

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL II**

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

ROMEU FARIA THOMÉ DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, economia e desenvolvimento sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Marco Antônio César Villatore, Romeu Faria Thomé da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-113-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Economia. 3. Desenvolvimento sustentável. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

A Coordenação do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, sente-se honrada por apresentar essa coletânea de artigos, fruto das pesquisas e dos debates realizados no âmbito do XXIV Congresso do CONPEDI, cujo tema foi Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade.

O evento, realizado na capital das Minas Gerais, desenvolveu suas atividades em três Instituições de Ensino Superior: a Faculdade de Direito da UFMG; a Universidade FUMEC; e a Escola Superior Dom Helder Câmara ESDHC, no período de 11 a 14 de novembro de 2015.

Dentre os inúmeros trabalhos encaminhados, provenientes de todas as regiões do País, vinte e seis artigos foram aprovados e selecionados para compor o presente livro do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II, com temas ligados ao Direito Econômico, ao Direito do Consumidor, ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental.

O CONPEDI, desde 2005, fomenta o debate nas áreas do Direito Econômico em grupos de trabalho específicos, como aqueles voltados para as relações de consumo e desenvolvimento, além de investigar a relação entre Direito Econômico, modernidade e análise econômica do Direito, e temas correlatos. Os debates envolvendo tópicos de Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, já tradicionais nos Congressos do CONPEDI, também foram significativos neste encontro realizado em Belo Horizonte.

Convém, entretanto, registrar uma nota de destaque ao incremento substancial das discussões relativas às normas de proteção ambiental e ao princípio do desenvolvimento sustentável nos últimos eventos do CONPEDI, em especial no grupo de trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II do XXIV Congresso. Esse aprofundamento se deve à crescente preocupação do ser humano com a manutenção do equilíbrio ambiental, refletida em inúmeros Programas de Pós Graduação espalhados pelo Brasil que se propõem à análise do tema, como o Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, uma das instituições anfitriãs do evento. A estreita relação instaurada entre as normas de Direito Econômico e as de Direito

Ambiental, em busca de fomentar não apenas o crescimento, mas o desenvolvimento econômico em harmonia com o bem-estar social e a preservação ambiental, demonstra a absoluta adequação desse grupo de trabalho, que incentiva a pesquisa interdisciplinar, aproximando o Direito, a Economia e o Desenvolvimento Sustentável.

A catástrofe envolvendo as barragens de rejeitos da mineradora Samarco, no município mineiro de Mariana, acontecida às vésperas do XXIV Congresso, com gravíssimas repercussões socioambientais, foi abordada pelos coordenadores e pesquisadores do grupo no início dos trabalhos, que prestaram homenagem às vítimas, além de reforçar a convicção de que o desenvolvimento se encontra inexoravelmente atrelado à proteção do meio ambiente.

As normas jurídicas, já utilizadas como instrumentos vocacionados ao crescimento econômico, devem ser compreendidas, a partir da constitucionalização da proteção do meio ambiente, como instrumentos de viabilização do desenvolvimento econômico sustentável.

A construção do conhecimento, paulatinamente, estrutura-se pelo esforço de docentes, doutorandos e mestrados, que desenvolvem a pesquisa jurídica de maneira independente e comprometida. Nessa perspectiva, os vinte e seis artigos apresentam análise interdisciplinar de temas contemporâneos e, desse modo, ofertam efetiva contribuição para a evolução e consolidação de diversos institutos jurídicos.

Não remanescem dúvidas de que a contribuição acadêmica dos pesquisadores participantes do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II é essencial para movimentar os debates social, econômico, ambiental, político e jurídico, revigorando a participação democrática. Aproveitamos para, mais uma vez, tecer sinceros agradecimentos aos autores e, ainda, registrar nosso propósito de instauração de debates impulsionados pelos trabalhos agora publicados, na expectativa de que o elo Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável se fortifique na corrente do CONPEDI. Convidamos, por fim, a todos, para uma profícua leitura.

Belo Horizonte, 15 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Romeu Faria Thomé da Silva DOM HELDER

Professor Doutor Marco Antônio César Villatore PUCPR/UNINTER/UFSC

Professor Doutor Fernando Gustavo Knoerr - UNICURITIBA

**A EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO
BRASILEIRO: O RELEVANTE INTERESSE COLETIVO E O IMPERATIVO À
SEGURANÇA NACIONAL A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE**

**THE DIRECT UNDERTAKEN OF ECONOMIC ACTIVITY BY THE BRAZILIAN
STATE: THE RELEVANT COLLECTIVE INTEREST AND THE IMPERATIVE TO
NATIONAL SECURITY FROM THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY**

Aulus Luiz Santos de Salles Graça

Resumo

Por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista o Estado pode prestar serviços públicos ou explorar diretamente a atividade econômica. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 fez uma escolha pela economia de mercado. E, por isso, a regra é a de que a exploração da atividade econômica incumbe aos particulares e a prestação de serviços públicos ao Estado, direta ou indiretamente. Para além dos casos expressamente previstos na Constituição, apenas excepcionalmente e por motivos de segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, nos termos da lei, é que pode o Estado intervir diretamente no domínio econômico por meio de suas empresas. O escopo do presente trabalho é analisar a atuação direta do Estado brasileiro na economia por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista. A partir das normas da atual Constituição e de alguns números oficiais e extraoficiais sobre as empresas do Estado, buscar-se-á no princípio da subsidiariedade o critério balizador de uma intervenção ótima.

Palavras-chave: Intervenção do estado no domínio econômico, Empresas públicas, Sociedades de economia mista

Abstract/Resumen/Résumé

Through public enterprises and joint stock/mixed-economy companies the State may provide public services or directly undertake economic activities. However, the actual Constitution made a choice for a free market economy model. Therefore, the rule is that the undertaking of economic activity lies with the private agents and the public services remain with the State. Apart from the cases expressly provided by the Constitution, only exceptionally, and for reasons of national security or to attend the relevant collective interest, according to the severe limits fixed by the ordinary statutes, the State can intervene directly in the economic domain through its companies. The scope of this study is to analyze the direct intervention of the State on the Brazilian economy through public enterprises and joint stock/mixed-economy companies. From the current standards of the Constitution and some official and unofficial numbers on States enterprises, the paper intends to seek on the principle of subsidiarity the main criterion of a great intervention.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State's intervention in the economy, Public enterprises, Mixed economy companies

Introdução

As empresas estatais, assim denominadas por terem o controle societário atribuído a algum dos entes da federação, são pessoas jurídicas de direito privado e integram a Administração Pública Indireta, fruto da descentralização administrativa. Por meio delas o Estado presta serviços públicos ou explora a diretamente a atividade econômica, ao lado dos particulares, em regime de monopólio ou de concorrência. Para serem criadas, as empresas públicas e sociedades de economia mista pressupõem a existência de uma lei específica, nos termos do art. 37, inciso XIX da Constituição Federal. Como é de se imaginar, uma empresa, para funcionar, também precisa de capital social, e no caso das estatais, esse capital é composto precipuamente por dinheiro público.

Frequentemente os noticiários estampam manchetes das empresas do Estado, seja por estarem logrando êxito em seus espaços de atuação, seja por atravessarem momentos difíceis em meio à crise econômica e política (sobretudo pelos recentes escândalos de corrupção envolvendo a PETROBRAS, na Operação Lava Jato) ou por terem sido objeto de aparelhamento por parte de partidos políticos. Nesse contexto, a discussão acerca do papel do Estado no domínio econômico adquire status importante na agenda do debate político. O impasse se verifica quando se trata de delimitar até onde pode ou deve ir a atuação empresarial do Estado. Mais ou menos Estado? De um lado, os defensores de um Estado mínimo, de outro os apoiadores de um Estado máximo.

A proposta do presente trabalho é, portanto, a análise de uma das formas de intervenção do Estado na economia, a intervenção direta por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista. O recorte proposto consiste na compreensão dos limites e das possibilidades das empresas estatais enquanto instrumentos do Estado para a prestação de serviços públicos e para a exploração direta da atividade econômica, a partir do que dispõe a Constituição. Para tanto, as possíveis formas de interação do Estado com a economia serão apresentadas para que, as hipóteses de intervenção direta previstas no art. 173 da Constituição Federal possam ser compreendidas. A partir dessas premissas doutrinárias e normativas, números oficiais e extraoficiais serão analisados para que a dimensão e o impacto da participação estatal na economia sejam expostos. Por fim, utilizar-se-á o princípio da subsidiariedade como critério balizador de uma intervenção estatal ótima.

1 A intervenção do Estado no domínio econômico

Restam superados os argumentos outrora justificadores de uma autoregulação do mercado (NUNES, 2011, p.72). Partindo do pressuposto (e também da constatação) de que as

economias capitalistas são instáveis, Keynes apontou que elas poderiam ser equilibradas mediante políticas de intervenção estatal. Eis aí uma das premissas do denominado Estado de Bem-Estar Social que, no transcorrer do século XX, tomou corpo e resultou na assunção por parte do Estado de diversas funções, a respeito das quais, até então, esteve indiferente. O Estado passou a ser prestador de serviços e também empresário. (JUSTEN FILHO, 2002, p.17).

Washington Peluso Albino de Souza (2003, p.316) adverte que a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, por si só já revela um preconceito liberal, no sentido de pressupor uma atuação onde, em regra, não deveria. Isso porque, num modelo liberal, caberia ao Estado tão somente funções políticas e administrativas, mas não econômicas. No campo da economia, deveria o Estado se abster.¹

Conforme classificação sugerida por João Bosco Leopoldino da Fonseca (2001, p. 244 e seguintes)², há duas modalidades de intervenção do Estado no Domínio Econômico: a direta e a indireta. A respeito da atuação indireta do Estado na economia tem-se a normatização e o fomento. Há normatização quando Estado (por intermédio do poder ou órgão competente) emana normas que conformam a conduta dos agentes econômicos. Em relação ao fomento ou indução, pode-se dizer é o meio pelo qual o Estado oferece vantagens (obedecidos os limites da lei) àqueles que optarem por aderir a um comportamento sugerido. O fomento pode ocorrer de diversas maneiras: concessão de benefícios fiscais, empréstimos subsidiados, oferecimento de garantias, subsídios diretos, doações com encargos, preferências para contratação com o poder público, entre outros.³

Em geral, para explicar intervenção direta, faz-se uma distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, para se dizer que a exploração da primeira cabe, precipuamente, aos particulares, em razão da livre iniciativa; e que a prestação dos serviços públicos é de responsabilidade do Estado, que pode, todavia, delegá-la (a prestação, mas não a titularidade) aos particulares. (GRAU, 2012, p. 99).⁴ Em virtude desta distinção, as empresas

¹ “Numa economia capitalista, baseada na disposição privada dos meios de produção, potencializada pelo lucro, o Estado não pode deixar de ser considerado um elemento exógeno da economia. Pela sua própria natureza, a capitalismo pressupõe a economia como coisa privada, a alteridade do Estado em relação à economia, separação entre o econômico e o político.” (MOREIRA, V. *apud* MOREIRA, E. 2004, p. 60).

² Marçal Justen Filho (2013b, p. 694) também admite essa classificação.

³ O fomento corresponderia à intervenção por indução a que se refere Eros Roberto Grau. Sobre essa modalidade, assevera o professor que “ao destinatário da norma [de intervenção por indução] resta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial.” (GRAU, 2012, p. 145).

⁴ Eros Roberto Grau explica que a distinção entre serviço público e atividade econômica é indispensável para a compreensão da Constituição Federal de 1988 e sintetiza que “(...) o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado”. (GRAU, 2012, p. 99).

estatais são classificadas como prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica. (SILVA, 2012, p.84).

Quanto à atividade econômica em sentido estrito, admite-se que seja aquela regida pelos princípios privados da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Ou seja, “pressupõe que os sujeitos possam organizar os fatores de produção para a obtenção de resultados não predeterminados pelo Estado, com a apropriação privada do lucro”. (JUSTEN FILHO, 2013b, p.698).

Para Marçal Justen Filho (2003, p.21), os serviços públicos são aqueles relativos à satisfação dos direitos fundamentais que, por opção do constituinte, não podem ser satisfatória e adequadamente prestados aos indivíduos em um regime de atuação de mercado, onde impera a livre iniciativa.⁵ Nesse sentido, Eros Roberto Grau (2012, p.142) prefere sistematizar a relação do Estado com a economia sob a expressão “atuação estatal” como gênero, no qual estão compreendidas duas espécies: a “intervenção”, quanto o Estado, de alguma forma, interfere na atividade econômica em sentido estrito, própria dos particulares; e a “atuação” [em sentido estrito] para os casos em que o Estado age em área de sua titularidade por excelência, ou seja, os serviços públicos.⁶

Seja como for, não se pode ignorar que o constituinte de 1988 fez uma escolha pela economia de mercado e estabeleceu que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, para além das hipóteses previstas no texto da Constituição, apenas será permitida por motivo de *segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo* e de acordo com lei.⁷ A consequência lógica de tal imperativo é a de que a regra é a livre iniciativa (prevista no caput do art.170 da Constituição) dos agentes econômicos, e a exceção a atuação direta por meio das estatais. A fim de que a norma seja devidamente interpretada, importante, pois, analisar o texto, tal como positivado na Constituição.

2 As premissas da ordem econômica da Constituição e o art. 173

⁵ Marçal Justen Filho esclarece: “É fato que o serviço público é de titularidade do Estado, que o presta diretamente ou por meio da atuação de particulares. Mas não é possível afirmar que todo e qualquer serviço prestado pelo Estado seja público. Nem é correto (ao menos, perante o Direito brasileiro) afirmar que o serviço público se qualifica como público porque de titularidade do Estado. Ao contrário, o serviço é de titularidade do Estado por ser público. Portanto a atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é decorrência de seu reconhecimento como serviço público. Sob o prisma lógico jurídico, ainda que não necessariamente sob o prisma jurídico positivo) o serviço é público antes de ser estatal.” (JUSTEN FILHO, 2003, p.21).

⁶ “Relembre-se que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado”. (GRAU, 2012, p.142).

⁷ (BRASIL, 1988): “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

A Constituição Federal de 1988 reservou o TÍTULO VII para tratar “Da Ordem Econômica e Financeira” que visa, dentre outras coisas, estabelecer os fundamentos, objetivos e limites para a relação entre o Estado e a economia. Os fundamentos da ordem econômica são a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano; o objetivo é o de assegurar a todos uma existência digna.

A livre iniciativa e o valor social do trabalho estão previstos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e também da ordem econômica (art. 170, *caput*). O *status* constitucional da valorização do trabalho humano deve-se, sobretudo, à influência da doutrina social da Igreja, que compreende o trabalho como elemento nobre e digno. E, além de ser um direito fundamental, é um dever dos indivíduos, porque há necessidade de subsistência e de colaboração em sociedade. (NICZ, 2004, p.274).

A livre iniciativa não se esgota, porém, na liberdade econômica ou na liberdade de iniciativa econômica. Trata-se, antes, de um dos desdobramentos da liberdade. E liberdade aqui entendida como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de condutas e de resultados, já que não se pode considerar “livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.” (GRAU, 2012, p. 199).

Ao Estado, como agente normativo e regulador, foi incumbida a função de fiscalização, incentivo e de planejamento (art. 174, *caput*) e a responsabilidade pela prestação de serviços públicos (art. 175, *caput*). À União foram atribuídos monopólios (art. 177), que podem ser explorados mediante contratação de empresas estatais ou privadas (art. 177, § 1).

As empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ainda se submeter ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive em relação aos direitos e obrigações civis, comerciais e trabalhistas (art. 173, §1º, II) e também não podem gozar de privilégios fiscais não extensíveis às empresas privadas (art. 173, 2º). A almejada igualdade concorrencial entre empresas estatais e privadas é também conhecida por igualdade econômica. (NICZ, 2004, p. 277).

A Constituição prevê ainda:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (BRASIL, 1988).

Marçal Justen Filho (2013b, p.863-865) explica que os casos previstos na Constituição são os monopólios (art. 177) e a exploração de gás canalizado local (art. 25, § 2º). Além disso,

adverte que do fato de serem previstos monopólios estatais não decorre a correspondência imediata com serviços públicos, já que nem sempre haverá relação direta com a satisfação de direitos fundamentais. A diferença essencial entre um e outro reside no regime jurídico em que ocorre a exploração: o serviço público sob regime de direito público; as atividades econômicas monopolizadas são exploradas sob o regime de direito privado, sobretudo pelas empresas estatais.

A esse propósito, observa Eros Roberto Grau (2012, p.277) que a lei que autoriza a criação da empresa pública e da sociedade de economia mista deve ser específica, nos termos do que preconiza o art. 37, XIX da Constituição. Além disso, em se tratando da criação de estatal exploradora da atividade econômica em sentido estrito (art. 173), a lei deve explicitar o *relevante interesse coletivo* ou o *imperativo à segurança nacional* em cada caso. Entende-se ainda que a expressão *atividade econômica* contida neste dispositivo constitucional refere-se à *atividade econômica em sentido estrito*. A hipótese prevista é a de que União, estados-membros e municípios atuem como agentes econômicos em áreas de titularidade do setor privado. (GRAU, 2012, p.101).

A lei a que se refere o art. 173, apta a definir um *imperativo à segurança nacional*, é, necessariamente, lei federal, pois a União detém competência privativa para legislar sobre defesa nacional (art. 22, XXVIII)⁸. Já o *relevante interesse coletivo*, definido à luz dos princípios constitucionais orientadores da ordem econômica e de toda a Constituição, pode ser veiculado tanto por lei federal quanto por lei estadual, pois União e estados-membros detêm competência legislativa concorrente para legislar sobre Direito Econômico, nos termos do art. 24, inciso I da Constituição.⁹ (GRAU, 2012, p.280-281).

Por outro lado, importante dizer que a expressão *segurança nacional* no texto da Constituição de 1988 não tem o mesmo sentido pretendido pela Emenda Constitucional n. 01/1969. Neste último caso, tratava-se de garantir a segurança do Estado contra a própria sociedade.¹⁰ Ainda assim, é de se constatar que *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo* são conceitos abertos e indeterminados, o que leva Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p.367) a concluir que “não há, pois, garantia segura e efetiva contra o avanço da estatização na economia.”

⁸ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional.” (BRASIL, 1988).

⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.” (BRASIL, 1988)

¹⁰ A justificativa trazida pelos arts. 86 a 89 da Emenda Constitucional n. 01/1969 para a existência de monopólios era a segurança nacional. Sob este pretexto, abriram-se as portas para abusos do Poder Executivo. Dentre os abusos, podem ser destacadas a expedição e a profusão de decretos-leis. (GRAU, 1981, p. 85-86).

A fim de tentar delinear um possível conteúdo para tais conceitos, Marçal Justen Filho (2013b, p. 862) lembra que a atuação do Estado na atividade econômica propriamente dita deve ser excepcional. E tal conclusão é um imperativo da própria Constituição, que assegurou a livre iniciativa e a livre concorrência. Por isso, não basta que o Estado invoque *algum* interesse público. Aplicando o princípio da proporcionalidade, a intervenção estatal somente será legítima se outra não for mais satisfatória. Ou seja, apenas quando a iniciativa privada não for capaz de solucionar adequadamente determinada necessidade privada é que o Estado está legitimado a intervir.

Ainda em busca da definição do núcleo do conceito de *segurança nacional*, conclui-se que diz com a independência do Estado e com a “preservação dos valores fundamentais da Nação”. Portanto, *segurança nacional* se relaciona com a soberania estatal e com a preservação da nacionalidade. (JUSTEN FILHO, 2013b, p.866).

Observados estes parâmetros sugeridos pela doutrina, é de se notar que cada momento político conferirá extensão mais larga ou mais restrita a estas duas expressões. Os intérpretes da Constituição dirão pela possibilidade (ou não) da criação de novas ou mesmo da permanência das empresas estatais com justificativas neste referido dispositivo constitucional.¹¹

3 O tamanho do Estado

É de se reconhecer, em primeiro lugar, que as estatísticas podem ser relevantes para uma compreensão mais abrangente de um assunto. Ainda assim, também é verdade que os métodos e os critérios utilizados em cada pesquisa, bem como o momento e a finalidade da divulgação têm sua razão política de ser. Por isso, os resultados obtidos serão sempre versões parciais da realidade. Portanto, os números oficiais e extraoficiais aqui trazidos não pretendem fundar verdades absolutas ou inquestionáveis, mas apenas servir como um parâmetro possível à tentativa de se enriquecer a análise a respeito das empresas estatais no Brasil.

Segundo informações oficiais (BRASIL, 2014, p.10) do Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), órgão de assistência direta e imediata do Ministro de Estado do Planejamento, ligado diretamente à Secretaria-Executiva, o

¹¹A esse respeito, Marcia Carla Pereira Riberio (2004, p.114) entende que “A definição legal possibilita a planificação, permitindo ao legislador ordinário justificar a opção de criação da sociedade estatal no interesse coletivo, assim qualificado pelas normas de ordenação geral da economia, zelando, outrossim, pela exata definição da finalidade que deve acompanhar toda intervenção. Adotar a lei como instrumento de definição dos requisitos indispensáveis permite que a decisão interventiva seja tomada após deliberação democrática, afastando a deliberação unívoca e imposta a todos ou então aquela deixada à escolha de alguns – oligárquica.”

Brasil possuía, até 31/12/2013¹², 141 empresas estatais federais (em 2008 o número era de 127). E conforme definição oficial do próprio Ministério de Estado do Planejamento,

As empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado e estão organizadas, em sua maioria, sob a forma de sociedades de capital por ações. Entre as subsidiárias e controladas dessas empresas, encontram-se sociedades civis ou por cotas de responsabilidade limitada. (BRASIL, 2014, p.07)

Deste total, 123 empresas (87,2%) atuam no Setor Produtivo Estatal, e 18 (12,8%) no Setor Financeiro. A especificação de cada setor também vem prevista:

- a) Setor Produtivo – empresas regidas pela Lei no 6.404/1976 e suas alterações, que atuam em diversos setores tais como os de produção de petróleo e derivados, geração e transmissão de energia elétrica, serviços de transportes, comunicações, abastecimento, saúde, pesquisa e desenvolvimento; e
- b) Setor Financeiro – instituições que atuam no Sistema Financeiro Nacional, regidas pela Lei no 4.595/64, sujeitas às normas e controles do Banco Central do Brasil.. (BRASIL, 2014, p.07)

Juntas, as estatais federais, em 2013, possuíam 550.029 (quinhentos e cinquenta mil, e vinte e nove) empregados próprios.

Não obstante tais dados oficiais, números extraoficiais sobre o tamanho do Estado brasileiro também foram (e continuam sendo) divulgados pela mídia. Como se disse, apesar de todas as ressalvas que a eles podem ser feitas, parece lícito expô-los.

Uma pesquisa (CORONATO; FUCS, 2010) apontou a existência de 675 empresas que, de alguma forma,¹³ têm interferência direta da União. Destas, o Governo Federal controla (isto é, detém mais de 50% das ações com direito a voto) 276. A reportagem começa fazendo uma analogia à queda do muro de Berlim, que teria sido indicativo da vitória do capitalismo sobre o socialismo, portanto da livre iniciativa sobre o planejamento estatal coercitivo. Em seguida, fez-se uma metáfora do mercado como um jogo de futebol: se a economia fosse um jogo, o Estado deveria ser apenas um bandeirinha, ou, no máximo, o árbitro, mas não um jogador.¹⁴

De acordo com os dados, apenas as 628 empresas não financeiras faturam R\$ 1,06 trilhão, ou seja, algo próximo de 30% do PIB (Produto Interno Bruto). E o valor de mercado das 99 empresas que têm suas ações negociadas na BM&F Bovespa totaliza R\$ 1,7 trilhão, ou 71% do valor de mercado das empresas na Bolsa.

¹² Foram utilizados os dados mais atuais disponíveis para consulta pública no site oficial do Ministério do Planejamento quando da finalização da pesquisa.

¹³ A reportagem adverte que este número considera a participação do tesouro nacional, das empresas estatais e dos fundos de pensão do setor público.

¹⁴ Nas palavras da reportagem: “No futebol da economia brasileira, o governo não é apenas juiz, bandeirinha, técnico, zagueiro e artilheiro ao mesmo tempo. Ele também corta o gramado do estádio, costura as redes e – se quiser – pode até mexer no tamanho das traves.”

Apontou-se ainda que, além de ter criado sete novas empresas estatais federais, o Governo Lula investiu quase R\$ 100 bilhões nas (estatais) já existentes além de também lhes haver concedido empréstimos na casa dos R\$ 200 bilhões.

O confronto entre os dados oficiais e os extraoficiais, guardadas as abrangências de cada uma das pesquisas, que tiveram por objeto de análise perspectivas distintas, permite perceber que o levantamento extraoficial tomou por referência a atuação do Estado não apenas por meio das empresas estatais, mas sim a alocação do dinheiro público na economia – e talvez isso explique, em parte, os números suntuosos apresentados. O que se infere a partir dos dados obtidos é que o Estado também implementa suas políticas públicas de desenvolvimento por meio de empréstimos aos particulares e também às próprias empresas estatais - e que estes empréstimos têm enorme participação do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) – uma empresa pública.

Cite-se como exemplo o caso do Grupo JBS Friboi. Nesse caso, o BNDES (empresa pública) realizou um empréstimo, a título de fomento¹⁵, que acabou se transformando em participação societária definitiva. Em 2011 a BNDES Participações converteu as debêntures emitidas pela JBS Friboi de sua propriedade em 493.968 mil ações desta coligada, equivalentes a R\$ 3.477.568 mil, aumentando seu percentual de participação de 17,60% para 31,35% do capital social.¹⁶

Carlos Ari Sundfeld, Rodrigo Pagani de Souza e Henrique Motta Pinto (2011, p.76) denominam essas empresas com participação estatal minoritária como *empresas semiestatais* e reconhecem a relevância dessa estratégia como meio de atuação empresarial do Estado na economia.¹⁷

¹⁵ Marçal Justen Filho (2013b, p. 727-730) destaca que a participação minoritária do Estado em empresas particulares configura uma manifestação diferenciada de fomento, porque visa a induzir a iniciativa privada a desenvolver certa atividade econômica. E tal fenômeno vem se tornando cada vez mais frequente, sobretudo após a recente crise econômica. Neste modelo de atuação, o Estado não detém o poder de controle da empresa, mas figura como um sócio dos particulares, e por isso, ao lado destes também assume os riscos da atividade econômica. Nesses casos, porém, a JBS Friboi não passa a ser uma empresa estatal, – não no sentido tradicional ora exposto, e muito menos um ente integrante da Administração Pública Indireta - mas uma empresa privada de que passa ser sócia minoritária outra empresa estatal, a BNDES Participações. A principal consequência de negar a essas conformações societárias o rótulo de “empresas estatais”, segundo Marçal Justen Filho (2013a, p.275), consiste na não submissão delas ao controle externo próprio da Administração Pública (como por exemplo o dever de prestar contas aos Tribunais de Contas). É que, segundo o autor, “os atos praticados pela sociedade com participação estatal minoritária não são juridicamente imputáveis à administração pública.” O autor conclui ainda que “(...) não são cabíveis a ação civil pública, a ação popular, a ação de improbidade. Nem se pode imputar à sociedade a prática de “atos de autoridade”, para questionar a sua atuação mediante mandado de segurança.” (JUSTEN FILHO, 2013a, p.275).

¹⁶ Informação divulgada nas Demonstrações Financeiras da BNDES Participações S.A. – BNDESPAR, referentes aos exercícios findos em 31 de dezembro de 2011 e de 2010. (BNDES, 2012, p.47).

¹⁷ O tema da participação minoritária do Estado em empresas privadas é relativamente novo e recente na doutrina pátria e enseja um sem número de reflexões interessantes a respeito dos limites e das possibilidades deste agir estatal. Entretanto aprofundar este o tema extrapolaria a proposta do presente trabalho.

Ainda segundo fontes não oficiais, entre 2010 e abril de 2013, em meio à crise econômica mundial, as empresas estatais controladas pelo Tesouro Nacional aumentaram em 40 mil o número de funcionários. Estima-se que as empresas estatais federais empreguem por volta de 500 mil funcionários. Dentre os maiores empregadores em 2011 estavam o Banco do Brasil e os Correios, com 116 e 115 mil empregados respectivamente. Em seguida a Caixa Econômica Federal (86 mil empregados), a Petrobras (59 mil empregados) e a Infraero (14 mil empregados). (PATU, 2013).

Os dados oficiais apontam que, no fim de 2013, o Banco do Brasil possuía 114.892 empregados, a passo que os Correios outros 125.420. (BRASIL, 2014, p.20).

No setor bancário, o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, e a Caixa Econômica Federal, empresa pública, juntos empregam cerca de 40% dos bancários do país. Em primeiro lugar está o Banco do Brasil, com 130, 6 mil empregados; depois o Itaú e a Caixa Econômica, com 121,8 e 117,2 mil empregados, respectivamente. O 4º maior banco empregador é o Bradesco, responsável por 98,7 mil postos de trabalho. Estes dados são de 2012. (PATU, 2013)

4 O papel das empresas estatais

As empresas públicas e as sociedades de economia mista (ou genericamente chamadas de empresas estatais) compõem, no Brasil, a Administração Pública Indireta¹⁸, fruto da descentralização administrativa. Jens-Peter Schneider (2007, p.192) aponta que, pela teoria da instrumentalidade, as estatais, em não sendo um fim em si mesmas, estariam “a serviço do Estado para o cumprimento de atividades ou finalidades.” Por isso também se diz que “o Estado não as cria [as empresas] para investir, buscando simplesmente lucro, mas sempre para implementar políticas públicas.” (SUNDFELD, 2000, p.265).

Ocorre, porém, que não obstante essa função administrativa a que estão vocacionadas, as estatais são *empresas*, que têm um objeto social específico a cumprir e buscam, inclusive, o lucro (não egoístico).¹⁹ E isso também é importante, na medida em que possam ao menos ser

¹⁸ É o que dispõe o ainda vigente Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969.

¹⁹ Interessante também é a observação feita por Marcia Carla Pereira Riberio, no sentido de que “A não essencialidade do lucro e a perspectiva de não ser produzido adquire contornos interessantes na companhia de economia mista. Os particulares que associam o seu capital ao capital público no empreendimento fazem, normalmente, pela perspectiva lucrativa. Já o ente público, ao optar pela participação na vida econômica sob forma de sociedade de economia mista, ou seja, praticando atos de natureza privada, atípicos nos domínios da administração pública, não poderá guiar-se pela busca do lucro. A noção de empresa não tem como pressuposto o resultado lucrativo, mas a perspectiva lucrativa é que justifica o risco assumido pelo empreendedor privado quando se lança na atividade de organização dos meios de produção.” (RIBEIRO, 2004, p. 55).

autossuficientes e não gerar prejuízos ao Estado. Afinal de contas, eventual *déficit* seria suportado pelo Tesouro Nacional.²⁰ Além disso, caso este déficit seja resultante da prática de preços aquém daqueles praticados no mercado, tal conduta poderia, eventualmente, configurar violação às regras de concorrência. (GRAU, 1984, p.35-59).²¹ O aspecto empresarial resta temperado, portanto, com uma função última, qual seja o atingimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (JUSTEN FILHO, 2013b, p.297).

Em assim sendo, o lucro pode existir numa empresa estatal, mas não deve ser “o elemento balizador de sua existência.” (RIBEIRO, 2004, p.55-56). E uma vez verificado (o lucro), deve ser reinvestido na própria atividade da empresa, e não ser apropriado pelo poder público como fonte de receita, sob pena de violar o princípio da legalidade, já que as rendas públicas provêm, essencialmente, da arrecadação de tributos.

Calixto Salomão Filho (2002, p.60) explica que o Estado, por intermédio das estatais, pode ainda se inserir em setores não (ou pouco) regulados com o objetivo de planejar e direcionar o desenvolvimento, e a eficiência dessa atuação seria estimulada pela concorrência entre as empresas do setor.

Ao analisar diversos tipos de empresas estatais já experimentados, Sulamis Dain (1986, p.57) observa que, embora não tenha sido muito comum, algumas empresas estatais também foram criadas em setores de oligopólios diferenciados,

cujas características principais [eram] a alta concentração técnica e econômica do mercado, grandes descontinuidades de escalas de produção, não necessariamente tecnológicas, a diferenciação de produtos em marcas, modelos e faixas de renda do consumidor jogando um papel decisivo entre as empresas existentes, e também na formação de barreiras à entrada de novas firmas. (DAIN, 1986, p.57)

Em hipóteses como essas, o papel a elas atribuído foi o de estimular e desenvolver a concorrência, daí se dizer que tiveram a função de regulação endógena. Na Alemanha, por exemplo, historicamente o governo procurava combater os monopólios e os *trusts* mediante participação nas empresas destes setores. (PINTO, 1953, p.12).

Egon Bockmann Moreira (2014, p.135-139) aduz que algumas novas criações do Estado brasileiro, como a Empresa de Planejamento e Logística S.A. - (EPL), desafiam o tradicional [e legal] conceito de empresa pública. Esta empresa estatal não se limita à exploração da

²⁰ Segundo dados oficiais do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, em 2013, das 141 empresas estatais federais existentes, 18 eram dependentes do Tesouro Nacional. (BRASIL, 2014, p.40)

²¹ Eros Roberto Grau anota que as empresas estatais, sobretudo as exploradoras da atividade econômica em sentido estrito, caso desempenhem suas atividades em regime deficitário, acabariam por incidir em concorrência desleal. “Em outros termos: atuariam então, tais empresas, em regime de dumping, na medida em que impediriam (...) o exercício pleno da concorrência, nos mercados, pelas empresas privadas que poderiam advir a tais mercados.” (GRAU, 1984, pp. 35-59).

atividade econômica, nos moldes do que dispõe o art. 173, § 1º da Constituição, e nem do que o art. 966 do Código Civil, que considera empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Os objetivos desta estatal são muito mais ambiciosos. Destaca-se que esta empresa “construirá a obra, deterá a execução do serviço, estabelecerá regras para ele e para os que lhe dizem respeito.” Ou seja, sua atuação também tem vistas à regulação de determinados setores da economia. Conclui o autor que “o que surgirá a partir da criação da EPL é um grande enigma regulatório.”

Em última análise, as estatais, prestando serviços públicos, explorando a atividade econômica ou ainda desempenhando funções regulatórias devem contribuir para a realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sobretudo contribuindo para o desenvolvimento nacional e assegurando a todos os indivíduos uma existência digna, sob os fundamentos da justiça social, nos termos do art. 170, caput da Constituição. Todavia, ainda que estes fins sejam nobres e devam ser almejados, nem todos os meios serão legítimos por si mesmos.

5 Em busca de uma intervenção ótima a partir do princípio da subsidiariedade

Os números apontados parecem sugerir uma atuação direta bastante intensa por parte do Estado brasileiro no atual cenário econômico, seja por meio das tradicionais empresas estatais, seja pela forte presença do Estado como sócio minoritário em algumas empresas. Isso, porém, não permite fazer tábula rasa da questão e dizer simplesmente que não se pode permitir (juridicamente) que o Estado continue crescendo num espaço que, originariamente e a princípio, não lhe é afeto. O Estado está atuando onde não poderia/deveria? Mais ou menos empresas estatais? As respostas a estas questões são complexas e não prescindem da análise das especificidades, fáticas e normativas, dos setores econômicos dinâmicos de um país em constante desenvolvimento. (CUÉLLAR; MOREIRA, 2010, p.92).

O que se sabe, porém, é que a atuação (ou, caso se prefira, intervenção) estatal na exploração direta da atividade econômica em sentido estrito deve ser subsidiária. É o que está previsto pela Constituição. Por esta razão, é necessário compatibilizar os diversos valores constitucionais em busca da realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Pretende-se, neste contexto, buscar no princípio da subsidiariedade critério balizador de um agir estatal compatível com a Constituição.

José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p.43-52) aponta o princípio da subsidiariedade como um ideal a ser seguido não apenas pelo Estado em relação à economia, mas também dos grupos em relação aos indivíduos. No campo da política, por exemplo, Gustav

Gundlach anuncia que este princípio se manifesta na noção de federalismo, uma vez que tal modelo de organização preserva a autonomia dos diversos agrupamentos históricos, facilita a proteção das minorias, além de reforçar a democracia e a participação das pessoas. É que, com a divisão horizontal e vertical de competências, os entes federativos podem, eles mesmos, ter a liberdade e a oportunidade de resolver seus próprios problemas locais da maneira que melhor lhes convier. Caso isso não seja possível ou viável, os demais entes federados atuam subsidiariamente. Por analogia, numa escala de prioridade, os indivíduos, livres que são, devem satisfazer suas necessidades, na medida do possível, no âmbito familiar; subsidiariamente em clubes ou na Igreja; depois nas cidades; posteriormente nos estados; e apenas em última *ratio* a União Federal se faria presente.

A respeito das implicações do princípio da subsidiariedade da atuação estatal na economia, Vladimiro Lambsdorff sugere

[q]ue a autoridade [Estado] só faça o que é preciso para o bem comum, mas aquilo que os particulares não podem, não sabem ou não querem fazer por si mesmos. A necessidade da intervenção da autoridade se estabelece, pois, eventualmente, e cessa rapidamente assim que os particulares voltem a manifestar capacidade para resolver o problema sem ajuda alheia. (BARACHO, 1997, p.37)

A contrário senso, se uma mesma atividade puder ser realizada livremente (ainda que observadas as normas estatais) pelos indivíduos com a mesma eficácia que poderia ser desenvolvida pelo Estado, a prioridade deve ser dos primeiros. Neste sentido é que o princípio da subsidiariedade se manifesta sob dois aspectos, um negativo e um positivo. Negativo porque significa um verdadeiro limite à intervenção estatal. Positivo na medida em que justifica o agir do Estado - quando for o caso. (BARACHO, 1997, p.50)²²

Marçal Justen Filho (2013b, p.862) também admite esse entendimento ao sustentar a tese de que o Estado apenas estaria legitimado a agir no âmbito da atividade econômica em sentido estrito quando “a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado o e satisfatório certa necessidade.”

A subsidiariedade, por esse ângulo, surge como uma solução intermediária entre o Estado-Providência ou suplente e o Estado Liberal. (BARACHO, 1997, p.88). Ainda assim, “é cómodo (*sic*) invocar o princípio da subsidiariedade, mas é difícil vivê-lo e praticá-lo.” (QUADROS *apud* CUÉLLAR; MOREIRA, 2010, p.91).

²² “A tarefa principal do Estado consiste em estabelecer, como garantia final, o cumprimento do bem comum e da solidariedade. O Estado só deve agir, por ele próprio, quando existe necessidade real, que não tenha sido atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos. O Estado não é o substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos capazes de corresponder ao interesse geral.” (BARACHO, 1997, p. 65).

Nada obstante a advertida dificuldade, a concretização do princípio da subsidiariedade do Estado em relação ao disposto no art. 173 da Constituição impõe que as empresas estatais apenas intervenham quando os próprios particulares não possam, eles próprios, tomar a frente de algum empreendimento. Aqui, a participação societária minoritária parece ser ainda mais um meio termo entre abandonar os particulares à própria sorte ou impedir que exerçam a livre iniciativa pura e simples. A questão discutível, nessas hipóteses seria, por exemplo, qual critério justificador do aporte de recursos públicos em uma empresa *x*, e não em outra *y*.

Seja, como for, a subsidiariedade, ou a imprescindibilidade do agir do Estado em dado setor deve ser analisada caso a caso. De antemão, porém, Egon Bockmann Moreira (CUÉLLAR; MOREIRA, 2010, p.94) sugere três critérios norteadores. Num primeiro momento, deve-se afastar a superfluidade, tanto no plano regulatório como no da intervenção produtiva.²³ Em segundo lugar, deve haver transparência da demanda social (como por exemplo, calamidades públicas, crises econômicas, ou falhas estruturais, pontos de estrangulamento, saúde, educação, etc.) que permita o controle dessa intervenção. Em terceiro plano, a atividade interventiva deve se mostrar eficiente jurídica e economicamente. “Os custos [econômicos e sociais] arcados no processo interventivo hão de ser inferiores aos benefícios por ele gerados.”

O controle em relação à compatibilidade da intervenção estatal, tanto em relação à quantidade quanto à qualidade das empresas estatais deve ser feito pelas regras do jogo democrático, desde o projeto de elaboração até a execução da lei que autoriza a criação destas pessoas jurídicas de direito privado, seja por parte do Poder Legislativo (no controle preventivo de constitucionalidade), seja pelo Poder Judiciário (no controle preventivo ou repressivo judicial) e também do Poder Executivo (em relação à conveniência e à oportunidade de emitir o decreto de criação de uma empresa estatal).

Nada impede, por exemplo, que os requisitos outrora justificadores da existência de uma estatal possam, num momento posterior, desaparecer e que isso venha a ensejar a desestatização dessa empresa.²⁴ O que não se pode admitir é um vácuo em alguns setores

²³ Em 30 de maio de 2010, o Jornal o Globo noticiou um levantamento realizado pela ONG Contas Abertas divulgou um levantamento em que, incluindo as estatais, a União Federal possuía R\$ 180,881 bilhões em participações societárias. Houve um aumento de 50,9% desde 2005, quando o total de participações era de 119,815 bilhões. Constatou-se que o Estado era sócio de hotéis, centros de convenções, indústrias de bebidas (Ambev), bancos, cooperativas, fábricas de ração etc. Descobriu-se ainda que até o início dos anos 2000 a União detinha parcela (módica) do capital social (R\$ 275,05) de uma confecção de roupas íntimas. Tratava-se da *Lingerie Royale*, situada no Polo Industrial de Manacaráú, Região Metropolitana de Fortaleza. Ainda que esta empresa não se enquadrasse no conceito de “empresa estatal”, o Estado era dela um sócio. (ONG Contas Abertas, 2010).

²⁴ Marcia Carla Pereira Ribeiro observa que “O Estado e o direito devem atuar assumindo seu papel funcional de incentivadores de novas realidades, provocando uma substancial mudança da feição estatal condutora do

estratégicos e essenciais (prestação de serviços públicos ou exploração da atividade econômica em sentido estrito). Por isso,

qualquer ideia de redução das dimensões do Estado apenas pode ser admitida na medida em que acompanhadas pela ampliação das responsabilidades individuais e comunitárias. Os fins a realizar permanecem os mesmos, mas com a alteração da responsabilidade por sua realização. (JUSTEN FILHO, 2002, p.14).

Se, por um lado, a aplicação do princípio da subsidiariedade se mostra um imperativo constitucional em relação à exploração da atividade econômica²⁵, por outro não se pode dizer que o seja em relação aos serviços públicos. Muito pelo contrário. O serviço público é atribuído de forma primária ao *Estado*, que pode conceder a prestação (mas não a titularidade) aos particulares. Ou seja, “não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas).” (CUÉLLAR; MOREIRA, 2010, p.93).

CONCLUSÃO

O pensamento liberal clássico percebia o Estado como um inimigo do mercado, um verdadeiro obstáculo ao pleno exercício dos direitos e das liberdades individuais. Não é por outra razão que se estabelecia – no plano ideológico - uma forte divisão entre direito e economia, entre Estado e Sociedade. Almiro do Couto e Silva (2003, p.122) já no início dos anos 2000, percebia que a expansão dos serviços públicos tornou os cidadãos (e também os agentes econômicos) extremamente dependentes da Administração Pública, ao passo que, diferente de antes, hoje, a ninguém mais interessaria o fim do Estado. Em outras palavras, já não mais está em jogo se o Estado deve ou não agir sobre a economia, e sim como e com qual intensidade deve fazê-lo. E os números trazidos dão a dimensão da importância, da relevância e também do tamanho do Estado brasileiro.

Muito embora a Constituição estabeleça as regras para uma economia de mercado, situando a livre iniciativa e a liberdade concorrencial como valores fundamentais da ordem econômica, também atribuiu ao Estado papel importante. Sob essa perspectiva, viu-se que para além da emanção de normas de conduta para os agentes econômicos (regulação) o Estado também pode ingressar na dinâmica de mercado para explorar diretamente a atividade econômica em sentido estrito por intermédio de uma empresa estatal (intervenção direta), em regime de igual concorrência com os particulares, sem privilégios (art.173, §2º da

afastamento da atuação direta na economia que deverá ser substituída pelo aperfeiçoamento de um sistema normativo que privilegie o cumprimento da função social da empresa.” (RIBEIRO, 2004, p.175).

²⁵ O princípio da subsidiariedade também seria aplicável em relação à intervenção regulatória em um mercado capitalista. (CUÉLLAR; MOREIRA, 2010, p.93).

Constituição). E, ao lado das já conhecidas empresas públicas e das sociedades de economia mista, novos arranjos empresariais vêm sendo apresentados: as chamadas *empresas semiestatais*, caracterizadas pela participação estatal minoritária, sem o poder de controle. Mais uma vez, a realidade apresenta problemas jurídicos cujas respostas serão cobradas da doutrina, da jurisprudência e, por que não, do próprio legislador.

Diante dessa complexidade, o princípio da subsidiariedade da participação estatal na economia se apresenta como um critério plausível para aferir a correteza da intervenção direta do Estado na exploração da atividade econômica em sentido estrito, de que trata o art. 173 da Constituição. Sob o aspecto negativo, sempre que houver a possibilidade de que os próprios particulares, respeitadas as regras emanadas pelo Estado, empreendam em determinado setor, deve o Estado se abster de agir ele mesmo por meio de uma de suas empresas. Sob o aspecto positivo, na hipótese de não haver interesse dos agentes econômicos, seja pelo alto risco da atividade, seja pela insuficiência de capital privado disponível, e para atender ao relevante interesse coletivo ou para garantir a segurança nacional, a criação de uma estatal passa a ser um poder/dever do Estado.

Com vistas à densificação desse princípio, três subcritérios podem ser utilizados para a análise de uma correta intervenção do Estado na economia, sempre à luz da Constituição: a não superfluidade, a transparência e a vantagem econômica e social (eficiência) do agir estatal.

A compreensão dos diferentes contextos econômicos e políticos em que as estatais atuam revela que o potencial delas. Em momentos de crise, têm a função de fomentar e reerguer a economia, gerando empregos e tributos. Em períodos de relativa estabilidade econômica, a história demonstra certo recuo do Estado em relação a suas estatais – e aí o fenômeno da desestatização, que permite não apenas a redução de despesas em relação a estatais dependentes do Tesouro Nacional, como também a obtenção de receita pública com a alienação das ações.²⁶

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, estar positivado na Constituição a livre iniciativa “é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem [econômica], é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando sua intrínseca contingência e fragilidade.” (*apud GRAU, 2012, p.2004*). Ou seja, fez-se uma escolha

²⁶ Fenômeno esse também chamado de “privatizações”, implementadas no Brasil pelo Plano Nacional de Desestatização, inaugurado pela Lei 8031/1990 e alterado pela Lei 9491/1997, que teve como um dos objetivos “reordenar a posição estratégica do Estado na Economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.” (BRASIL, 1997) A respeito da expressão “desestatização”, Egon Bockmann explica que ela pode significar a “transferência de empresas, bens e serviços públicos às pessoas privadas pode se dar de modo formal ou substancial”. No caso da desestatização absoluta ou substancial, o Estado abdica da titularidade, ocorrendo o fenômeno da privatização: “Os bens ou fatores de produção saem por completo de um setor da Ordem Econômica (o público) e ingressam noutro (o privado)”; ao passo que na desestatização formal, a titularidade permanece sendo do Estado. (MOREIRA, 2010, p.21).

pela possibilidade do fracasso livre em vez de um dirigismo estatal supostamente garantidor da estabilidade.

Ainda que os números aqui trazidos demonstrem que o Brasil atravessa uma fase de intensa presença estatal na economia, a partir deles, porém, não se pode, de plano, dizer que o Estado está atuando onde não deveria ou poderia, porque, como se viu, as dinâmicas política e econômica demandam uma análise setorial criteriosa, caso se pretenda uma conclusão, por um ou por outro lado, comprometida com a Constituição vigente.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BNDES Participações S.A. – BNDESPAR. **Demonstrações Financeiras Referentes aos Exercícios Findos em 31 de Dezembro de 2011 e de 2010 e Relatório dos Auditores Independentes**. Deloitte Touche Tohmatsu Auditores Independentes. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empr esa/download /1211_BPAR.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 16 de agosto de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em 28 de novembro de 2014.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Perfil das Empresas Estatais Federais, 2014**. Brasília: MP/SE/DEST, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/dest-1/perfil-das-empresas-estatais-1/2014_ano_base_2013.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2015.

CORONATO, Marcos; FUCS, José. **Estado Ltda**. Revista Época, São Paulo, n. 682, p. 66,13 jun.2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,, EMI240676-15223,00-ESTADO+LTDA. html>>. Acesso em 16 de março de 2015.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v.27, nº 57, p.121-132. Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2003.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, v.1,1. ed. reimp. 2010.

DAIN, Sulamis. **Empresa estatal e capitalismo contemporâneo**. Campinas: Editora da Unicamp, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação crítica)**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Lucratividade e função social nas empresas sob o controle do Estado**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, 1984, n. 55, p. 35-59.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As empresas privadas com participação estatal minoritária**. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC, n.2, p.271-284, set./out., 2013.

_____. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013b.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), n. 10, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 16 de março de 2015.

_____. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese de Doutorado - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2004.

_____. **Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?** In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

NICZ, Alfredo Alvacir. **Iniciativa privada versus iniciativa estatal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 41, n. 163, p.261-279, jul/set. 2004.

NUNES, António José Avelãs. **As voltas que o mundo dá... reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ONG CONTAS ABERTAS. Participação da União em empresas cresce 50% em 5 anos. Disponível na internet: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/1883>>. Acesso em 28 de setembro de 2014.

PATU, Gustavo. **Em expansão, gigantes estatais BB e Caixa empregam 40% dos bancários do país.** Disponível na internet: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/19/em-expansao-gigantes-estatais-bb-e-caixa-empregam-40-dos-bancarios-do-pais/>>. Acesso em 29 de março de 2015.

_____. **Enquanto lucros e investimentos patinam, estatais ganham 40 mil novos funcionários no governo Dilma.** Disponível na internet: <<http://dinheiropublico.blogfolha.uol.com.br/2013/09/15/enquanto-lucros-e-investimentos-patinam-estatais-ganham-40-mil-novos-funcionarios-no-governo-dilma/>>. Acesso em 16 de março de 2015.

PINTO, Bilac. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas.** Revista de Direito Administrativo – RDA, Rio de Janeiro, n.32, p.1-15, abr./jun. 1953.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função.** 1.ed. (ano 1999) 2. tir./ Curitiba: Juruá, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHNEIDER, Jens-Peter. **O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia.** Tradutor Vitor Rhein Schirato. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 189-217, abr./jun. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico.** São Paulo: LTr, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A participação privada nas empresas estatais.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico.** 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. **Empresas semiestatais.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p.75-99, out./dez. 2011.