XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

RENATA SOARES BONAVIDES

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Felipe Chiarello de Souza Pinto; Renata Soares Bonavides; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-640-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro do Grupo de Trabalho "Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação Local" do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador, cujo tema foi: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Evento realizado nos dias 13 a 15 de junho de 2018, na Capital do Estado da Bahia, antiga capital do Brasil colonial, que contou com a participação de brilhantes juristas e pesquisadores do Direito.

No Grupo de Trabalho produziu-se esta obra que reúne temas relevantes relacionados ao tema proposto e como o Brasil tem buscado se destacar diante do cenário econômico atual, que se apresenta de difícil gestão. A presença do Estado ora se mostra fundamental, ora surge como desnecessária em um ambiente de concorrência internacional cuja responsabilidade empresarial está sendo cada vez mais exigida.

Este capítulo contendo preciosos artigos viabiliza a possibilidade de acurada reflexão acerca dos tópicos atuais e desafiadores relacionados ao direito da concorrência e de regulação local. Na acalorada discussão dos artigos apresentados houve pesquisas interdisciplinares de grande magnitude. Observou-se a preocupação dos autores na consulta de obras atualizadas de forma a concluir os trabalhos com a exata dimensão do que efetivamente ocorre no país e como isso impacta em seu relacionamento com o mercado externo.

Reflete a obra o alcance das atuais instituições e como estão lidando com a regulação cada vez mais aperfeiçoada diante da realidade existente. Também enfocou o papel do BNDES e de outras fontes de fomento, necessárias nesta época à economia nacional e fundamental para

A coletânea ora reunida é um convite a uma leitura prazerosa que também se volta a problemas de grande magnitude, tal como a exploração de petróleo off-shore e a legislação anti-corrupção. Assuntos polêmicos e de cardeal importância para se superar as vicissitudes hodiernas que a cada dia exsurgem na realidade nacional.

Nesta ocasião e após o término de trabalhos, de grande profundidade e erudição, os organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a toda a equipe responsável pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, aos juristas que reuniram seus esforços para o envio de artigos para este Grupo de Trabalho e, sobretudo, pelo comprometimento e profundidade comprovados nas pesquisas realizadas e na confecção dos artigos selecionados e que comprovam a seriedade dos seus autores.

Diante do que se expõe, convida-se a uma leitura profunda e informativa acerca das transformações na ordem social e econômica e da regulação local que se apresenta nesta coletânea de forma séria e comprometida. Representado o maior evento de pesquisa jurídica do Brasil, o CONPEDI oportunizou a esses juristas a apresentação de suas idéias e estudos de forma aberta e democrática.

Junho de 2018.

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – UPM

Profa. Dra. Renata Soares Bonavides - UNISANTOS

Prof. Dr. Rogério Luiz Nery da Silva - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

BNDES COMO MECANISMO INTERVENTOR NA ECONOMIA BRASILEIRA

BNDES AS AN INTERVENTIONAL MECHANISM IN THE BRAZILIAN ECONOMY

Ana Luíza Zakur Ayres [1]
Bady Elias Curi Neto [2]

Resumo

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a intervenção do Estado na economia, especialmente em relação à atuação do BNDES como órgão de fomento público e acionista. Pretende-se descrever essa participação enquanto agente (estatal) da ordem constitucional econômica brasileira, os seus limites, e analisar criticamente o seu desempenho, tendo como parâmetros a Constituição de 1988 e as modalidades de atuação estatal. Adotar-se-á, como marco teórico o quadro conceitual de instrumentos de interferência do Estado na economia para facilitar a análise do tipo de intervenção realizada pelo BNDES.

Palavras-chave: Intervenção, Estado, Economia, Constituição da república de 1988, Bndes

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to discuss the state intervention in the economy, especially in relation to the BNDES 'performance as a public and shareholder development agency. It is intended to describe this participation as a (state) agent of the Brazilian economic constitutional order, its limits, and to critically analyze its performance, having as parameters the 1988 Constitution and the modalities of state performance. As a theoretical framework, the conceptual framework of instruments of State interference in the economy will be adopted to facilitate the analysis of the type of intervention carried out by BNDES.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Intervention, State, Economy, Constitution of the republic of 1988, Bndes

INTRODUÇÃO

A intervenção do Estado no domínio econômico, nada mais é do que todo ato ou medida legal que restrinja, condicione ou tenha por fim suprimir a iniciativa privada em determinada área, visando assim, o desenvolvimento nacional e a justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais.

Dentre os motivos determinantes para o surgimento da intervenção estatal na economia, despontam o fracasso do mercado e a necessidade de recriá-lo para assumir determinadas responsabilidades.

Outrossim, a intervenção teve por fim garantir a livre competição e a eliminação da desigualdade.

De tal modo, o Estado passou a atuar em prol da igualdade por meio de uma distribuição justa de renda, e finalmente, a interferir na atividade econômica como empresário, tendo como intuito conseguir mais prontamente metas que demandariam maior tempo pelos particulares.

Essa atuação de Estado empresário foi um modelo econômico que vigorou até início dos anos 90 do século passado. Além de atuar diretamente na economia, centralizava a exploração das atividades de sua titularidade e regulava demasiadamente as relações entre particulares. Não era uma regulação para coibir abuso do poder econômico ou estimular a concorrência. Ao contrário, cuidava-se mais de proteger, artificialmente, os menos eficientes. Assim, os que aventurassem no mercado estavam sujeitos a uma série de controles e limitações impostas pelo Estado. O mercado interno era restrito e o consumidor tinha poucas opções (CORREIA, 2010).

Como esse modelo empresário pressupunha um grande volume de arrecadações, foi necessária uma alta carga tributária. Em razão dos recursos arrecadados à época não terem sido suficientes para sustentar essas prestações, além da agravante pressão inflacionária, o governo optou pela utilização de empresas estatais para tentar controlar a elevação dos preços. Essa distorção de valores acabou por resultar em serviços de baixa qualidade e depreciação de seus ativos (SUNDFELD, 2014).

Nesse contexto, houve a queda desse modelo e a transição para o Estado regulador, que deixa a atividade econômica nas mãos do mercado, com atuação restrita à regulação e prevenção de distorções. Assim, o Estado atrai investimentos, e contribui para gerar negócios, empregos, tributos, a partir de regras estáveis, segurança jurídica, e uma correta política macroeconômica.

Essa nova realidade estatal demonstra uma marcante transformação que afeta o direito, já que deixa de prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder para funcionar como instrumento de realização de políticas públicas (GRAU, 1997, p.13).

Ao Estado, até o momento neoconcorrencial ou intervencionista da passagem do século, estava atribuída a função precípua de produzir o direito e segurança. Isso significa que apesar de lhe incumbir a defesa da propriedade, não podia interferir na "ordem natural" da economia (GRAU, 1997, p.14).

Acontece que, com o surgimento dos monopólios, das crises econômicas e dos conflitos capital x trabalho -imperfeições do liberalismo- (VIDIGAL, 1977, p. 14) associados à incapacidade de auto regulação dos mercados, foi necessária uma nova atribuição funcional do Estado (GRAU, 1997, p.15).

O Estado, não mais está voltado apenas ao monopólio da emissão da moeda, na consagração do poder de polícia ou na ampliação dos objetivos dos serviços públicos, mas assume a função de regulador da economia (GRAU, 1997, p.19). Assim, atua como implementador de políticas públicas e desenvolve as suas funções de integração, modernização e legitimação capitalista (GRAU, 1997, p.28).

Nesse sentido, o Estado pode intervir diretamente ou de forma indireta. Esta está voltada a disciplinar atividades econômicas da ordem pública ou privada por meio de sua competência legislativa e regulamentar, prevista no art. 174 da Constituição da República de 1988. Entre alguns exemplos dessa intervenção está a regulação, em que o Estado formula políticas públicas para incentivar os particulares a investirem em atividades necessárias ao desenvolvimento econômico e social (JUSTEN FILHO, 2015, p. 680-681). Outra alternativa está na atribuição da competência regulatória a entidades autônomas denominadas agências reguladoras independentes.

Já a intervenção direta está relacionada ao desenvolvimento de atividades econômicas em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva -o serviço público, que se refere à satisfação dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2015, p. 682).

Como visto, são várias as formas que o Estado intervém na economia; pode atuar diretamente no mercado, regular as atividades produtivas, tributar, oferecer incentivos fiscais que atraem investimentos, coibir monopólios, limitar os poderes dos atores institucionais.

Por meio dessa junção do Estado com a economia, a ordem política acaba por também estar voltada a suprir inoperacionalidades e garantir a realização de determinadas metas desejadas pela sociedade, por meio da política econômica.

Nesse contexto, e como um dos exemplos de intervenção direta do Estado na economia, está o objeto de estudo do presente artigo que é o BNDES. Esse é uma empresa pública federal criada em 1952, pela Lei nº 1.628, como autarquia federal, para ser o órgão formulador e executor da política nacional de desenvolvimento econômico. Revela-se como um arranjo público e jurídico institucional que intervém na mobilização financeira e no direcionamento do crédito, destacando a sua atuação no financiamento de longo prazo da economia.

Com o intuito de garantir o funcionamento eficiente dos mercados, o BNDES também se apresenta como um acionista de empresas; participação essa que gera controvérsias inclusive quanto à sua constitucionalidade. Isso porque a previsão constitucional do art. 173 admite a exploração direta, pelo Estado, de atividade econômica em dois casos; (i) quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou (ii) diante de relevante interesse coletivo, não estando incluída nesses a atuação ora discutida do BNDES.

Embora não esteja inserido nessas hipóteses, o BNDES atua diretamente na economia, além de intervir politicamente, devido ao inevitável controle do comando das empresas das quais se faz acionista.

Há quem defenda que apesar de não ter sido introduzida literalmente no texto da Constituição, a intervenção direta do BNDES deve ser permitida em razão da sua relação com a promoção do desenvolvimento, que foi escolhida inclusive como um dos valores supremos enumerados no preâmbulo e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Nesta medida, a realização do desenvolvimento não pode prescindir de meios e recursos financeiros que incluem tanto a concessão de créditos ou financiamentos diretos, quanto a aquisição de participações societárias. Por meio dessas atuações, são impulsionados projetos capazes de potencializar reformas sociais e econômicas necessárias ao crescimento do país.

Adotar-se-á, como marco teórico do atual trabalho o quadro conceitual de instrumentos de interferência do Estado na economia de Marçal Justen Filho para facilitar a análise do tipo de intervenção realizada pelo BNDES. Foram exploradas várias pesquisas com foco na intervenção do Estado na economia.

Antes de discutir essa atuação, vale introduzir apresentando a dimensão econômica da Constituição da República de 1988.

2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988; DIRIGISMO ECONÔMICO CONSTITUCIONAL

Inicialmente é importante mencionar algumas noções sobre "ordem econômica" e "Constituição econômica".

Para Eros Roberto Grau, a ordem econômica, ainda que se oponha à ordem jurídica, é usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social (GRAU, 2004, p. 51).

André Ramos Tavares que também concebe a ordem econômica como uma ordem jurídica da economia, a define como sendo "a expressão de certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico" (TAVARES, 2006, p. 81).

Temos assim que, "a ordem econômica constitucional seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada" (TAVARES, 2006, p. 83).

Analisando a ordem econômica e financeira estruturada na Constituição da República de 1988 disposta no Título VII, que compreende os artigos 170 a 192, entende-se que o texto constitucional faz menção a um conjunto de regras e princípios que englobam a normatização tanto da atividade econômica, quanto da financeira, que concedem suporte e condições de alcançar as suas finalidades maiores.

José Afonso da Silva afirma que a ordem econômica, consubstanciada em nossa Constituição vigente é uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na livre iniciativa (SILVA, 2001, p. 764). Por outro lado, Raul Machado Horta afirma que o texto constitucional na ordem econômica está "impregnado de princípios e soluções contraditórias. Ora reflete um rumo do capitalismo liberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido de intervencionismo sistemático e do dirigismo planificador, com elementos socializadores" (HORTA *apud* MORAES, 2008, p. 796).

Já no primeiro capítulo do título que trata da ordem econômica e financeira, estão previstos os princípios gerais da atividade econômica. O primeiro artigo do assunto indica que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Isto significa que a existência digna e a justiça social compreendem as finalidades maiores da ordem econômica, como expressão de um regime que não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (SILVA, 2006, p. 710).

Assim, a ordem econômica, deve ser compreendida como um dos principais instrumentos para a realização da dignidade humana, estruturada e dinamizada de forma a maximizar o seu potencial para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, especialmente a promoção da existência digna de que todos os brasileiros devem gozar (GRAU, 2000, p. 222).

Portanto, o Estado está autorizado a intervir na economia para, por exemplo, tentar coibir abusos do poder econômico, tais como dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros (ABREU, 2008), e para implementar políticas públicas que visem tanto a manutenção, quanto a condução do sistema (FORGIONI, 2010, p.39).

Consequentemente, em sua ação intervencionista, o Estado acaba atingindo liberdades dos agentes econômicos, o que poderia ser visto como uma lesão aos princípios constitucionais da livre iniciativa e concorrência. Porém, tal compreensão é apenas aparente, visto que nenhuma liberdade é absoluta no contexto da Constituição da República de 1988.

3 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA BRASILEIRA

A intervenção do Estado na economia ocorreu em diferentes contextos históricos.

Na Idade Média, o intervencionismo foi experimentado no mercantilismo, tendo o Estado assumido à época uma "índole comercialista- industrialista", com o objetivo de assegurar estrutura e estratégia à expansão das navegações e conquistas de novos mercados" (FONSECA, 2009, p.67).

Na Idade Moderna e Contemporânea, depois da instauração do sistema capitalista, o processo intervencionista do Estado ocorria apenas de forma ocasional, no auge das distorções consequentes do capitalismo, que estavam relacionadas à assimetria de forças econômicas, em situações de monopólios, oligopólios e supressão da concorrência (FONSECA, 2009, p.67).

À época do Estado Liberal, a intervenção estatal era mínima na economia, sendo essa guiada pelos mecanismos do próprio mercado. Acreditava-se que as ações individuais seriam capazes de, por meio da competitividade e defesa de interesses, produzir o bem-estar social e

o auto equilíbrio. O objetivo era investir na produção máxima e no crescimento da economia, sendo desnecessária a intromissão do Estado (BRUE, 2011, p. 70).

Acontece que, as sucessivas crises do capitalismo, as frequentes falhas do mercado, a concentração do poder econômico e a vultuosa desigualdade entre as nações, fizeram com que tornasse necessária a ampliação da ação estatal no domínio econômico.

Nesse contexto, o Estado, ao invés de ser apenas um instrumento de garantia formal do cidadão frente aos abusos de autoridade, passou a assumir uma posição de interferência na vida econômica e social e a se preocupar com os trabalhadores assalariados e com a proteção da sociedade. Inspirava-se em um modelo que fosse capaz de maximizar o bem-estar social, conhecido como Estado Social. Esse paradigma foi marcado pelo forte intervencionismo estatal nas atividades econômicas, sendo que o poder público assumiu funções de condutor do desenvolvimento e responsável pela diminuição das distorções do mercado, em busca de amparar aqueles que estavam às margens do progresso econômico (BARROSO, 2005, p. 1).

Posteriormente, a partir do final do século XX, em razão da dificuldade de arrecadação de recursos suficientes para cumprir com todas as prestações idealizadas no Estado Social, surgiu um novo modelo estatal. Esse rompe com a ideia de um Estado protagonista do sistema econômico e passa a enaltecer a participação da iniciativa privada. Nesse contexto, contribui para introduzir competição em setores que antes eram monopolizados, garantir a universalização de serviços públicos essenciais e alterar o modelo da própria Administração Pública, que deixa de ser patrimonialista e passa a ser gerencial (Cadernos MARE da Reforma de Estado, p.41). Isso porque os seus esforços passam a estar voltados à normatização e fiscalização das atividades, que são executadas por outros Órgãos. Essa transição para um Estado regulador, é bem explicada por Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, que assim expõem;

> Foi nesse contexto que houve a transição para um modelo de Estado regulador, responsável por estabelecer as regras do jogo em uma economia de mercado. O novo modelo levou à uma diminuição sensível da participação direta do Estado na Economia, com alienação de diversas empresas estatais e outorga de inúmeras concessões de serviços públicos – com ou sem a manutenção de participação no segmento econômico. Tal mudança foi vista em diversos setores da Economia, como mineração, telecomunicações, energia elétrica, petroquímica- dentre outros (SUNDFELD, 2014, p.144).

Atualmente, no Brasil, há algumas formas de intervenção do Estado na economia que são clássicas, a saber; por legislação, por estímulos financeiros/fiscais, por fomento, por

planejamento da atividade econômica e por presença direta na atividade econômica (FONSECA, 2009, p.72).

No primeiro caso, a intervenção do Estado se dá por meio das leis, seja no âmbito das regras gerais ou no nível das normas procedimentais e executórias, exigíveis aos particulares (FONSECA, 2009, p.72).

Há também o poderoso instrumento interventivo que se origina dos tributos, podendo ter como objetivo diversos efeitos na "distribuição de rendas, proteção dos mercados, indução de projetos de desenvolvimento", além da possibilidade de financiar negócios particulares baseados em suas prioridades de política econômica (FONSECA, 2009, p.72).

Ainda há a intervenção por fomento que está voltada a prover bases ou infraestrutura a fim de permitir que o particular empreenda a sua ação criadora e transformadora com o apoio do Estado (FONSECA, 2009, p.72).

Além dessas, há a intervenção por planejamento da atividade econômica, que se refere aos planos de desenvolvimento e políticas públicas, bem como os seus respectivos instrumentos jurídicos de ação (SCHAPIRO, 2009, p. 13).

Por último, tem-se a atuação direta do Estado na atividade econômica, que se dá "por meio de uma entidade administrativa de atividades de natureza econômica, em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva" (JUSTEN FILHO, 2015, p. 682).

Conforme explica Marçal Justen Filho, essa intervenção direta comporta duas vertentes fundamentais; serviço público ou atividade econômica propriamente dita.

O serviço público existe quando uma atividade econômica é necessária de forma direta e imediata à satisfação de direitos fundamentais, que não podem ser promovidos por meio da atuação de mercado dos próprios particulares. Por isso, atribui-se ao Estado a titularidade dessa atividade e a submete ao regime de direito público, o que acarreta a não aplicação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência, tendo sido a matéria disciplinada pelo art. 175 da Constituição da República de 1988 (JUSTEN FILHO, 2015, p. 682).

Já a atividade econômica propriamente dita não está relacionada à satisfação de direitos fundamentais. Inclusive, admite duas modalidades; ou o Estado atua em competição com a iniciativa privada – regra estabelecida no art. 173, *caput* e §1º da CR/88 -, ou sob regime de monopólio – exceção admitida pelo art. 177 da CR/88 - (JUSTEN FILHO, 2015, p. 682).

Verifica-se que a intervenção do Estado na economia possui disposição constitucional expressa nos arts. 173 e 174. No primeiro, há inclusive uma restrição, devendo a exploração direta de atividade econômica ocorrer apenas quando necessária aos imperativos da segurança

nacional ou diante de relevante interesse coletivo. Como complemento, o segundo dispõe que o Estado deve ser um agente normativo e regulador, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este último, determinante para o setor público e indicativo para o privado.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, como dito alhures, as instituições sofreram reformas em seus arranjos, contemplando a transferência à iniciativa privada de muitas empresas que eram comandadas pelo poder público - plano nacional de desestatização (PND)-. Nesse contexto, o Estado assumiu o papel de agente normativo e regulador (CHAVES; DALCASTEL, 2014).

Ocorre que, em movimento reverso, por meio do BNDES, o Estado brasileiro também acabou por intensificar a aquisição de participações societárias em companhias privadas e empresas estatais, o que fez com que se destinasse à exploração de atividade econômica em sentido estrito, representando interferência direta na economia (CHAVES; DALCASTEL, 2014).

Na verdade, como bem explica SCHAPIRO, o BNDES possui atribuições convergentes de intervenção direta e indireta na economia. No primeiro caso, age de modo supletivo, de forma a mitigar a carência do investidor privado por meio do direcionamento de crédito, provendo recursos para empresas emergentes e projetos de inovação. Já no segundo, intervém de forma indireta ao induzir a organização de um mercado de capital de risco no país. Isso porque além de constituir parcerias com outros investidores privados, o Banco tem assumido uma função importante de organizador institucional do setor. Dessa forma, o BNDES tem introduzido inovações jurídicas, que depois acabam por ser aproveitadas pelos demais atores do mercado de capitais (SCHAPIRO, 2009, p.209).

Tendo em vista essas diversificadas funções e sua complexidade, o BNDES tem sido objeto de estudo e sua atuação, fonte de controvérsias. Há quem defenda que a presença do Estado como agente financiador de projetos da iniciativa privada é válida e necessária ao desenvolvimento do país, e outros que entendem que essa atuação fere a disposição constitucional prevista no art. 173 que limita as hipóteses de intervenção estatal.

4 NOVOS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DO BNDES COMO INSTRUMENTO POLÍTICO/ECONÔMICO

Criado como uma empresa pública federal em 1952, pela Lei nº 1.628, o BNDES, então como autarquia federal, tinha o objetivo de ser o órgão de elaboração e execução da

política nacional de desenvolvimento econômico. Hoje em dia é vinculado ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e tem como propósito apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país. Com o objetivo de atuar no mercado de capitais, em 1974 foram constituídas três subsidiárias, a fim de ampliar as formas de capitalização das companhias brasileiras, as quais se fundiram em 1982, resultando na BNDESPAR[1].

O atual estatuto da BNDESPAR, subsidiária integral[2] do BNDES, indica em seu art.4º que seu objeto social é; (i) realizar operações visando a capitalização de empreendimentos controlados por grupos privados, observados os planos e políticas do BNDES; (ii) apoiar empresas que reúnam condições de eficiência econômica, tecnológica e de gestão e, ainda, que apresentem perspectivas adequadas de retorno para o investimento, em condições e prazos compatíveis com o risco e a natureza de sua atividade; (iii) apoiar o desenvolvimento de novos empreendimentos, em cujas atividades se incorporem novas tecnologias; (iv) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, por intermédio do acréscimo de oferta de valores e mobiliários e da democratização da propriedade do capital de empresas, e (v) administrar carteira de valores mobiliários, próprios e de terceiros[3].

Por uma análise detida de seus últimos demonstrativos, especialmente referentes ao exercício de 2013, certifica-se que há duas espécies de participação do BNDESPAR; (i) em sociedades coligadas[4]; (ii) em sociedades não coligadas. Aquelas são sociedades "sobre as quais a BNDESPAR exerce influência significativa", e estas sobre as quais "não existe influência". Nos mesmos demonstrativos financeiros, consta que "os componentes da carteira de participações societárias da BNDESPAR são decorrentes de operações de apoio financeiro do Sistema BNDES, cujo foco em geral corresponde à perspectiva de longo prazo".

---

[1] BNDES: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; BNDESPAR:BNDES Participações S/A.

[2] Sociedade sob o controle acionário exclusivo do BNDES. O BNDES conta também com outra subsidiária integral, a FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial), cujo objetivo não se confunde com o da BNDESPAR e, portanto, não será abordada neste trabalho.

[3] O apoio financeiro de que trata o estatuto social consistirá nas seguintes formas de colaboração: i) subscrição e integralização de valores mobiliários e, em se tratando de ações, preferencialmente em proporções minoritárias; ii) garantia de subscrição de ações ou de debêntures conversíveis em ações ou de bônus de subscrição; iii) aquisição e venda de valores mobiliários no mercado secundário; e iv) outras formas de colaboração compatíveis com o objeto social.

[4] Sobre coligadas, importante esclarecer que sua previsão encontra-se no art. 243, §1º da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/76), *in verbis*: "São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa", tendo o Código Civil, em seu art. 1.099 estabelecido que "Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la." Também na doutrina se entende como coligada a sociedade capaz de influenciar na outra de maneira significativa, de tal sorte que, embora a lei não estabeleça uma participação mínima para que isso aconteça, tal fato se evidencia na prática quando uma detém ou pode exercer o poder de intervir nas decisões políticas, financeira ou operacional, da outra, sem efetivamente controlá-la.

Verifica-se ainda que, no total, a participação do BNDESPAR se dava na proporção de 7 (sete) sociedades coligadas e 27 (vinte e sete) não coligadas, alcançando uma posição de acionista direto num total de 35 (trinta e cinco) companhias, em sua maioria privadas.

Curioso observar que a BNDESPAR se tornou acionista em sociedades privadas puras, como AMBEV, BRASKEN, GERDAU e MARFRIG, em companhias privatizadas, tal como VALE, e também em públicas, como, por exemplo, PETROBRAS e CEMIG, comprovando que a participação direta do Estado é bastante significativa, inclusive em companhias que foram objeto do movimento de privatizações.

Desta maneira, tem-se que, na condição de mero financiador ou de investidor, suas participações resultam em intervenção direta. Como ente financiador, se utiliza de empresas públicas e sociedades de economia mista, criando um grande conglomerado do qual obtém o controle externo e interno das companhias das quais passa a pertencer, deixando de ser apenas ou o único sócio ou o majoritário. Já como ente investidor, atua na condição de "estado-empresário"[5], de modo que a BNDESPAR detém parcela representativa de capital social de um total de 35 (trinta e cinco) companhias, privadas ou não, intervindo diretamente na economia.

No entanto, parte dos estudiosos afirma a presença do Estado como agente financeiro no direcionamento de créditos para projetos da iniciativa privada, apontando a fragilidade dos mercados de capitais e de crédito para esta finalidade. Descreve-se que, em países ainda em desenvolvimento, a maior carência de recursos financeiros demanda uma participação mais ativa do poder público como agente financeiro responsável por estimular a economia. Posição esta sustentada por Mário Gomes Schapiro, que defende um arranjo jurídico institucional baseado na intervenção direta do Estado, na mobilização financeira e no direcionamento do crédito, destacando a atuação do BNDES no financiamento de longo prazo da economia (SCHAPIRO, 2010, p. 227);

> A presença do Estado como agente financeiro **tem sido uma característica bastante presente na organização econômica do país.** Em função das falhas apresentadas pelos mercados financeiros nacionais, tanto de capitais como de crédito, seja na captação de recursos, seja na sua alocação para empreendimentos portadores de externalidades positivas para o desenvolvimento, os agentes financeiros públicos têm se responsabilizado pelo estabelecimento de mecanismos compulsórios de poupança e pelo direcionamento do crédito para os projetos corporativos identificados como estratégicos. **O desempenho de atores como o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o BNH e, notadamente, o BNDES, ao longo das últimas décadas, é exemplo deste modo de organização institucional, no qual o Estado exerce um papel proeminente na mediação das relações financeiras.** Desde o início da empreitada industrial até o presente momento, tem cabido ao Estado a maior parte dos financiamentos de longo prazo do

[5] Aquele que se identifica como sendo sócio, investidor, fomentador, controlador etc.

> país, assim como também tem sido sua responsabilidade formar a base financeira (funding) a qual tem dado suporte a essa forma de intervenção. – *destaquei.*

Em contrapartida, há autores que sustentam a importância do estímulo nos investimentos oriundos da iniciativa privada. Entende-se que, "para suprir a sua demanda por financiamento, as grandes empresas necessitam de capitais em busca de investimentos de médio ou longo prazo em valores mobiliários" (KÜMPEL, 2007. p. 22). Segundo o entendimento de Ivan Ribeiro (2007, p. 37).

> A retomada dos investimentos hoje já não pode contar com o aumento do investimento público ou com o afluxo de poupança externa, sendo claro o esgotamento do modelo nacional desenvolvimentista de décadas passadas. É necessário estimular a poupança e o investimento privados. [...]. Um sistema financeiro e um mercado acionário bem desenvolvido são a chave para resolver esses impasses no fomento ao investimento, oferecendo disponibilidade imediata aos investidores e longos prazos para projetos de alto retorno e grande tempo de maturação.

Segundo Sergio Lazzarini e Aldo Musacchio, há um efeito positivo e significativo da participação minoritária do BNDES no desempenho das empresas, aumentando a sua capacidade de realização de investimentos de longo prazo; sugerem que o BNDES é uma boa ferramenta de política pública, mas que é preciso evitar empresas públicas ou privadas associadas a grupos empresariais com má governança corporativa[6]. (LAZZARINI; MUSACCHIO, 2011, p. 35-37). ` Sobre o tema específico da governança, vale destacar (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 2);

> Nos últimos anos, várias empresas estatais realizaram ofertas públicas primárias e secundárias de ações para se transformarem em companhias abertas listadas em bolsa de valores no país e no exterior, ou simplesmente para aumentarem a base acionária já existente. O acesso ao mercado de capitais serviu para justificar a assunção de obrigações adicionais com as chamadas boas práticas de governança corporativa, que buscam essencialmente proteger a empresa estatal contra ingerências políticas do acionista controlador público, capazes de afetar negativamente a rentabilidade das operações.

Em uma visão constitucional, ao referenciar o desenvolvimento já no preâmbulo como um objetivo fundamental, o legislador constituinte alçou ao patamar de valor supremo da sociedade brasileira, corporificando os ideais maiores do corpo social. Deste modo, seu alcance deveria ser perseguido e assegurado pelo Estado. Isto significa que, no caso

---

[6] O acesso ao mercado de capitais serviu para justificar a assunção de obrigações adicionais com as chamadas boas práticas de governança corporativa, que buscam essencialmente proteger a empresa estatal contra ingerências políticas do acionista controlador público, capazes de afetar negativamente a rentabilidade das operações." PINTO JUNIOR, Mario Engler. O Estado como acionista controlador. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, 2009.

brasileiro, o desenvolvimento necessita ser; (i) socialmente inclusivo e melhor distribuído entre as regiões do país, (ii) gerador de empregos cada vez mais qualificados, assim como de renda, qualidade de vida e bem estar.

Deste modo, a realização do desenvolvimento muitas vezes, pode precisar de meios financeiros e recursos capazes de incrementá-lo permanentemente, a partir das alternativas institucionais disponíveis, impondo assim, papéis específicos em busca da sua efetivação, não somente através de concessão de financiamentos diretos, como também a aquisição de participações societárias em companhias privadas, desde que essa atuação ocorra na perspectiva do direcionamento de recursos para impulsionar projetos capazes de potencializar o processo de reformas econômicas e sociais de que o país necessita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão sobre a internacionalização das empresas tem crescido de importância desde o início dos anos 1990, pois a estrutura econômica mundial tem sido crescentemente moldada pela expansão das empresas transnacionais.

No caso do Brasil, por exemplo, até recentemente, os casos bem-sucedidos de internacionalização decorreram da iniciativa das próprias empresas, não sendo o resultado de uma política deliberada do governo de apoio à criação de multinacionais brasileiras.

Atualmente, com a maior interdependência dos mercados mundiais, as empresas de um país não são afetadas apenas pelas condições econômicas domésticas, mas também pela competição internacional.

Devido às sucessivas crises resultantes das falhas de mercado, tornou-se necessária a ampliação da atuação estatal no domínio econômico.

Hoje, o Estado intervém na economia de diversas formas; por meio das leis, da política de tributação, dos planos de desenvolvimento e políticas públicas, dos estímulos financeiros/fiscais e de fomento, e de forma direta, seja por meio da prestação de serviço público ou atividade econômica propriamente dita.

O apoio do BNDES à internacionalização das empresas brasileiras estava restrito, até meados de 2002, aos financiamentos realizados mediante operações de renda variável, nas quais o incentivo aos investimentos no exterior acontecia de forma indireta, já que o aporte de capital nas empresas não guardava destinação específica, mas, antes, envolvia o estabelecimento de uma estratégia de ação para a companhia. Embora a quantidade e o valor

das operações desse tipo tenham sido reduzidos, um volume significativo e crescente de consultas nesse sentido e as discussões travadas entre as empresas interessadas e o Banco demonstraram a necessidade de estudos acerca da possibilidade de criação de uma modalidade específica para esse tipo de financiamento.

O crescimento da carteira de crédito desde 2008 — após o colapso da estrutura financeira norte-americana e seu reflexo sobre a economia mundial — demonstra a importância do BNDES na recuperação da economia brasileira, representando um exemplo para outros países, inclusive os mais desenvolvidos.

O apoio à internacionalização de empresas nacionais favorece ainda uma integração competitiva das companhias brasileiras ao processo de Globalização Produtiva, e pode representa uma oportunidade para que sejam efetuados investimentos estratégicos em projetos de integração regional.

Assim, são reguladas as atividades produtivas, coibidos os monopólios, além de garantidas determinadas metas desejadas pela sociedade, por meio da política econômica.

Deste modo, a ação direta do Estado na economia por meio do BNDES, é justificada como um dos fundamentos do princípio da garantia da aplicação dos meios financeiros necessários ao desenvolvimento, considerado implícito na Constituição de 1988, com repercussão no arranjo institucional nacional, que demonstra implementação do desenvolvimento.

Porém, seu sucesso não pode ser medido somente pelo volume de desembolsos. É preciso avançar no entendimento dos efeitos do BNDES na economia brasileira, em geral, e na taxa de investimento, em particular, bem como da necessidade de certos tipos de intervenções.

É necessário avaliar os instrumentos e programas do BNDES, reforçando aqueles que, de fato, geram benefícios sociais (que certamente existem) e descontinuando aqueles que são meras transferências de renda do contribuinte para alguns empresários privilegiados.

Isso porque os recursos que o BNDES são obtidos pela contribuição compulsória dos agentes econômicos ou dos contribuintes em geral. São recursos obtidos pela tributação da atividade econômica - o que reduz a eficiência e a propensão a investir - usados para subsidiar um grupo de empresas.

REFERÊNCIAS

ALEM, A. C.; CAVALCANTI, C. E. (2005). **O BNDES e o apoio à internacionalização das empresas brasileiras;** algumas reflexões**.** Revista do BNDES, vol. 12 (24); p. 43- 76.

BARROS, Raimundo Gomes de. **Intervenção no Domínio Econômico e a Constituição de 1988.** Repertório de Jurisprudência – 1ª quinzena de junho de 1992 – nº 11/92.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras.** [on line]. Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, nº 01, fevereiro/março/abril de 2005. Disponível em <http;//www.direitodoestado.com.br/revista/redae-1-fevereiro-2005-roberto-barroso.pdf>. Acesso em; 23 jun. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação; **Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do Direito Administrativo ordenador.** Belo Horizonte; Forum, 2006. 380p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em; http;//www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em; 01. jul 2017.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. São Paulo; Cengage Learning, 2011.

BNDES. **O BNDES em números**. Relatório Anual de 2011**.** Disponível em; <http;//www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Hotsites/Relatorio_Anual_2011/ >. Acesso em; 07/06/2017.

CADERNOS MARE da Reforma de Estado – **Caderno 01; A Reforma de Estado nos Anos 90**; Lógica e Mecanismos de Controle, p.41.

CHAVES, V.F.; DALGASTEL, M.B. **Intervenção do estado na economia; reflexões sobre as participações societárias da BNDESPAR.** Argumentum, Vitória (ES), v. 6, n.2, p. 166-181, jul./dez. 2014.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **O fetiche por objetividade como explicação para o êxito da "Análise Econômica do Direito"**. Notícia do direito brasileiro; nova série, n.14, 2007.

CORREIA, Edmundo Pereira. **A intervenção do Estado na Economia.** Monografia (pós graduação lato sensu em Direito Constitucional).Instituto Brasiliense de Direito Público IDP, Brasília, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós Moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2009.

DIAS, A. M.; CAPUTO, A. C.; MARQUES, P. M. (2012). **Motivações e impactos da internacionalização de empresas;** um estudo de múltiplos casos na indústria brasileira. Revista do BNDES, n. 38, p. 139-180.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito administrativo pós-moderno;** novos paradigmas do Direito Administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a Sociedade**.** Belo Horizonte; Mandamentos, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17ª ed. São Paulo; Atlas, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Economia na Democratização Brasileira.** São Paulo; Malheiros, 1993.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico;** evolução e institutos; obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca/ Aline Bertolin; organização Amanda Flávio de Oliveira, Rio de Janeiro; Forense, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade;** Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. Ed. – Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1997.

JÚNIOR DA ROCHA, Luis Clóvis Machado. **Direito e Economia no poder judiciário? Sobre a eficiência na prestação jurisdicional e o consequencialismo econômico.** AJURIS - ESM - Núcleo de Inovações em Administração Judiciária, 2010 (Monografia).

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de direito administrativo**, 11 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo; editora revista dos tribunais, 2015.

NOHARA, Patrícia Irene. **Direito Administrativo.** 6ª Ed. São Paulo;Atlas, 2016.

SADDI, Jairo. **Crédito e Judiciário no Brasil.** Quartier Latin. São Paulo, 2007.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na economia;** persistência e dinâmica na atuação do BNDES em uma economia baseada no conhecimento. São Paulo, 2009. Disponível em; <http;//www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-19022010-152023/pt-br.php>. Acesso em; 21/06/2017.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade no Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos.** Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (organizadores). **Direito da regulação e Políticas Públicas.** São Paulo; Editora Malheiros, 2014.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. Ed. RT, São Paulo, 1977.