unem e formam um presente contínuo, com o futuro nele permanentemente se introduzindo. Hoje todo o sistema econômico acaba "introduzindo o tempo futuro no tempo presente de maneiras estarrecedoras". HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154.

menos por enquanto não há no horizonte histórico sinal de um possível retrocesso substancial na globalização dos mercados.

Todos esses fatores, associados ao mencionado relativo vácuo bibliográfico das últimas décadas, agravado pela recente edição do Estatuto das Estatais – Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 –, demonstram a necessidade de a atuação direta do Estado na economia e das estatais ser objeto de novas abordagens, devendo todas as regras a elas pertinentes, das mais vetustas às do Estatuto, ser interpretadas e aplicadas evolutivamente.[77]

A realidade econômica e a prática institucional brasileira fizeram com que novas estratégias de atuação das empresas estatais se impusessem empiricamente, sem maiores reflexões doutrinárias prévias. Nesse contexto, enquanto se pode simplesmente considerá-las, pelos padrões tradicionais do direito administrativo, ilegítimas, poder-se-ia também admiti-las acriticamente por um imperativo prático. Em ambas as alternativas algumas dessas novas estratégias ficariam em estado de semianomia, em um limbo jurídico[78]

O Estatuto das Estatais de 2016, tratando exaustivamente de temas fulcrais – como o próprio conceito destas, sua governança corporativa, requisitos da inserção de preocupações de interesse público em suas atividades, suas licitações e contratos –, demanda um esforço de atualização considerável. E isso não se deve tanto ao fato de o Estatuto ser um novo diploma legislativo, com quase cem artigos, ou de a legislação anterior datar de décadas atrás. Esses são fatores relevantes, mas o mais forte deles

77 A interpretação evolutiva consiste na atribuição de novos conteúdos à norma legal, sem que o seu texto seja modificado. A necessidade de atribuição de novos sentidos às normas deriva da transformação dos fatos sociais, insuscetíveis de previsão pelo Poder Legislativo (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 282-283). Na doutrina nacional, o tema de interpretação evolutiva é mesmo abordado principalmente no âmbito do direito constitucional, em razão do caráter rígido da Constituição Federal. Na hermenêutica constitucional, o método de interpretação evolutiva pode possibilitar a mutação constitucional, que "consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem a observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito". BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2013, p. 148-149. A respeito do tema, ver também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Para mais detalhes sobre interpretação evolutiva e mutação constitucional, o clássico JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución.** Tradução espanhola de Christian Förster, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15-35.

78 Não desconhecemos, naturalmente, o papel que os princípios podem e devem ter em temas novos para lhes dar alguma disciplina, mas, sobretudo em temas tão concretos, como a participação minoritária de estatais, o exercício das suas atividades fora do território do ente federativo que as instituiu etc. há de se ter bastante cautela. Sobre problemas relacionados ao uso frequente e desparametrizado de princípios, sobretudo no âmbito do direito administrativo, SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2012., p. 205-229.

é que o Estatuto das Estatais contém normas materialmente mais modernas, algumas delas exigindo mesmo uma mudança cultural em relação às estatais.[79] ❖

79 A atividade de delimitação do sentido de dispositivos legais e construção de conceitos e teorias voltados à orientação dessa tarefa é crucial para a adequada disciplina dos fenômenos jurídicos, cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson S. Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 249. A atividade hermenêutica desempenha um papel fundamental para o desenvolvimento do direito ao longo do tempo, mesmo sem a alteração de regras legais ou constitucionais, já que almeja adequar o sentido da legislação à realidade na qual deve ser aplicada, especialmente se se considera que "[t]oda a interpretação da lei está, até certo ponto, condicionada pela época." LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 443.