

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
DOUTORADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

CRISTIANE SCHWANKA

**A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: CONVENIÊNCIA,
GESTÃO E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS**

CURITIBA

2014

CRISTIANE SCHWANKA

**A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: CONVENIÊNCIA,
GESTÃO E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

Schwanka, Cristiane

S398s
2014 A sociedade de economia mista na organização administrativa do Estado contemporâneo : conveniência, gestão e tendências disfuncionais / Cristiane Schwanka; orientadora: Marcia Carla Pereira Ribeiro. – 2014.

245 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014

Bibliografia: f. 232-245

1. Direito econômico. 2. Direito administrativo. 3. Administração pública.
4. Sociedades de economia mista. I. Ribeiro. Marcia Carla Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito.
III. Título.

Dóris 4. ed. – 341.378

CRISTIANE SCHWANKA

**A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA ORGANIZAÇÃO
ADMINISTRATIVA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: CONVENIÊNCIA,
GESTÃO E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Orientadora

Professor Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo
(Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)

Professor Dr. Ricardo Lupion Garcia
(convidado – PUC RS)

Professor Dr. Emerson Gabardo
(membro – PPGD)

Professor Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
(membro – PPGD)

*Ao meu companheiro Gilmar.
Aos meus filhos Aramis e Thales.*

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela dedicada orientação científica desta Tese e pelos incentivos à realização da pesquisa.

Ao Professor Doutor Fernando Araújo, pela orientação durante o período de estágio de doutoramento perante a Faculdade de Direito de Lisboa, pelos valiosos momentos de debate do tema, pelo apoio na realização da pesquisa do direito comparado e, em especial pela acolhida em Portugal e por ter proporcionado o encontro com a equipe da Autoridade da Concorrência de Portugal.

À Professora Doutora Paula Vaz pela oportunidade de participar de suas aulas de Mestrado e Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pela atenção dedicada durante meu o estágio de doutoramento em Portugal.

Aos Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em especial ao Professor Doutor Emerson Gabardo, pelo exemplo de comprometimento e de dedicação à pesquisa acadêmica.

À CAPES pela concessão da bolsa do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – PDSE (Proc. Nº 17925/12-6), que possibilitou a realização do estágio de doutoramento perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

À Diretoria da Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar pela autorização para a realização do estágio de doutoramento no exterior.

O estudo acadêmico por quem já acumulou experiência prática na prestação de serviço público por meio da Administração Pública indireta oferece alguns riscos, ao mesmo tempo em que contribui para sugerir algumas relações de causa e efeito no *iter* da pesquisa até então não enfrentadas na doutrina pátria, mas torna mais difícil de formular, com o necessário rigor científico, os princípios e fundamentos jurídicos do fenômeno observado. As colaborações aqui prestadas não afastam a exclusiva responsabilidade da autora pelos erros e omissões, que provavelmente ainda podem ser apontados.

RESUMO

A pesquisa pretende evidenciar que, em determinadas situações, a criação ou a permanência de sociedades de economia mista no mercado pode culminar com o agravamento das falhas de mercado, não raro substituindo-as por falhas de governo. Analisa o espaço da função empresarial estatal e o papel que deve desempenhar no atual estágio de evolução da economia brasileira, para demonstrar que a mão providencial do Estado pode beneficiar fins diversos ao da prossecução do bem comum e da maximização do bem-estar, estes sim, verdadeiros fins do Estado. Investiga os efeitos da intervenção estatal na forma de sociedade de economia mista quanto ao funcionamento do mercado e à sociedade, no atual contexto de desenvolvimento econômico nacional. Diversas sociedades de economia mista permanecem como agente econômico estatal produtor de bens e serviços para a sociedade, com significativo poder de mercado do Estado em diversos setores, independentemente da disparidade das condições econômicas e sociais da época de sua criação e a atual. A lucratividade empresarial da sociedade de economia mista sugere uma reflexão, uma vez que a finalidade essencial da sociedade não seria o lucro, senão a consecução do interesse público. Ao revisar os contornos da atuação empresarial do Estado, torna-se inevitável se deparar com o embate entre riscos e tensões existentes em uma relação quase simbiótica entre comportamento empresarial e governamental. Para tanto, a partir da Teoria da Escolha Pública – *Public Choice*, constata-se que a intervenção do Estado pode ser prejudicada pela sua própria ineficiência organizativa, pelo peso da sua burocracia, pelo risco moral de seus agentes afastarem sua atuação da efetiva persecução do interesse público. A análise proposta pela Teoria da Escolha Pública assume uma visão apoiada na racionalidade dos agentes e nas características das instituições políticas. Ao unir o dado político com o dado econômico, a teoria chama a atenção para o desenvolvimento do processo de decisão coletiva inserido naquilo que a teoria denomina de mercado político e onde a informação está assimetricamente distribuída. A tese propõe que o protagonismo econômico do Estado não pode justificar-se apenas a partir de uma pretensa lógica triunfante para a otimização econômica por via política.

Palavras-chave: Administração Pública. Intervenção. Economia. Escolha Pública. Política. Sociedade de economia mista.

ABSTRACT

This research intends to demonstrate that, in certain situations, the creation or the existence of mixed economy corporation can culminate with the worsening of market and government failures. It analyses the management functions of the state and its role in the current stage of the Brazilian economy to demonstrate that the helping hand of the state can be beneficial to various purposes other than the pursuit of the interests related to the common good and welfare of all citizens, which indeed should be the aim of the state. It investigates the effects of the state intervention in the form of a mixed economy corporation on the functioning of the market and society under the current national context of economic development. Several mixed economy corporation remain as economic agents responsible for goods and services for the society with significant market power in various sectors, regardless of the social and economic disparities by the time of its creation and the current one. The profitability of mixed economy corporation suggests a reflection, once the main purpose of the society should not be the profit itself, but the attainment of public interest. By revisiting the contours of the economic activities of the state, it is inevitable not to observe the conflict between risks and tensions in an almost symbiotic relationship between business and governmental behavior. Based on the Theory of Public Choice, it can be verified that the state intervention may be hindered by its own organizational inefficiency, by its bureaucracy, by the moral risks of its agents avoiding the prosecution of the public interests. The analysis proposed by the Theory of Public Choice is based on the rationality of the society agents and on the characteristics of public institutions. By crossing political and economic data, this theory draws attention to the development of the collective decision process in what is referred as political market and where the information is asymmetrically distributed. This thesis proposes that the economic role of the state cannot be justified only by a false logical intention of an economic optimization through political means.

Keywords: Public Administration. Intervention. Economy. Public Choice. Politics. Mixed Economy Corporation.

RÉSUMÉ

Cette recherche vise à démontrer que, dans certaines situations, la création ou la pérennité des sociétés d'économie mixte peuvent aboutir à l'aggravation des défaillances du marché et du gouvernement. Elle analyse l'étendue des fonctions managériales de l'Etat et son rôle dans le stade actuel de développement de l'économie brésilienne, afin de démontrer que la main-forte de l'Etat est plus bénéfique à divers secteurs qu'à la poursuite du bien commun et à l'augmentation du sentiment de bien-être, qui en effet devraient être les véritables objectifs de l'Etat. Elle étudie les effets de l'intervention de l'Etat en tant que société d'économie mixte sur le fonctionnement du marché et de la société dans le contexte actuel du développement économique national. Maintes sociétés à économie mixte sont agents économiques de l'Etat, créateurs de biens et de services pour la société, ayant un pouvoir significatif sur le marché dans divers secteurs, nonobstant les disparités économiques et sociales au moment de sa création et de la situation actuelle. La rentabilité économique de la société d'économie mixte amène à la réflexion, puisque la finalité essentielle de la société ne doit pas être le profit lui-même, mais la réalisation de l'intérêt général. En réexaminant le périmètre des activités économiques de l'Etat, il est inévitable de ne pas observer le conflit entre risques et les tensions dans une relation presque symbiotique entre le comportement du monde de l'entreprise et le comportement gouvernemental. Selon la Théorie des Choix Publics, « *Public Choice* », nous pouvons constater que l'intervention de l'Etat peut être entravée par sa propre inefficacité organisationnelle, par le poids de sa bureaucratie, par le risque moral que les agents aillent à l'encontre de l'intérêt général. L'analyse proposée par la Théorie des Choix Publics se base sur la rationalité des agents de la société et les caractéristiques des institutions publiques. En mettant en relation les données publiques et les données économiques, cette théorie attire l'attention sur le développement du processus de décision collective à l'intérieur de ce que cette théorie appelle le marché politique et où l'information y est distribuée de façon asymétrique. Cette thèse soutient que le rôle économique de l'Etat ne peut pas être uniquement justifié par une soi-disant logique triomphante pour l'optimisation économique par des moyens politiques.

Mots-clé: Administration Publique. Intervention. Economie. Choix Pubics. Politique. Société d'Économie Mixte.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO.....	18
1.1 FUNÇÃO, ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO	18
1.1.1 Administração Pública, função administrativa e as necessidades coletivas	20
1.1.2 Organização administrativa estatal: historicidade e elementos de caracterização	32
1.1.3 A função instrumental originária do setor empresarial estatal brasileiro: pretensão de ruptura das relações de dependência internacional e desenvolvimento industrial.....	39
1.1.4 O modelo constitucional de organização da Administração Pública brasileira	53
1.2 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CONSTITUIÇÃO E VINCULAÇÕES JURÍDICO-PÚBLICAS	70
1.2.1 Delimitação jurídica: objeto, natureza jurídica e interesse social	72
1.2.2 Contradições internas: ativismo empresarial e persecução do lucro.....	80
1.2.3 Fator publicista: políticas públicas e negócios sociais.....	86
1.2.4 Atividade econômica e práticas de Estado: a tecnoestrutura estatal	92
2 EFICIÊNCIA E GESTÃO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA	95
2.1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA, GESTÃO E PRÁTICAS DE ESTADO	96
2.1.1 A eficiência econômica e o princípio da economicidade: a conjugação dos conteúdos informadores.....	97
2.1.2 A exploração da atividade econômica pela Administração: a ação interventiva entre falhas de mercado e falhas de intervenção	106
2.1.3 A natureza política da ação interventiva estatal: a influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública	117
2.2 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CONVENIÊNCIA, CONTROLE E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS	128
2.2.1 Incentivos e alinhamento de interesses: algumas possíveis disfunções estruturais na exploração econômica estatal por meio de sociedades comerciais.....	129
2.2.2 Renda econômica e renda política: intervenção econômica pública e níveis de apropriação	136

3 DESESTATIZAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS: A EMERGÊNCIA DE UMA AGENDA DE TRANSFORMAÇÃO ESTRUTURAL	143
3.1 INTERESSE PÚBLICO NA ESTRUTURA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: (RE)POSICIONAMENTO E FORMA DE PERSECUÇÃO	145
3.1.1 A permeabilidade do sistema administrativo: a administração do interesse público pelo setor privado	152
3.1.2 Intervenção pública evolucionista: a necessidade de transformação estrutural do Estado	158
3.2 FUNDAMENTOS PARA REDUÇÃO DO ESTADO PRODUTOR.....	167
3.2.1 Assimetria informacional: uma provável restrição ao agir eficiente estatal	168
3.2.2 Uma presumível disfunção administrativa estatal: o Estado-lucrador.....	174
4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVA DO ESTADO: PERSPECTIVAS.....	185
4.1 EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS DE PODER E DE FUNÇÕES DO ESTADO: UMA NOVA COMPREENSÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS	186
4.1.1 Evolução institucional e desenvolvimento econômico: o direito administrativo no ponto de partida	187
4.1.2 O compartilhamento da função pública: a desestatização da prossecução dos interesses públicos	195
4.2 DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS: ESTADO GARANTIDOR DA CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO ..	204
4.2.1 Administração Mista: Estado e entidades particulares com responsabilidades partilhadas.....	204
4.2.2 O desafio ao processo de transformação institucional brasileiro: a questão da dependência da trajetória	211
CONCLUSÃO.....	221
REFERÊNCIAS.....	233

INTRODUÇÃO

O estudo tem por objetivo enfrentar o tema da gestão empresarial da sociedade de economia mista e, mais especificamente, realizar uma discussão acerca da permanência dessa modalidade de empresa estatal no mercado, em face do atual contexto socioeconômico brasileiro.

A partir da análise de questões jurídicas e econômicas que envolvem a atuação do Estado empresário no mercado, seu relacionamento com a empresa controlada e a convivência com os acionistas privados, propõe-se discutir o resultado efetivo da gestão da empresa em face do aparente antagonismo entre obter lucratividade da atividade econômica e perseguir o interesse público inerente à sociedade de economia mista.

Delimitar o papel dessa modalidade de empresa estatal e o interesse da companhia para a condução dos negócios sociais representa um desafio para a sociedade e para a doutrina brasileira contemporânea. O resultado da atuação do Estado na produção de atividades econômicas, em especial nos setores econômicos lucrativos, sugere a existência de distorções funcionais da sociedade de economia mista, situação que é agravada pelo risco de emparelhamento político-partidário.

É indubitável que houve profunda mudança no cenário econômico que justificou a intervenção do Estado no passado e que culminou com a criação das sociedades de economia mista. O ativismo empresarial do estado destinava-se à correção de falhas de mercado e visava, sobretudo, o desenvolvimento da indústria nacional e suprir as deficiências do setor privado em razão da falta de atrativos econômicos rentáveis, notadamente no que se referia à produção de bens e serviços essenciais para a população que demandavam elevado investimento inicial.

Apesar do movimento de privatização iniciado na década de 80 do século XX, no Brasil, o alcance das privatizações foi mais ampliado no ano de 1995, durante o primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, por meio de dois movimentos quase simultâneos que objetivaram implementar, por um lado, a decisão de acabar com os monopólios do setor público na área de infraestrutura e, por outro, a decisão dos governos estaduais de, também, desenvolverem seus próprios programas de

privatização. Todavia, inúmeras sociedades de economia mista permanecem no setor produtivo brasileiro, tanto na exploração de serviços públicos como de outras atividades econômicas em diversos setores do mercado.

O desenvolvimento do estudo exigiu a delimitação estrutural de sistemas organizacionais administrativos bem distintos, com suas histórias, tradições e culturas, e conduziu a uma opção metodológica: a pesquisa adotou, como contraponto à pesquisa nacional, a doutrina portuguesa como uma de suas principais fontes e para a compreensão do objeto de estudo, aliada a uma compreensão dogmática do direito administrativo trazida da doutrina alemã, em especial dos autores Hans Wolff e Otto Bachof, reconhecidamente os maiores administrativistas alemães do século XX.

Por essa razão, em alguns momentos do texto poderá ser observado que houve ênfase em determinados autores, em uma sequência de desenvolvimento na qual pouco diálogo foi possível realizar visando a construção do entendimento pretendido, com base em autores nacionais, eis que na doutrina brasileira existe um reduzido número de obras que enfrentaram o tema objeto do estudo, alinhado ao desafio de construção de um esforço interdisciplinar de comunicação entre o direito, a economia e a política. A opção metodológica, acredita-se, deva conduzir a tentativa de efetuar questionamentos e elevar o pensamento para além da dogmática aprisionada a tradições.

Nesse sentido, a ampliação da base de acesso à doutrina portuguesa e alemã ocorrida durante o estágio de doutoramento financiado pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – PDSE/CAPES (Proc. N° 17925/12-6), realizado perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Fernando Araújo, possibilitou o desenvolvimento de parte relevante da pesquisa.

Optou-se em manter as originais referências à doutrina portuguesa consultada, mantendo-se eventuais diferenças idiomáticas que persistem entre o idioma português de Portugal e o idioma português do Brasil, por entender que não será difícil ao leitor perceber o alcance dessas diferenças. No que se refere às obras consultadas nos demais idiomas, optou-se em realizar a tradução livre dos textos originalmente consultados.

A investigação propõe realizar a análise da estrutura e da gestão da sociedade de economia mista para além da ótica do direito administrativo, centrada nas

questões acerca do regime jurídico e que ignora os demais aspectos subjacentes, principalmente, dos distintos interesses em jogo.

Antecipa-se desde logo, que a abordagem a ser realizada pretende evidenciar que tanto a organização da Administração Pública, como suas atividades, encontram-se em período de grande instabilidade, inclusive quanto à definição de atividade eminentemente pública. Porém, não se propugna pela existência de uma unanimidade acrítica em torno da aceitação da delegação de toda e qualquer função administrativa para entidades privadas. Essa unanimidade não existe.

Nesse sentido, qualquer juízo genérico e definitivo sobre bondade ou perversidade do exercício de funções públicas por particulares não integra o objetivo deste trabalho, cuja ênfase é conferida à necessidade de uma abordagem crítica e com rigor metodológico, da complexidade do problema.

Além disso, outra reserva metodológica afigura-se necessária: reconhece-se que a retirada do Estado do setor produtivo exige, pelo menos no momento inicial, o reforço da atividade regulatória nos setores sensíveis eventualmente a serem repassados ao setor privado, todavia, optou-se em não enfrentar o tema da regulação econômica e da concorrência, por entender que excede ao objetivo proposto. O mercado apenas funcionará plenamente se a relação que se estabelece entre os agentes econômicos for disciplinada adequadamente a fim de possibilitar o melhor aproveitamento e a fluidez do mercado, de tal forma a evitar estrangulamentos e lucros injustificados.

A dificuldade para obtenção de dados e informações reais acerca dos dividendos e destinação dos lucros das sociedades de economias mistas, mesmo daquelas integrantes da União, impossibilitou trazer para o estudo uma análise mais acurada e demonstrativa a respeito. A opacidade da Administração Pública brasileira é, infelizmente, de conhecimento notório.

O estudo desdobra-se numa introdução e quatro capítulos temáticos, seguidos das conclusões. O primeiro capítulo buscará contextualizar o tema da função, estrutura e organização administrativa do Estado brasileiro, iniciando-se pela conceituação da Administração Pública, pela sua historicidade e seus elementos de caracterização. Apresenta-se o modelo constitucional da Administração Pública brasileira e descreve-se a sociedade de economia mista a partir de sua constituição e vinculações jurídico-públicas, da definição do seu objeto, da sua natureza jurídica e seu

interesse social. Ainda neste capítulo, é apresentada uma conformação da tecnoestrutura estatal como sendo o núcleo no qual ocorre o encadeamento entre as relações e decisões econômicas e políticas do país.

A proposta do segundo capítulo consiste na abordagem da eficiência e da gestão na sociedade de economia mista, a partir da conjugação dos conteúdos informadores da eficiência econômica e do princípio da economicidade. Discorre-se a respeito da exploração de atividades econômicas e sobre a ação interventiva estatal, destacando-se o papel da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública. Apoiase na teoria da escolha pública para demonstrar que as decisões públicas possuem uma visão apoiada na racionalidade privada dos agentes e nas características das instituições políticas. Ainda neste capítulo, introduz-se a análise da conveniência, do controle e das tendências disfuncionais da sociedade de economia, ao discorrer sobre incentivos e alinhamentos de interesses e sobre o tema de renda econômica e renda política, com ênfase nos níveis de apropriação por grupos de interesse.

Em seguida, no terceiro capítulo sugere-se a desestatização de atividades econômicas e discorre-se sobre a necessidade de uma agenda de transformação estrutural para a organização administrativa brasileira. Por meio da abordagem do *locus* do interesse público, do seu necessário reposicionamento na estrutura do Estado contemporâneo, trata-se da administração do interesse público pelo setor privado e dos fundamentos para a redução do Estado produtor. Ainda neste capítulo apresenta-se a assimetria informacional como uma das causas restritivas ao agir eficiente estatal e discorre-se sobre a figura do Estado-lucrador como uma disfunção administrativa estatal decorrente da permanência da sociedade de economia mista no contexto social e econômico contemporâneo.

No quarto e derradeiro capítulo apresenta-se uma perspectiva para a estrutura organizacional administrativa do Estado, a partir da análise da evolução dos conceitos de poder e de função do Estado. Sugere-se uma nova compreensão das funções estatais a partir de uma proposta de evolução institucional com foco no desenvolvimento econômico nacional, utilizando-se do direito administrativo no ponto de partida que culmina com a proposta de consolidação de uma Administração mista. Destaca-se, neste capítulo, que o compartilhamento da função pública com o setor privado e a desestatização da prossecução do interesse público são essenciais para que o

Estado possa ocupar a posição institucional de garantia da persecução do interesse público. Encerra-se o quarto capítulo com o debate acerca do desafio ao processo de transformação institucional proposto, apoiada na teoria da dependência da trajetória realiza-se a análise das instituições existentes como os pontos de equilíbrio duradouros a partir da abordagem econômica, de forma a explicar porque há pouco interesse em alterá-las.

Por fim, apresenta-se as conclusões do estudo por meio das quais espera-se oferecer uma contribuição útil à ciência do direito, notadamente para a compreensão dos efeitos da permanência da sociedade de economia mista no contexto socioeconômico contemporâneo brasileiro e, em especial destacar que o intenso intervencionismo estatal na economia não corresponde, necessariamente, a um reforço das garantias do cidadão perante o mercado.

Transformação talvez seja a palavra mais certa para caracterizar a época em que vivemos. Reconhece-se que o desafio consiste em congrega as necessárias adaptações institucionais para servir ao interesse público, sem negligenciar o risco que existe, de ao final, restarem comprometidos alguns importantes valores do Direito. Somente o tempo poderá provar o acerto do prognóstico.

1 A SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

1.1 FUNÇÃO, ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO BRASILEIRO

São várias as mudanças que, por todo lado, atravessam e pressionam o modelo organizacional do Estado neste início de século XXI. Muito embora não seja possível afirmar que exista hegemonia no modelo organizacional administrativo dos diversos Estados nacionais, fato é que suas estruturas administrativas destinadas ao atendimento das necessidades coletivas enfrentam momento de grande instabilidade, ora sendo ampliadas no ambiente intraestatal, ora sendo reduzidas com delegações de prestações públicas repassadas ao setor privado, especialmente por meio de instrumentos contratuais e sob regulação estatal.

A hodierna sociedade exige do Estado uma gestão administrativa eficiente, célere e participativa, oposta à cultura excessivamente burocrática e muito virada para dentro herdada do modelo de Administração Pública concebida no século XX, a qual, se permanecer, poderá condenar muitos serviços públicos à diminuição de qualidade, à falta de sustentabilidade e, conseqüentemente, culminar com a perda de confiança nos serviços, na fragilidade das instituições estatais e da própria democracia.¹

Assiste-se, em vários Estados, a debates prospectivos sobre as principais tendências, problemas e soluções visando a construção de uma modelagem adequada de estrutura e organização administrativa estatal, destinada à satisfação das necessidades coletivas. Nesse cenário, desponta com acentuada relevância a busca para a forma adequada de prestação dos serviços públicos que garanta a sua universalização.

Conforme assevera Luís Filipe Colaço Antunes, “impõe-se dar uma resposta sistemático-teorética ao triângulo mágico constituído pela multiplicação de direitos, privatização e desarticulação do direito administrativo, especialmente ao nível de sua orgânico-organizativa”.²

¹ MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Serviço público, que futuro?* Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

² ANTUNES, Colaço Luís Filipe. *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

No que se refere à estrutura organizacional administrativa do Estado brasileiro vislumbra-se que ao longo da história, ora optou-se pela execução direta da prestação dos serviços públicos e atividades econômicas, ora optou-se pela forma prestacional indireta, mediante a criação de empresas estatais e, em determinadas situações, com a utilização da figura da concessão³ dos serviços públicos.

Desde então, na estrutura organizacional administrativa do Estado brasileiro o setor empresarial estatal passou a representar importante peso econômico⁴, tanto sobre o lado das despesas correntes quanto pelo lado das receitas geradas pela prestação dos serviços públicos e atividades econômicas.

Ainda que seja indubitável reconhecer que o setor empresarial do Estado exerce relevante influência nas atividades econômicas, em razão de seu peso e importância política, na medida em que atua na função de potencial regulador do mercado, aduz-se que é importante indagar sobre os efeitos decorrentes da permanência do atual modelo organizativo administrativo estatal interventivo e da sua potencialidade para a efetiva realização do interesse público.

Inserido na proposta de revisitar os contornos da atuação empresarial do Estado, utilizada como discurso pela força motriz na busca do desenvolvimento econômico, propõe-se analisar o embate entre riscos e tensões existente nessa relação quase simbiótica entre comportamento empresarial e governativo, com o intuito de

³ “Por meio da concessão, o Estado transfere para o particular o exercício de parte de sua competência, pela autorização de desenvolvimento dos serviços públicos. Como resultado positivo transpassa ao particular o ônus financeiro do empreendimento e o risco de sua lucratividade ou não. Por outro lado, permite aos administrados disporem de serviços que deverão ser prestados de acordo com a melhor técnica, buscando os melhores resultados em termos de benefícios sociais, considerando-se que o Estado não dispõe da especialidade que o particular pode dispor relativamente à área de atuação”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Sociedade de economia mista e empresa privada*. Curitiba: Juruá, 1999, p. 130.) Marçal Justen Filho, manifesta-se em sentido contrário, sob a questão da assunção integral do risco pelo particular na concessão do serviço público, a conferir: “...o serviço público apresenta natureza institucional. Isso significa que a concessão de serviço público é um instrumento de agregação de sujeitos para ampliar os esforços necessários à concretização de um fim de grande relevância (...) A concessão propicia que um particular se comprometa com a promoção desse fim. Por isso, é despropositado admitir que a concessão acarreta que um serviço público seja desempenhado por conta e risco de um particular ou que o sucesso ou insucesso do concessionário se configure como irrelevante para o poder concedente”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 722.)

⁴ A título de exemplo, apenas no âmbito do Governo Federal, o setor empresarial em 31/12/2011 estava constituído por 139 (cento e trinta e nove empresas), sendo que 84,4 % dessas integram o setor produtivo estatal e 15,6% delas integram o setor financeiro. Em 31/12/2011, o ativo total das empresas estatais federais totalizou, em valores correntes, R\$ 836.653 milhões de reais, com resultado líquido de R\$ 34.800 milhões de reais. (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais*, 2011. Brasília: MP/SE/DEST, 2012. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2011/perfil_f inal_2011.pdf>. Acesso em 25 set. 2013).

estimular uma análise crítica tendente a identificar se a intervenção estatal⁵, na forma empresarial, não se avulta socialmente penalizadora ao funcionamento do mercado e à sociedade, no atual contexto socioeconômico brasileiro.

O momento é de intensa revisão das funções e da forma de atuação do Estado, como elemento central da esfera pública, que repercute nos tradicionais papéis exercidos pela Administração Pública em todas as suas ações. Todavia, não se ignora que o Estado pode e deve ser um ente modernizador em matéria econômica e social, para tanto, todavia, suas instituições devem ser revisitadas, notadamente para serem dirimidas eventuais contradições internas e tendências disfuncionais.

Nesse sentido, entende-se que uma instituição de relevante importância para investigação é a sociedade de economia mista, a qual atua, não raro, na função de substituição ou complemento à regulação do mercado. Quando organizada sob a forma de companhia aberta deve ainda buscar o equilíbrio entre a realização do interesse público e suas necessidades econômicas.⁶

1.1.1 Administração Pública, função administrativa e as necessidades coletivas

Para a realização de objetivos coletivos, cada vez mais complexos e desafiadores, o processo histórico desencadeou o aparecimento de gerações de

⁵ Eros Roberto Grau evidencia a necessidade de melhor uso da expressão intervenção estatal, a conferir: “Assim, inicialmente, quanto à referência a *intervenção* e não meramente *atuação estatal*, desejo insistir que vocábulo e expressão aparentam ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção (...) Aludimos então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A *intervenção*, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente *atuação em área de outrem*. Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto que a expressão *atuação estatal*; *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal* simplesmente, expressa significado mais amplo. (...) Por isso que o vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. (...) *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-83). [com destaque no original]

⁶ SALOMÃO, Calixto. Prefácio. In: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. vii.

estruturas institucionais aplicadas ao planejamento e destinadas à satisfação das necessidades coletivas.⁷

Argui-se que, desde que se conformaram as primeiras comunidades humanas surgiu a necessidade de se estabelecer, ainda que de forma rudimentar, uma Administração Pública e uma função administrativa⁸, ainda quando essas designações e idéias tal qual como se aplicam hoje, não fossem ainda conhecidas, tampouco sopesadas.⁹

O vocábulo administração, tanto na linguagem ordinária como jurídica, designa uma atividade dirigida à conservação ou melhoria de um patrimônio, um conjunto de coisas ou direitos. O alcance etimológico leva implícito o sentido de ação, atividade, serviço, exercício de um cargo, vindo a designar uma atividade consistente em executar, dirigir ou servir, por meio da aplicação dos meios úteis para o atingimento dos fins pretendidos.¹⁰

O ato de administrar abrange tanto as atividades de planejamento, direção e comando, como a atividade subordinada de execução, todas dependentes de uma vontade externa, seja individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade, devendo ser útil ao interesse que o administrador deva satisfazer.¹¹

Conforme leciona Afonso Rodrigues Queiró, “administrar é agir a serviço de determinados fins e com vista a realizar certos resultados”.¹²

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 3.

⁸ “A definição de função administrativa ou executiva não é simples, especialmente em virtude da evolução histórica. Toda doutrina tem dificuldade para explicitar o conteúdo material da função atribuída preponderantemente ao Poder Executivo. A grande dificuldade em definir o que é função administrativa reside na abrangência e heterogeneidade do conceito. (...) Ou seja, função administrativa não é algo descritível apenas em termos teóricos, porque reflete o modo como a Nação forjou sua concepção real, que se traduz no direito positivo. (...) o conceito de função administrativa adotado pelo direito positivo brasileiro não é resultado apenas da lógica e da razão, mas deriva da evolução histórica e de razões de ordem política. Justamente por isso, admite-se a possibilidade de a função administrativa ser desempenhada não apenas pelo próprio Estado, mas por organismos da sociedade civil – o que reflete uma etapa inovadora. (...) É útil diferenciar os conceitos de função administrativa e de atividade administrativa. A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meios das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam a sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 38-44).

⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés public como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Delpama, 1989, p. 33. [tradução livre]

¹⁰ *Ibid.*, p. 36. [tradução livre]; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. V. 1. Coimbra: [s.ed.], 1976, p. 6. [tradução livre]

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48-49.

¹² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op. cit.*, p. 6. [tradução livre]

Coloca-se em relevo, portanto, que toda administração é sempre uma atividade de índole teleológica, estruturada para alcançar fins estipulados.¹³ A administração existe tanto no âmbito privado, econômico ou social, porém em sentido técnico-administrativo emoldura-se por princípios de estrutura e de ordem que, em grande parte, aplicam-se à toda espécie de administração.¹⁴

Efetuada as considerações precedentes, interessa buscar uma conceituação primordialmente jurídica do que atualmente se entende por Administração Pública.

Na esfera da Administração Pública¹⁵ alude-se a existência da dupla face de conservação e desenvolvimento, porém com a especificidade de a mesma ter como objeto tarefas que servem ao bem comum,¹⁶ acrescido o fato de que sua vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador.¹⁷

Assim concebida, nos dizeres de Héctor Jorge Escola, “a Administração Pública não seria senão aquela atividade que se leva a cabo para alcançar fins que são públicos, gerais ou comuns, é dizer, que interessam ao público, ou pelo menos a uma maioria desse público”.¹⁸

Afonso Rodrigues Queiró elucida que, em sentido restrito e técnico, a Administração Pública é materialmente concebida apenas como uma parcela da atividade do Estado e como um setor de sua aparelhagem orgânica, da sua organização.¹⁹

Consoante Hartmut Maurer, são essas características que tornam a Administração Pública uma unidade organizacional, funcional e jurídica fechada em si mesma, tornando-a claramente delimitável. Aduz o autor que seu objeto é a vivência social comum e que, em razão disso, a Administração deve se ocupar das pessoas na

¹³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 37. [tradução livre]; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op. cit.*, p. 6. [tradução livre]

¹⁴ MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. rev. compl. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006, p. 1.

¹⁵ Adota-se a expressão de Administração Pública para designar uma das funções estatais, cuja atividade foi anteriormente desempenhada exclusivamente por órgãos estatais. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁶ ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003, p. 1. [tradução livre]

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 37. [tradução livre]

¹⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op. cit.*, p. 8. [tradução livre]

coletividade e dos assuntos da coletividade.²⁰ Afinal, é a natureza própria dos fins gerenciados que distingue a administração pública da administração privada.²¹

Assim, debater sobre Administração Pública pressupõe perseguir aquilo que justifica a sua existência, qual seja, o interesse público ou um conjunto de necessidades coletivas cuja satisfação se faz por meio de serviços que ela cria e mantém.²²

O interesse público é, de um lado, o fim da atividade administrativa e, por outro lado, o limite de toda ação administrativa.²³ Resulta, portanto, que a Administração deve ser orientada pelo interesse público.

Em sincronia com Hartmut Maurer, compreende-se que “os ‘interesses públicos’, todavia, não estão estabelecidos de uma vez, mas são submetidos à mudança do tempo e, também, em seu tempo, são frequentemente controversos”.²⁴

Convém enfatizar, todavia, que a satisfação de interesses gerais e comuns a um grupo de pessoas é dependente da existência de uma sociedade politicamente organizada para o provimento da realização do bem comum, ou ainda, da realização da paz social, segundo uma idéia de justiça.

Ao adotar a compreensão de que é a sociedade um grupo humano suficientemente coeso para desenvolver uma unidade de propósitos, desponta o Estado, como organização juspolítica da sociedade, a quem cabe declarar quais são esses interesses, que devem ser por ele assegurados.²⁵

Conforme observa Luís Filipe Colaço Antunes, “a qualificação de uma necessidade coletiva como interesse público não é tanto obra do *legislador* quanto da *lei*, daí sua natureza intrinsecamente normativa”.²⁶

Desse modo, compete ao legislador e, portanto à lei, à luz de critérios constitucionais, avaliar e qualificar, em caráter originário, a relevância de uma necessidade coletiva intensa como apta a integrar a noção de interesse público. Logo, essa tarefa está fora do alcance da Administração Pública, que não poderia, por si só,

²⁰ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 2-5.

²¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 37. [tradução livre]

²² FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito da organização administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 17.

²³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 50

²⁴ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 5.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 8.

²⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no século XXI*, p. 43. [com destaque no original]

escolher o objeto e o escopo de sua própria atividade, tal significaria reconhecer que a forma geral de atuação da Administração seria a discricionariedade.²⁷

Uma vez admitida a premissa de que a atividade administrativa consiste na persecução do interesse público definido pela lei, tem-se, de fato, que o aspecto central está na procura da melhor forma de sua possível realização, exigindo uma ação inteléctiva e o desenvolvimento de um processo lógico por parte da Administração.²⁸ Ou seja, na escolha dos meios para realizar o interesse público. Daí a necessidade da existência de uma organização estruturada para fazê-lo.

Inequivocamente, tem-se que a razão de ser de toda Administração Pública e de sua forma de organização prende-se ao interesse público e se manifesta e se evidencia nas diversas modalidades de intervenção²⁹ dos poderes públicos.³⁰

Observada essa dinâmica não se pode deixar de acrescer, que a matéria sobre a estrutura e organização administrativa do Estado, notadamente sobre a Administração Pública e suas competências funcionais, está imbricada à forma de governo e Estado na qual está inserida, como um liame que as solidariza.

No cenário contemporâneo, a pluralização dos interesses existentes na sociedade levou a doutrina a reclassificá-los em novas categorias, sendo que os próprios interesses públicos igualmente se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado.³¹

²⁷ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*, p. 43.

²⁸ *Ibid.*, p. 49-50.

²⁹ Luís S. de Cabral de Moncada afirma que os conceitos de intervenção direta e indireta do Estado não coincidem no direito administrativo e no direito económico, a conferir: “No primeiro, a intervenção é indirecta se a entidade é independente. No segundo, a intervenção é indirecta se Estado (por si ou interposta pessoa) não é o titular efectivo da exploração económica. Caso contrário, por mais independente juridicamente que a entidade económica (a empresa) seja, como no caso da sociedade comercial, a intervenção ainda será <<directa>> se for o Estado (ou outra entidade pública) o titular real da exploração. A óptica é económica e não jurídica. A intervenção <<directa>> do Estado é mais ampla na óptica económica do que na jurídica”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 48).

³⁰ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*, p. 15.

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 9. “Os interesses secundários são, portanto, da mesma natureza que os interesses privados, pelo que não gozam de supremacia”. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 308).

Respeitada essa classificação, tem-se que os interesses públicos secundários somente serão considerados legítimos quando instrumentais para a satisfação dos interesses primários.³²

Como se pode observar, o interesse público primário é o interesse público por excelência, o bem comum, que constitui a base de uma sociedade política, englobando os fins primordiais que caracterizam o Estado.³³

Nesse sentido, alude-se que somente o interesse público primário pode ser equiparado ao interesse coletivo previsto no art. 173 da Constituição Federal.³⁴

Fato é que o problema da identificação e da concretização do interesse público (primário) é um velho problema ainda não definitivamente resolvido.³⁵

Por consequência, a satisfação do interesse público primário demanda a individualização de pretensões secundárias ou interesses públicos secundários, que correspondem àquelas necessidades coletivas que as autoridades públicas deverão satisfazer, por meio de meios institucionais e materiais próprios, a fim de cumprir os objetivos fundamentais da comunidade política.³⁶

Assim, a fixação normativa do interesse público primário, exigirá até, numa sociedade complexa como a atual, uma crescente autoridade da Administração na sua concretização, inclusive mais intensa do que em tempos pretéritos.³⁷

Com efeito, a comparação, na ausência de uma individualização clara e exata do interesse público primário é fantasiosa.³⁸

Assim, por exemplo, as necessidades de segurança e proteção dos cidadãos serão asseguradas pela coletividade por meio dos serviços de polícia; a necessidade de construção e manutenção de estradas, portos e aeroportos, por meio de serviços e obras

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 9.

³³ FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito da organização administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 21.

³⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 229.

³⁵ “Para a identificação do interesse público é necessário que seja relevado o aspecto material, ou seja, o ordenamento não pode criar uma ficção tal que transforme um interesse claramente irrelevante para a sociedade em um interesse público. É preciso um ‘lastro substancial’, que ligue o sistema jurídico à vida concreta e à realidade da atuação estatal. O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de se criar um princípio da supremacia do Estado. (...) Mesmo que em uma determinada situação uma lei específica afirme uma situação como de interesse público, é possível que ela efetivamente não o seja. (...) Em suma, a caracterização de um interesse público pelo ordenamento e a atribuição de prevalência a ele não pode afrontar a realidade social típica do momento e do lugar da aplicação do Direito”. (GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 309).

³⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 21.

³⁷ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 54.

públicas; as necessidades de deslocamento de massas é suprida pelos serviços de transporte coletivos; a defesa militar contra ameaças externas é assegurada pelas Forças Armadas; a necessidade de suprimento de água, remoção de esgotos e resíduos sólidos, é assegurada pela prestação dos serviços de saneamento; o suprimento de gás, eletricidade é assegurada pelos respectivos serviços mantidos pela coletividade.³⁹

Enfim, a partir desse rol exemplificativo é possível constatar que a satisfação das necessidades coletivas demanda avultados recursos materiais e humanos, decorrendo daí a razão de estabelecer uma estrutura e organização administrativa constituída de um complexo conjunto de entidades e organismos destinados a possibilitar que a Administração Pública proceda a prossecução do interesse público.

Convém destacar, por ora, que existem necessidades coletivas que são satisfeitas pelo próprio Estado, enquanto outras são satisfeitas por entidades empresariais públicas ou privadas com poderes especiais, ou ainda podem ser satisfeitas por meio da atividade de particulares. Essa diversidade na forma organizativa para a satisfação das necessidades coletivas será objeto de enfrentamento posterior neste trabalho. Importa neste momento reter que “nem todos os serviços que funcionam para a satisfação das necessidades coletivas têm a mesma origem e natureza”.⁴⁰

Conforme registra Diogo Moreira de Figueiredo Neto, “no caso da estruturação maior, que é a do próprio Estado, como sistema *poliorgânico*, as funções⁴¹ se multiplicam e se descentralizam, na medida em que lhe são cometidas as mais diversas atribuições constitucionais, tendendo a ser um sistema *polifuncional*”.⁴²

Ademais, é importante destacar que a discussão sobre a noção concreta de Administração Pública ainda carrega consigo outros sentidos, apontados pela doutrina administrativista: (i) Administração Pública em sentido orgânico ou subjetivo, despontando como sinônimo de organização administrativa; (ii) Administração Pública em sentido material ou objetivo, como sinônimo de atividade administrativa e função administrativa; (iii) Administração Pública em sentido formal, designando o modo de

³⁹ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 22.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 24.

⁴¹ Para uma compreensão e análise mais aprofundada das funções do Estado recomenda-se, dentre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 22-31.

⁴² *Ibid.*, p. 10. [com destaque no original]

atuação dos organismos públicos, nesse caso, representando sinônimo de exercício de poder administrativo por meio de atos administrativos.⁴³

Em sentido orgânico ou subjetivo, assim entendido como centro de imputação do poder estatal⁴⁴, integra a Administração Pública o sistema de órgãos⁴⁵, serviços e agentes do Estado e de suas pessoas coletivas, que asseguram em nome da coletividade a satisfação regular e contínua de necessidades coletivas.⁴⁶

Cumprido esclarecer que, enquanto os poderes orgânicos se articulam em órgãos, representados por entes despersonalizados competentes para executar funções determinadas, os poderes funcionais desdobram-se em funções, que se constituem no conjunto de atribuições cometidas aos órgãos para a prática de atos específicos.⁴⁷

Em sentido amplo, a Administração Pública subjetivamente considerada compreende tanto os órgãos governamentais aos quais incumbe definir planos de ação, dirigir e comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados e dependentes, aos quais incumbe executar os planos governamentais.

Em sentido material ou objetivo a Administração Pública é conceituada como sendo a atividade típica desenvolvida pelo Poder Executivo das diversas esferas do Governo, visando a satisfação do interesse geral da coletividade e constituindo, nestes termos, o exercício da função administrativa.⁴⁸ Designa, portanto, a natureza da atividade exercida.⁴⁹

⁴³ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 25; MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 2; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 30. Admitindo apenas dois sentidos para a expressão Administração Pública, enquanto organização do Estado, dividindo apenas em (i) sentido subjetivo, formal ou orgânico e (ii) sentido objetivo, material ou funcional, destaca-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 21. Héctor Jorge Escola, compreende o critério orgânico ou subjetivo como desdobramento da teoria residual, segundo a qual, toda atividade estatal que não se refira à atividade legislativa ou judicante, se constitui precisamente na atividade administrativa, cuja gestão e desenvolvimento está a cargo da Administração Pública, porém adverte: “a adoção da mesma implicaria aceitar a errada conclusão de que os órgãos legislativos e judiciais não cumprem nenhum tipo de atividade administrativa”. ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 37. [tradução livre]

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 21.

⁴⁵ Para as finalidades deste trabalho, o vocábulo órgão é empregado para indicar a parte instrumental de um corpo estatal, podendo apresentar-se como órgão singular ou coletivo, cuja atuação resulta de uma vontade unificada. Adota-se a noção de órgão como sendo indissociável de sua função, compreendendo-se, portanto, que uma pressupõe a outra. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 22.

⁴⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 25. [com destaque no original]; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 21.

⁴⁸ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49.

Esclarece-se que a Administração no sentido organizacional é determinada pela organização administrativa estatal que consiste na totalidade das corporações administrativas, órgãos administrativos e outras instituições administrativas e que, portanto, embora complexa seja facilmente delimitável⁵⁰, por outro lado, a compreensão conceitual da Administração em sentido material é duvidosa e debatida. Para Hartmut Maurer, “o valor do conhecimento dessa definição está situado nisto, que a administração é colocada na conexão total da atividade estatal e classificada no esquema de divisão de poderes tradicional, que também está na base da Lei Fundamental”.⁵¹

De qualquer modo, é necessário que se sublinhe que “**objetivamente** considerada, a Administração Pública compreende a **função política**, que traça as diretrizes governamentais e a **função administrativa**, que as executa”.⁵²

Toda função⁵³ não é mais do que uma atividade dirigida para um fim determinado, uma atividade a ser cumprida por um órgão de Estado, para o atingimento de uma finalidade de interesse geral que lhe é inerente. “Essa é a idéia da função pública, como se adverte, abarca todas as funções do Estado, tanto as administrativas como as legislativas e judiciais”.⁵⁴

A função administrativa é aquela função do Estado que, de forma concreta, imediata, contínua, prática e normalmente espontânea, se executa a fim de alcançar, de maneira direta, a realização das metas estatais.⁵⁵

Para Afonso Rodrigues Queiró, a função administrativa é a atividade administrativa do Estado. Todavia, enfatiza que o Estado desenvolve outras várias

⁵⁰ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 2. [com destaque no original]

⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 49. [com destaque no original].

⁵³ “O conceito de função é indispensável para a compreensão do direito público. O Estado é investido de funções, figura que não se confunde com os direitos subjetivos. A função é um conjunto de competências atribuídas ao sujeito que se encontra em certa posição jurídica para a realização única e exclusiva dos interesses supraindividuais e dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico. A consagração de um Estado Democrático de Direito significou a funcionalização de todos os poderes, atribuições e competências estatais. A funcionalização envolve a segunda acepção acima referida para o vocábulo ‘função’. Indica que o direito reconhece e tutela certos fins a serem atingidos, impondo a obrigatoriedade de sua realização. Quando a importância desses fins ultrapassa o âmbito individual, o direito atribui ao Estado a obtenção dos referidos fins e a realização dos valores neles envolvidos. Atribuir ao Estado a realização de certos fins não significa torná-los dependentes da vontade dos agentes estatais. A funcionalização significa, por inerência, que o fim a ser prepondera sobre o interesse pessoal e a conveniência individual do governante”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 36).

⁵⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 88. [tradução livre]

⁵⁵ *Ibid.*, p. 40. [tradução livre]

funções.⁵⁶ Para o autor, “a função identifica-se pelas finalidades que se visa realizar, exercendo-a. Cada uma das outras funções tem o seu fim ou fins específicos (...). O Estado, quando administra, actua e realiza a sua própria vontade...”⁵⁷

Adverte-se, todavia, que tal distribuição é meramente didática e não rigorosa, uma vez que a Constituição disciplinará funções às quais confere relevante importância e, não raro, a legislação infraconstitucional poderá criar, por sua vez, órgãos secundários constitucionalmente autônomos, que podem não se amoldar a essa configuração em razão da superação do conceito clássico e estanque de tripartição de poderes.⁵⁸

Todavia, a definição de função administrativa não é simples e a doutrina tem dificuldade para explicar o conteúdo material da mesma, especialmente em razão de sua evolução histórica.⁵⁹

Ainda que essa definição seja por si só um tema bastante complexo, importa reconhecer que a função administrativa⁶⁰ se traduz na atividade necessária à satisfação das necessidades coletivas que deve ser desenvolvida em conformidade com o quadro legal pré-estabelecido. Logo, tem-se que a função administrativa é instrumental da função política⁶¹, encontra-se subordinada à função legislativa e é controlada pela função jurisdicional.⁶²

Por conseguinte, cabe à função política definir o interesse geral da coletividade, enquanto à função administrativa compete realizá-la, de forma concreta. Assim, enquanto a função política é criadora, pois a ela cabe inovar e eleger as prioridades para o país visando o desenvolvimento da coletividade, a função administrativa tem natureza executiva, pois deve concretizar as orientações definidas pelo nível político. Por esse motivo, diz-se que a função administrativa possui caráter

⁵⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op. cit.*, p. 9. Para o autor as demais funções do Estado são: função política ou governamental, a função legislativa e a função jurisdicional.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 14-16.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 22.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ Não cabe à função administrativa nem a definição das necessidades colectivas, nem a seleção daquelas que deve satisfazer, nem sequer a ordenação de prioridades ou o traçado dos grande princípios materiais, orgânicos e formais a que deve obedecer essa satisfação”. (FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 29).

⁶¹ Sobre função política e seu exercício no direito brasileiro verificar, dentre outros: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁶² FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 27.

condicionado e secundário, tal como a função jurisdicional, enquanto as funções política e a legislativa são qualificadas como funções primárias.⁶³

Enfim, aduz-se existir consenso acerca do entendimento de que a função administrativa deve perseguir os interesses gerais da coletividade, por meio de operações materiais que a possibilitem perseguir o interesse público a seu cargo, com primazia sobre os demais interesses.

O interesse público, em consequência, desponta como elemento constitutivo e fundamental para a noção conceitual de Administração Pública. É a existência de finalidades de interesse público que devem ser alcançadas pela Administração Pública o que melhor qualifica e define a noção de Administração Pública, a qual não se concebe sem essa necessária e direta relação.

Uma vez que a Administração Pública se concebe, assim, vinculada ao conceito de interesse público⁶⁴, a atividade administrativa é somente uma modalidade particular de atingi-lo.⁶⁵

Ao compreender que o essencial da função administrativa está na afirmação da prevalência do interesse público concreto⁶⁶, se vislumbra que compete à Administração Pública em sentido estrito⁶⁷, por meio das pessoas jurídicas, órgãos e agentes que exercem a função administrativa, criar condições favoráveis para que as necessidades coletivas sejam satisfeitas, daí ser necessária uma organização de serviços, de recursos materiais e de pessoas que possam cumprir esse mister, com regularidade e eficiência. Em suma, é impossível compreender a função administrativa sem considerar a existência de organizações estáveis e permanentes.⁶⁸

Contudo, é preciso levar em conta que as organizações estatais não possuem justificativas de existência em si mesmas, uma vez que o Estado não existe para satisfazer as suas estruturas burocráticas, tampouco para realizar interesses exclusivos de grupos de interesse. O Estado, sua estrutura e organização somente se justificam como instrumentos para a realização dos direitos fundamentais.

⁶³ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ “importa dizer que a natureza jurídica do interesse público está umbilicalmente ligada ao poder-dever-direito fundamental da Administração prosseguir a realização de interesses vitais à comunidade, poder-dever-direito que é irrenunciável e imprescritível”. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*, p. 42).

⁶⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 44. [tradução livre]

⁶⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 30.

⁶⁷ Conceituação proposta por: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 54.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 38-39.

Hodiernamente há fundamentos para que se conclua que é relevante a natureza da atividade e os fins a que ela se norteia e não a qualidade do sujeito que a desenvolve, eis que tomou-se consciência de que o Estado não possui condições de satisfazer todas as necessidades de caráter geral.

Fato é que a sociedade tornou-se muito complexa para que suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente pelo Estado, exigindo que a própria função administrativa deixe de ser monopolizada pelo Estado. Neste novo cenário, a função administrativa pública necessita ser desdobrada em função administrativa estatal e função administrativa não estatal.⁶⁹

O processo histórico apresenta uma dinâmica incessante construindo e destruindo, simultaneamente, valores positivos e negativos da realidade circundante, ao mesmo tempo em que impõe que as novas necessidades sejam identificadas e expostas, convocando o Estado para a defesa de valores essenciais.⁷⁰

Isabel Fonseca complementa que: “**O Estado** é a principal entidade pública, a principal pessoa colectiva pública das que integram a Administração. **O governo** é o mais importante órgão administrativo do país. (...) Contudo, não passam de uma parte da Administração Pública”.⁷¹

Ao adotar essa compreensão, é possível visualizar que a Administração Pública não se limita ao Estado, que tampouco a atividade administrativa é exclusiva do Governo⁷², uma vez que existe um conjunto de entidades administrativas distintas do Estado que possuem personalidade jurídica própria e autônoma.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 4-20.

⁷¹ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 25. [com destaque no original]

⁷² “A expressão *função de governo* indica um conjunto de competências, não relacionadas propriamente à satisfação das necessidades essenciais, vinculadas aos direitos fundamentais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas públicas primárias. (...) Adota-se o entendimento de que a função de governo não apresenta natureza administrativa, o que significa ausência de aplicação do mesmo regime jurídico reservado para a função administrativa. Isso exige dois acréscimos indispensáveis. O primeiro se relaciona com a dificuldade de estabelecer um limite preciso e exato entre função administrativa e função política. Não é possível invocar, sem mais, a natureza política de certa competência para tentar escapar ao regime jurídico da função administrativa, até porque em inúmeros casos se conjugam funções administrativas e políticas. O segundo se refere à existência de controles e limites apropriados para a função política, ainda que diferenciados. Admite-se que o regime jurídico da função de governo é diverso, mas isso não significa impossibilidade de controle nem ausência de limites”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 43-44)

1.1.2 Organização administrativa estatal: historicidade e elementos de caracterização

O âmbito de atividades, de realização de tarefas, da estrutura e formas de atuação da Administração Pública apresenta variações no tempo, em função do tipo e da forma do Estado na qual está inserida, do sistema de governo vigente e, sobretudo, das vinculações impostas pelos limites jurídicos e pelas diretivas governamentais de cada época. Trata-se de função tão multiforme e complexa que levou Hartmut Maurer a afirmar que “a administração não se deixa definir, mas somente descrever”.⁷³

Ressalte-se que uma noção unitária, de síntese, para Administração Pública não seria apenas inútil, senão que até mesmo impossível.⁷⁴

Com efeito, a Administração pública é desde logo um fenômeno criado pelo homem, artificial – em definitivo, cultural, pelo que se tem uma natureza histórica, representando o fruto de uma longa e complexa evolução.⁷⁵

De fato Administração Pública é configurada pelos influxos das circunstâncias políticas, sociais, econômicas, técnicas e culturais de cada tempo. Ademais, ela é compelida a reagir às exigências de seu tempo e utilizar as possibilidades técnicas disponíveis a cada momento visando o cumprimento de seu mister. A atividade administrativa estatal, em regra, reflete concepções personalistas de poder.⁷⁶

É, pois, sob essa perspectiva e com o objetivo de alinhar a compreensão da caracterização, das formas de organização e funcionamento da Administração, que optou-se para os fins deste trabalho, traçar uma breve síntese do desenvolvimento histórico do sistema administrativo contemporâneo⁷⁷, limitando-se, todavia, a algumas observações tipificantes e generalizantes perseguido apenas na medida que são necessárias e adotando-se como ponto de partida a idade moderna⁷⁸.

A opção apoia-se no fato de que sob a existência de Estados constituídos sobre a base de regimes fortemente autoritários, nos quais os indivíduos pouco ou não

⁷³ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 5.

⁷⁴ CASSESE, Sabino. *La basi del diritto amministrativo*. 9. ed. rev. ampl. Milano: Garzanti, 2000, p. 45.

⁷⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 21.

⁷⁷ Opta-se pelo corte metodológico e, sobretudo, temporal em simetria com o pensamento de Héctor Jorge Escola, que afirma que a Administração Pública moderna surge com a Revolução Francesa de 1789. ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 34. [tradução livre]

⁷⁸ Considera-se o Estado Absoluto do século 17 e 18 como marco inicial da idade moderna. Cf. MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 14.

podiam exigir e eram os monarcas que decidiam o que e como se devia fazer e cumprir, resultava impossível uma consideração sistemática e técnica da forma, distribuição e composição dos serviços administrativos.⁷⁹

Importante registrar a advertência de Diogo Moreira de Figueiredo Neto: “Algum tipo de *administração pública* sempre existiu, desde que se organizou a sociedade.”⁸⁰

Evidencia-se que no continente europeu, em período anterior à Revolução Francesa e até o século XVIII predominava um sistema administrativo configurado pela monarquia absoluta, também denominado de monarquia tradicional europeia, que foi caracterizado pela concentração de poderes e pela não submissão ao Direito e, por isso mesmo, pela ausência das funções administrativa e jurisdicional⁸¹. Note-se, em destaque, o que registra Isabel Fonseca: “Há uma máquina administrativa pesada dependente do Rei. Aliás, a vontade do Rei é a lei suprema (*l'État c'est moi*): há o culto da razão do Estado (...) Como não é Estado de direito, o Estado absoluto não fornece garantia aos particulares.”⁸²

Luciano Parejo Alfonso destaca que no final do século XVIII, assistiu-se à criação de um aparato público paralelo ao tradicional, cujo modelo organizativo foi denominado de monarquia administrativa.⁸³ O movimento ocorreu em ritmo desigual nos diferentes Estados europeus, mas marcou a época.

Naquele período, a atividade administrativa cresceu consideravelmente em extensão e intensidade, interferindo por meio de regulamentos, ordenando, fomentando e auxiliando nos âmbitos da vida comunitária, econômica e social. Desenvolveu-se a denominada teoria do fisco, segundo a qual o particular devia aceitar as intervenções do monarca em seus direitos adquiridos ou jurídicos-naturalmente fundamentados, mas podia, dado o caso, pedir indenização do fisco, que foi concebido como pessoa jurídica independente.⁸⁴

⁷⁹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 63. [tradução livre]

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 51. [com destaque no original]

⁸¹ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 14.

⁸² FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 38.

⁸³ “Forma de Estado própria do absolutismo maduro caracterizada pelo desdobramento da burocracia em dois troncos contrapostos: ao herdeiro direto da tradição medieval é destinado a propiciar a tutela da justiça, ao outro é vocacionado a desenvolver, por baixo de uma estreita direção central, as competências relacionadas com a política fiscal-militar do soberano”. (ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 12).

⁸⁴ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 15.

Esse cenário altera-se intensamente no último terço do século XVIII, quando sucederam profundas alterações decorrentes do crescimento demográfico, de crises agrícolas⁸⁵ e com o advento das revoluções liberais⁸⁶, que conduziu à demanda por reformas.

O Estado Liberal⁸⁷ foi concebido sob a afirmação de que a lei é a expressão da vontade geral, que o Estado tem o dever de submissão às normas jurídicas, com a consagração do princípio da legalidade e do princípio da separação de poderes. No modelo de Estado liberal, os direitos dos homens são vistos como direitos naturais, anteriores e superiores ao Estado, além disso, pela Constituição e leis consagraram uma trilogia de valores fundamentais: liberdade, propriedade e segurança.⁸⁸

Foi contudo, no século XIX, que a burguesia liberal erigiu-se contra a tutela e regulamentação do Estado personificado no monarca e no seu aparato de funcionários, exigindo a redução da atividade estatal para o âmbito da segurança e ordem pública e a vinculação do próprio Estado às leis.

Hartmut Maurer registra que o entendimento da coletividade à época era de que “o âmbito privado, comunitário e econômico deveria ficar entregue a si mesmo e a seu próprio mecanismo de condução orientado pelo princípio da livre concorrência (princípio do *laissez faire, laissez aller*).”⁸⁹

Fato é que as exigências da coletividade, à época, impuseram-se amplamente, ainda que não de forma completa⁹⁰, e as Constituições promulgadas ao

⁸⁵ Cf. ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 13.

⁸⁶ Refere-se à Revolução Inglesa com início em 1640 e fim 1668/1669; à Revolução Gloriosa no Reino Unido em 1668/1669 e à Revolução Francesa em 1789.

⁸⁷ “No Estado liberal a Administração intervinha pouco. A economia era assunto privado. O contacto do cidadão com o Estado limitava-se aos impostos e a polícia. Mas quando intervinha fazia-o na veste do poder, sendo o acto administrativo a respectiva intervenção (...) Com efeito, no contexto do Estado liberal mínimo as posições dos cidadãos relativamente ao Estado são meramente opostas e traduzem-se na eliminação de actuações ilegais contra as respectivas pretensões protegidas pelo direito privado”. (MONCADA, Luís S, Cabral de. *Op. cit.*, p. 35). “A Administração do Estado liberal caracterizava-se, sobretudo, pela sua neutralidade, isto é, pela ausência de funções transformadoras no quadro da execução de um programa político prospectivo incorporado na lei. A actividade administrativa e, assim, nesta fase, essencialmente ordenada à garantia das estruturas do funcionamento livre e concorrencial do mercado, no quadro de um modelo concebido para servir os interesses de uma burguesia representada no parlamento. (...) Para além do apontado minimalismo, um outro paradigma do Estado liberal é o da existência de uma Administração forte, agressiva e centralizada, capaz de desenvolver suas funções de polícia com eficácia e sem concessões a particularismos que distorcessem o funcionamento da *ordem natural*” (KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 21-22). [com destaque no original]

⁸⁸ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 15.

⁹⁰ Cf. MAURER, Hartmut. *Op.cit.*, p. 15.

longo do século XIX conduziram a uma compensação entre o monarca e a burguesia, cujo resultado foi, no plano social e econômico, uma nova ordem e, no político, uma nova forma de Estado.⁹¹

É o que, a propósito, registra Hartmut Maurer: “o executivo permaneceu, sem dúvida, no monarca. Intervenções da administração em liberdade e propriedade (...) âmbito burguesamente comunitário, porém, somente eram admissíveis quando uma lei, aprovada pela representação popular, autorizava a isso.”⁹²

Não se pode negligenciar, contudo, que o reconhecimento da existência de direitos subjetivos públicos, anteriores e superiores ao Estado, ocorrido no período do Estado liberal, possibilitou que os particulares superassem a condição de súditos para se tornarem portadores de garantias individuais perante o Estado, logo, perante a Administração.⁹³

Com efeito, sustenta-se que foi com a transição ao período liberal que a Administração Pública passa a ser compreendida como a Administração do Estado, contudo ainda sem similaridade com a Administração Pública como compreendida na atualidade.⁹⁴ Ademais, o dualismo Estado/sociedade que originou a idéia de monopólio da Administração Pública no período liberal ainda assim não propiciava a distinção entre Administração Pública e a noção de Estado central, reduzida à concepção de Estado mínimo, mero garantidor da liberdade e propriedade.⁹⁵

Do mesmo modo, Héctor Jorge Escola, sustenta que no período liberal a Administração Pública aparece como algo diferenciado e determinado, necessariamente submetida ao direito e frente a ela se encontram os particulares e os administrados, titulares de prerrogativas jurídicas que possam sustentar e fazer valer na justiça.⁹⁶

Hartmut Maurer acresce que o ponto culminante do desenvolvimento do Estado liberal é a ordenação de indústria e comércio promulgada em 1869, que

⁹¹ ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 14.

⁹² MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 15.

⁹³ FONSECA, Isabel Celeste M. *Op. cit.*, p. 40. No mesmo sentido, reconhecendo o surgimento da administração pública moderna com a Revolução Francesa de 1789: ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 34. [tradução livre]

⁹⁴ FREITAS, Daniela Bandeira de. *Op. cit.*, p. 47.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 34. [tradução livre]

postulava a liberdade de indústria e comércio e admitia somente poucas limitações e intervenções motivadas pelo rechaço do perigo.⁹⁷

Com efeito, assistia-se no continente europeu ao fenômeno da progressiva industrialização e mecanização, concomitante com a aglomeração de pessoas em delimitados espaços urbanos e com empobrecimento de amplos grupos populacionais decorrente dos períodos de guerra e pós-guerra.⁹⁸

Alude-se que foi no contexto de desenvolvimento da sociedade industrial vivenciado ainda no período liberal, que o Estado foi compelido a cuidar da segurança social do particular e, ao mesmo tempo, colocar à disposição prestações e instalações dos mais variados tipos para garantir o abastecimento da população em sentido econômico, social e cultural, tais como água, energia, gás, prevenções sanitárias, hospitais, asilos, escolas, teatros, museus, parques, dentre outros.⁹⁹

Em síntese, múltiplos fatores pressionavam o Estado sempre mais para a atividade social, como resposta às necessidades e pretensões crescentes do particular e assim foi que, sob o influxo de necessidades e exigências prementes que a Administração Pública deixa de ser abstencionista¹⁰⁰ para se converter em uma entidade intervencionista para o fim de atender as necessidades essenciais dos próprios indivíduos que, individualmente, se encontravam impossibilitados de alcançar seu bem estar.¹⁰¹

Conforme observa Marcia Carla Pereira Ribeiro “...as reivindicações de caráter social adotam como estrutura de poder o *Estado intervencionista*.”¹⁰²

⁹⁷ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 16.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ “Na viragem do século, sobretudo como reacção directa da miséria humana em que vive a enorme massa proletária que emerge da industrialização, assiste-se ao desmantelamento progressivo do modelo liberal do Estado e ao vingar de concepções político-ideológicas (de cariz eminentemente social-democrata ou laborista) que preconizam uma intervenção estadual alargada em domínios que até então estavam subtraídos da esfera pública. No plano económico, a Administração passa a protagonizar um programa intervencionista, que prevê um papel activo de regulação do mercado, tendo em vista a redução de externalidades sociais graves que decorrem o seu funcionamento ‘selvagem’, bem como a subordinação da economia à realização do bem estar colectivo...”. (KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 23)

¹⁰⁰ “O primeiro quartel do século XX presenciou certos fatos que começaram a apontar para uma diferente orientação económica do Estado. A I Guerra Mundial dava início a um processo que culminaria com o fim do abstencionismo económico postulado pela teoria liberal clássica (...) a palavra-de-ordem, como solução a tal calamidade social, passou a ser a intervenção estatal, o dirigismo económico”. MENDES, Conrado Hubner. *Reforma do Estado e Agências reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo económico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 110.

¹⁰¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 35. [tradução livre]

¹⁰² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 43. [com destaque no original]

É, pois, sob essa perspectiva que Luciano Parejo Alfonso registra que aos poucos, “a nova ordem constitucional libera uma função de ‘administração geral’ e assenta as bases de uma organização propriamente administrativa.”¹⁰³

Acrescente-se aos elementos de reflexão já apontados, a necessidade de uma conformação organizacional da Administração Pública decorrente do acréscimo de tarefas que lhe passa a ser incorporado.¹⁰⁴

No início do século XX, evidencia-se o surgimento do conceito de ‘*previsão de existência*’, o qual circunscreve a tarefa estatal de preparação de bens e prestações necessárias a uma existência humana conveniente.¹⁰⁵

O conceito passou a ser debatido, simultaneamente, tanto quanto ao conteúdo como à respeito de sua relevância jurídica. Assim, para o efeito de assegurar a satisfação das necessidades coletivas formam-se instituições que pretendem possuir caráter duradouro e aptidão para mobilizar recursos materiais e humanos.¹⁰⁶

Consoante Hartmut Maurer, o cenário induziu a uma posterior e nova concepção de Estado que denominou-se de Estado de Direito Social¹⁰⁷, por unir encargo social e estabilidade jurídica numa modelagem em que inclusive a atividade de prestação e configuração social do Estado deveriam estar vinculados ao Direito.¹⁰⁸

É necessário, porém, ressaltar que foi o desenvolvimento do constitucionalismo nos países da Europa ocidental que acarretou uma maior vinculação

¹⁰³ ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁴ O direito e dever do estado para o cumprimento de todas essas tarefas resulta do princípio do estado social determinado jurídico-constitucionalmente (...) O ‘rechaço do perigo’ é como de costume, uma tarefa legítima e irrenunciável da administração, mas ela é complementada por tarefas de prevenção, prestação e fomento no âmbito social, econômico e cultural. O alargamento e aumento da atividade administrativa, com isso condicionados, conduziram a isto, que o estado atual é designado decididamente como ‘estado administrativo’. Nisso é correto que esse desenvolvimento conduziu à extensão considerável da atividade administrativa e, com isso, também do aparato administrativo”. (MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 17).

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ *Id.*; “...o Estado social de direito constitui a tentativa de **tomar como unidade o estático Estado liberal de direito e o dinâmico estado social**. A protecção e a assistência social devem ter lugar segundo as formas do Estado de direito, com vista a assegurar uma justiça social. Por conseguinte, o direito é o meio para a concretização da dimensão social”. (WOLFF, Hans J; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 199. [com destaque no original]

¹⁰⁸ “Isso distingue o estado de direito social da atualidade, fundamentalmente, do estado de bem-estar do absolutismo e o coloca na tradição do estado de direito liberal. Certamente, ele também tornou-se maior que aquele em sentido estatal-jurídico, porque ele exige não somente a vinculação formal à lei, mas também a realização da justiça material”. (MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 17).

material aos princípios jurídico-públicos constitucionais, culminando com a proliferação organizacional e funcional das atividades públicas.¹⁰⁹

Como já recordou Luís Filipe Colaço Antunes, foi com o advento do Estado de Direito Democrático que se verificou uma explosão de multiplicidade de exigências de caráter social, a emergência de novos grupos de pressão e de entes exponenciais de direitos emergentes, que veio a conferir maior ênfase o delicado problema da individualização e qualificação dos interesses públicos.¹¹⁰

É, pois, sob essa perspectiva, que é indubitável que a historicidade e a forma de organização das atividades estatais desempenhadas pela Administração Pública acompanha a evolução do próprio Estado, o qual, ao longo do tempo, retrata uma forma concreta de organização da vida social, determinada essencialmente pela Constituição de seu tempo. Conforme aduz Hartmut Maurer : “Administração é *conformação social* (...) é, sobretudo *configuração ativa, dirigida ao futuro.*”¹¹¹

De fato, as decisões que se expressam nas Constituições, relacionadas ao Estado, suas tarefas e competências, bem como a forma de relacionamento com o cidadão devem sedimentar-se na Administração e no direito administrativo e delas se tornar realidade, fazendo com que cada época constitucional configure determinado tipo administrativo.¹¹² Não por outra razão, Hartmut Maurer afirma: “A administração é constituição que se torna ativa.”¹¹³

Atente-se ainda que nas últimas três décadas do século XX e início do século XXI, a expansão no conjunto de atividades e órgãos considerados públicos, foi alargada com a inclusão de órgãos e atividades regidas pelo direito privado no núcleo estatal.¹¹⁴

A concisão da exposição não deixa de revelar que a historicidade do modelo de Estado em que está inserida é um dos principais fatores que impulsionam a contínua (re)modelagem da organização administrativa estatal. O Estado tanto pode desenvolver

¹⁰⁹ FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26-27.

¹¹⁰ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI, p. 34.

¹¹¹ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 5-6. [com destaque no original]

¹¹² *Ibid.*, p. 13.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ FREITAS, Daniela Bandeira de. *Op. cit.*, p. 27.

por si mesmo as atividades administrativas que lhe são constitucionalmente impostas, como pode prestá-las por meio de outros sujeitos.¹¹⁵

Em última análise, é possível afirmar que o Estado se revela como uma estrutura que existe para possibilitar e condicionar, em uma sociedade, em um lugar e num dado tempo, uma determinada forma de vida, orientada para aqueles valores que se pretende atingir.¹¹⁶

Ressalta-se, por sua vez, que as alterações atingem a zona própria da ação administrativa e resultam da evolução das condições políticas, econômicas e sociais que alteram as finalidades próprias do Estado e da Administração Pública, modificando inclusive o conteúdo concreto da noção de interesse público a ser perseguido, como elemento de caracterização da atividade administrativa.¹¹⁷

1.1.3 A função instrumental originária do setor empresarial estatal brasileiro: pretensão de ruptura das relações de dependência internacional e desenvolvimento industrial

A análise da perspectiva histórica da intervenção do Estado brasileiro no campo econômico destaca o papel desempenhado pelas empresas estatais, em especial, pela sociedade de economia mista, ora objeto de análise, evidenciando a importância do setor empresarial estatal para o desenvolvimento nacional no momento de sua criação.¹¹⁸

Atribui-se ao retardamento capitalista que permeava a economia brasileira durante a década de 30 do século XX, caracterizado, principalmente, pela debilidade do empresariado doméstico em reunir recursos para investimento em projetos de longo curso e maturação, como sendo o fator impulsionador da atividade empresarial do Estado visando a promoção da industrialização em setores considerados estratégicos e com grau de interdependência.¹¹⁹

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 129.

¹¹⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 49. [tradução livre]

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 56. [tradução livre]

¹¹⁸ Aprofundada análise histórica da evolução da empresa estatal no contexto socioeconômico brasileiro é apresentado, dentre outros, por: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 17-84.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 38. “A partir de 1930, em razão da crise mundial de 1929, os Estados estrangeiros que financiavam e sustentavam, de uma certa forma, a falsa noção de desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro, até então mantida, deixaram de ter capacidade para financiar, e o Brasil defrontou-se com a

Naquele momento histórico, a intervenção do Estado como agente econômico também demandava a coordenação das atividades das cadeias produtivas, apoiando o setor privado no fornecimento de insumos básicos a preços acessíveis, sem contudo, competir com o capital privado. Todavia, para que fosse otimizada essa função coordenadora estatal, havia a necessidade de que a empresa estatal fosse monopolista, ou no mínimo, que exercesse a liderança do mercado, de tal forma a possuir capacidade para organizar a produção privada por setor de atuação, de acordo com a lógica de racionalização econômica.¹²⁰

Com efeito, foi a partir da década de 40 do século XX que o ativismo do Estado Brasileiro no campo econômico se apresenta como ação mais ampla e estruturada, todavia ainda sem instrumentos adequados de planejamento e fomento à atividade privada. Naquele cenário, o Estado brasileiro decide assumir a forma empresarial e explorar diretamente setores produtivos. A constituição de companhias com capital público passa a ser a fórmula encontrada para viabilizar o necessário desenvolvimento nacional.¹²¹

Ocorre que a estatização de diversos setores da economia brasileira, liberava a esfera privada a gestão de setores deficitários, pois demandava a rápida expansão de suas capacidades ou a sua modernização.¹²²

Mais especificamente, foi durante o ano de 1943 que o chamado Departamento Administrativo de Serviço Público – DASP¹²³ propõe a adoção da

triste realidade de que possuía uma economia fundamentalmente agrícola, pouco desenvolvida e com características até mesmo feudais. O processo de desenvolvimento econômico com base na industrialização é alavancado pela II Guerra Mundial, quando o país se vê obrigado a suspender as importações, sendo estimulado a exportar para suprir a falta de produtos no exterior. O Brasil, finalmente, após vários percalços, parece que efetivamente estaria no caminho de um processo de desenvolvimento que levaria a resultado satisfatório dentro de um determinado prazo”. (TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 205).

¹²⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 39; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. Gestão das empresas estatais: uma abordagem dos mecanismos societários e contratuais. In: *Premio Dest Monografias: empresas estatais: monografias premiadas 2005-2008*. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2009; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado. In: *Premio Dest Monografias: empresas estatais: monografias premiadas*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/mencao_honrosa_marcia_IV_premio.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2013.

¹²¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 19.

¹²² DAIN, Sulamis. *Empresa estatal e capitalismo contemporâneo*. Campinas: Editora Unicamp, 1986, p. 210.

¹²³ Esse órgão foi responsável pela concepção, pioneira, do Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, no ano de 1939, com o objetivo de implementar o projeto de

fórmula de empresa estatal ou sociedade de economia mista para alavancar os investimentos estatais considerados prementes para o projeto de industrialização nacional, definindo a constituição dos capitais e da direção das empresas que se destinavam aos setores industriais básicos¹²⁴, contrariando a proposta da criação de um banco de investimento de caráter privado¹²⁵, destinado a financiar indústrias de base no país, defendida por alguns representantes de setores da empresa nacional.¹²⁶

Aduz-se que o nacionalismo econômico¹²⁷ vivenciado no Brasil durante o período de 1930 a 1945 no primeiro Governo de Getúlio Vargas, pretendia conquistar a emancipação do país em relação aos interesses externos, principalmente nos setores econômicos da indústria de base que já registravam a presença de capital internacional.^{128,129}

industrialização nacional. (DRAIBE, Sonia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil 1930-1960*. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 91).

¹²⁴ “Os setores da siderurgia, notadamente do ferro e do aço, além do setor da energia elétrica, de química pesada e de produção de motores foram sendo equacionados, progressivamente, de tal forma que a empresa estatal ou de economia mista se ocupassem dos investimentos iniciais básicos”. (DRAIBE, Sonia. *Op. cit.*, p. 106); DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 208.

¹²⁵ “A proposta de criação do banco Crédito Financeiro Industrial S.A., com o objetivo de financiar as indústrias de base do país, exigia ainda a alteração da lei das Sociedades Anônimas (S.A.) e a garantia de mercado e preços remuneradores às novas indústrias”. (DRAIBE, Sonia. *Op. cit.*, p. 91)

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ “O nacionalismo econômico revelou-se como uma manifestação da idéia de desenvolvimento, industrialização e independência, em face dos interesses econômicos dos países dominantes. A idéia de *economia nacional* implicava na nacionalização das decisões sobre política econômica. Portanto, o nacionalismo econômico compreendia a ideia e a decisão de criar um *capitalismo nacional* (...) O que estava em jogo, pois, era uma estratégia política determinada, para a realização do desenvolvimento econômico e a industrialização. Ou seja, a formulação de novas concepções sobre desenvolvimento, industrialização, planejamento, intervencionismo estatal, emancipação econômica etc. implicou na elaboração de uma estratégia política para o desenvolvimento. Assim, a reelaboração da estrutura e das funções do Estado, particularmente quanto às relações internas e externas da economia do País era a forma pela qual se estava construindo a nova estratégia política destinada a organizar e dinamizar o sistema econômico emergente”. (IANNI, Octávio. *Estado e planejamento econômico do Brasil*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 80-81).

¹²⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 20.

¹²⁹ “A situação de dependência e subordinação orgânica e funcional da economia brasileira com relação ao conjunto internacional de que participa, é um fato que se prende às raízes da formação do país (...) Economia de exportação, constituída para o fim de fornecer gêneros alimentícios e matérias-primas tropicais aos países e populações de regiões temperadas da Europa e mais tarde também da América, ela se organizará e funcionará em ligação íntima e estreita dependência do comércio ultramarino em função do qual se formou e se desenvolveu. Será essencialmente uma economia colonial, no sentido mais preciso em oposição ao que denominaríamos de economia ‘nacional’, que seria a organização da produção em função das necessidades próprias da população que dela participa. Esta é a circunstância que tornará o Brasil tão vulnerável à penetração do capital financeiro internacional quando o capitalismo chega a esta fase do seu desenvolvimento. O país far-se-á imediata e como que automaticamente, sem resistência alguma, em fácil campo para suas operações”. (PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 270).

Todavia, a convicção de que era possível reorientar o sistema econômico brasileiro não foi suficientemente estruturada, notadamente porque o sistema econômico e político brasileiro já estava significativamente comprometido com o capitalismo mundial, em uma nítida relação de subordinação. Ademais, casos de empreendimentos reais evidenciavam a elevado índice de integração entre interesses de empresários brasileiros, comerciantes, importadores, políticos brasileiros e interesses de governos e executivos dos países dominantes.¹³⁰

Outras questões de relevante importância naquele contexto histórico se mostravam impeditivas para o avanço do propugnado nacionalismo econômico, tais como a própria ditadura que se mostrou um obstáculo, o ingresso do Brasil na Guerra Mundial, associando-se e subordinando-se às diretrizes e ações dos Estados Unidos, que obrigou o governo brasileiro a aceitar as consequências dessa relação subordinada, representando também uma limitação à idéia de industrializar e emancipar economicamente o país.¹³¹

É, pois, sob essa perspectiva que entre os anos de 1945 a 1950 no governo do General Eurico Gaspar Dutra, ocorre uma mudança abrupta na orientação político-econômica¹³² brasileira fazendo com que a idéia de nacionalismo econômico fosse substituída pelas relações de interdependência em nível mundial, incluindo ações para se reduzir a intervenção estatal na economia.¹³³

De fato, em nome do liberalismo econômico e da democracia representativa, o poder público foi colocado numa posição menos ativa, a qual refletia o compromisso

¹³⁰ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 81.

¹³¹ *Id.*

¹³² “Em nome de princípios liberais, criaram-se novas condições favoráveis à entrada e saída de capital estrangeiro. Ao mesmo tempo, eliminaram-se órgãos estatais vinculados ao intervencionismo. Sob o pretexto de que findara a guerra e em nome de uma espécie de ‘neoliberalismo’, em pouco tempo desmontou-se a nascente tecnoestrutura que se criara nos anos anteriores (...) Em pouco tempo, os governantes adotaram objetivos e diretrizes que conferiram outro significado à atividade do poder público (...) houve uma reorientação drástica da relação entre Estado e a economia. Passou-se de uma política de desenvolvimento econômico e intervenção estatal da economia para uma política de redução das funções econômicas do poder público e descompromisso com o desenvolvimento econômico (...) É inegável pois, que o poder público voltava à condição de guardião das ‘regras do jogo’ econômico, segundo a doutrina liberal e as conveniências das empresas privadas mais poderosas. Devido a esses compromissos ideológicos e práticos, e em nome da reação antiditatorial e antiintervencionista, a política econômica governamental serviu principalmente aos interesses mais imediatos da empresa privada, nacional e estrangeira”. (*Ibid.*, p. 92-94).

¹³³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 20.

fundamental com a livre iniciativa e a contrariedade do intervencionismo estatal na economia.¹³⁴

Posteriormente, entre os anos de 1951 a 1954, com o retorno de Getúlio Vargas ao poder, por meio do voto popular, é retomada a preocupação com a defesa dos interesses nacionais contra a exploração capitalista internacional, todavia, com a convicção de que a atuação estatal deveria centrar-se na resolução de pontos de estrangulamento que impediam a rápida industrialização¹³⁵ do país e, por consequência, o desenvolvimento econômico.

Afirma-se que, em face dos acentuados desequilíbrios econômicos, sociais e políticos gerados durante a década de cinquenta e que foram agravados no início dos anos sessenta, a política econômica durante o período dos governos militares¹³⁶ teve por finalidade controlar certos tipos de desequilíbrios e pontos de estrangulamento definidos em função de princípios denominados por interdependência e modernização. A reorientação das relações entre Estado e economia era expressado por meio das diretrizes da política econômica governamental, concretizando-se em várias técnicas de ação colocadas em prática pelo poder público.¹³⁷

Retorna a orientação no sentido de que o Estado deveria assumir papel mais ativo¹³⁸ na economia, com a criação de novos programas de política econômica, com

¹³⁴ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 94. No mesmo sentido: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. *Op. cit.*, p. 39-45.

¹³⁵ “A política do governo, se de um lado se inspirou acertadamente na necessidade de promover a industrialização do país, fracassou por outro na realização de seus objetivos declarados, pois levou o país à gravíssima situação que logo veremos e que resultou afinal na agravação dos desajustamentos que vinham acompanhando a vida econômica brasileira e que tão fortemente oneravam a grande massa da população. Da experiência dos anos 1951-52 ficou sobretudo a lição, infelizmente não bem assimilada, de que o desenvolvimento industrial do país exige medidas muito mais profundas e de natureza muito mais geral do que simples providências fundadas em circunstâncias excepcionais...”. (PRADO JÚNIOR, Caio. *Op. cit.*, p. 308-309).

¹³⁶ O regime militar governou o país no período entre 1º de abril de 1964 até 15 de março de 1985.

¹³⁷ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 260.

¹³⁸ “É preciso aqui lembrar a participação da iniciativa estatal no desenvolvimento da indústria brasileira. Embora a potencialidade dessa iniciativa ainda esteja longe de adequado aproveitamento em face dos imperativos da conjuntura atual da economia brasileira, a ação do Estado se tem marcado por empreendimentos que não somente demonstram a improcedência da tese da incapacidade do poder público como gestor de atividades econômicas, mais ainda, o que é mais importante, comprovam decisivamente que a iniciativa estatal constitui elemento da maior importância e frequentemente insubstituível na estruturação da nossa economia. Isso é particularmente sensível no que se refere a setores fundamentais e essenciais em que, por um ou outro motivo, a iniciativa privada nacional se mostra deficiente” (PRADO JÚNIOR, Caio. *Op. cit.*, p. 320-321).

destaque à constituição de empresas estatais no setor financeiro, de petróleo e energia elétrica, setores de importância estratégica para o desenvolvimento nacional.¹³⁹

Naquele momento histórico, a intervenção estatal se aproxima de uma política estrutural destinada a suprir limitações do setor privado, deixando de ser meramente conjuntural visando a superação de crises momentâneas, entretanto, sem o objetivo de afastar-se do primado da livre iniciativa e da economia do mercado.¹⁴⁰

Atente-se ainda que, desde sua origem no contexto brasileiro, a empresa estatal desponta como resultado de um processo político complexo, caracterizado por conflitos e negociações, entre as distintas forças sociais e econômicas, visando a construção de um modelo consensual que atenda às várias expectativas dos diversos agentes econômicos, entre eles, o Estado, o capital nacional e o capital estrangeiro.¹⁴¹

As ações governamentais na economia durante o período compreendido entre os anos de 1964 a 1966, emanadas do Governo Castello Branco, mantiveram o caráter interventivo e cingiram-se, principalmente, no sentido da elaboração do Programa de Ação Econômica de Governo que permitiu a formulação do Plano Decenal de Desenvolvimento Econômico e Social para vigorar no período de 1966 a 1976. Propugnava-se pela criação de condições favoráveis ao surgimento de empresas privadas nacionais e estrangeiras, tendo como diretrizes a programação da produção, do consumo e dos investimentos no setor público federal, contendo as indicações das fontes de financiamento e os critérios de ação indireta do governo por meio dos instrumentos de regulação econômica aliado ao crescente direcionamento dos investimentos de empresas estatais.¹⁴²

¹³⁹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 23-24. “Onde contudo a iniciativa estatal oferece o mais belo exemplo de ação benéfica e de sucesso empresarial, é o caso do petróleo (...) Essa vitória dos interesses nacionais foi coroada, depois de longa e árdua luta, pela promulgação da Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, que instituiu para a exploração do petróleo brasileiro o regime de monopólio estatal, incumbindo dela uma entidade paraestatal, a *Petróleo Brasileiro S/A* (Petrobras)”. (PRADO JÚNIOR, Caio. *Op. cit.*, p. 321).

¹⁴⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 23.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Ibid.*, p. 31. “A década de 60 – em especial o período de 64 e 69 – assistiu uma ampliação do poder regulador do Estado. São desse período, entre outras, a criação da Eletrobrás, do BNH, da Embratel, do Conselho Interministerial de Preços, além da aprovação da Lei Orçamentária e da Reforma Administrativa (Lei 4320/64 e Decreto Lei 200/67, respectivamente). A década de 70, por fim, foi o período em que foram criadas mais empresas estatais do que em qualquer período anterior, analisado separadamente (...) foram criadas mais de 250 novas empresas – em comparação com as 307 já existentes até 1970. Este quadro, associado à crise financeira internacional, levou o Governo a criar a Secretaria de Controle das Estatais – SEST – em 1979, com o objetivo de adequar os gastos realizados por essas empresas à programação governamental...”. (MARTINEWSKI, Andre. Mudança no controle gerencial de

A partir da década de 70 do século XX, a política econômica governamental despontava como elemento essencial das relações econômicas e políticas e a ação estatal centrava-se em propiciar condições favoráveis ao florescimento do setor privado.¹⁴³

Naquele momento, a empresa estatal ganhava destaque como instrumento de intervenção direta no campo econômico, em oposição a outras formas de intervenção indireta.¹⁴⁴ Voltava-se à formação de quadros profissionais destinados a conferir estabilidade à administração das empresas controladas pelo Estado, ao mesmo tempo em que iniciava-se a realização de investimentos públicos nos setores de alta tecnologia¹⁴⁵, com objetivo de ampliar a base tecnológica do país, justificada, sobretudo, pela importância estratégica da atividade em prol da segurança nacional, contrastando com o papel até então desempenhado pelas empresas estatais, afeito ao fornecimento de bens e serviços.¹⁴⁶

Fato é que no período compreendido entre os anos de 1968 a 1974, houve forte expansão do setor empresarial estatal¹⁴⁷, com diversificação e com a expansão das

empresas brasileiras estatais e privatizadas: estudo de casos. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto COPPEAD de Administração, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/41/teses/Tese_Andre_Martinewski.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2013).

¹⁴³ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 251.

¹⁴⁴ O então Ministro da Fazenda, Antonio Delfim Netto, na ocasião da apresentação da Mensagem ao Congresso, em maio de 1970, afirmou: “A ação do governo, no campo econômico, tem que ser meramente instrumental, porque toda a formulação da política econômica tem de ser subordinada aos grandes objetivos políticos e informada pela filosofia do projeto desenvolvimento-liberdade-segurança. É preciso distinguir, no campo econômico, a *ação direta do governo* (isto é, o governo como agente econômico, produzindo bens e serviços) e a *ação indireta do governo* (isto é, a formulação de política econômica que condiciona o comportamento do setor privado) (...) É absolutamente imperioso modernizar a administração pública, universalizando o recrutamento respeitando o sistema de mérito e inculcando-lhes atitudes e valores compatíveis com a sociedade que se pretenda construir. Sem essa modernização, que é requisito fundamental para alcançar o desenvolvimento econômico, nunca será possível manter a *continuidade dos objetivos*, porque é evidente que, no *nível que realmente conta* (isto é, no nível das regulamentações), quem administra o país é o burocrata (...) Outro problema que me parece de maior importância reside na descoberta de um mecanismo que torne permanentes a *administração técnica* e a *administração financeira* das grandes empresas governamentais, desligando-as do nível de decisão política que, por necessidade, tem de existir. A vida média das administrações das grandes empresas estatais é consideravelmente menor do que a verificada no setor privado, com prejuízos óbvios para a eficiência daquelas, que dificilmente conseguem ter a mesma administração por mais de dois ou três anos” (IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 252-253).

¹⁴⁵ Refere-se à criação da Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A. – EMBRAER, no ano de 1969, e da Computadores e Sistemas Brasileiros S.A. – COBRA, criada no ano de 1974. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 32).

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ “A crescente participação estatal na Economia e a política econômica planejada, bem como a singularidade da convergência de ambas devem ser consideradas manifestações básicas do sistema político-econômico brasileiro. Sem elas não se pode compreender o tipo de capitalista monopolista vigente no Brasil”. (IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 302).

empresas estatais já existentes, alavancada pelas condições favoráveis no cenário macroeconômico brasileiro, que perdurou até a primeira crise do petróleo.¹⁴⁸

Naquele cenário, vislumbrava-se que empresa estatal necessitava ser monopolista, ou ao menos exercer a liderança no mercado, visando a otimização da sua função coordenadora, de tal forma a possuir capacidade para organização da produção privada pelas áreas de atuação, de acordo com a lógica da racionalização econômica.

Porém, conforme observa Mario Engler Pinto Júnior: “No capitalismo monopolista de Estado, o setor produtivo estatal atua em benefício do capital como um todo, e não apenas da fração de origem pública”.¹⁴⁹

Privilegiou-se o investimento público nos setores de infraestrutura e industrial, por meio de empresas estatais, porém, de forma estrutural articulada com o capital privado e internacional, resultando em estruturas monopolistas de mercado sob a liderança do Estado. Dessa forma, a função empresarial assumiu caráter subsidiário destinado a alavancar a produção interna.¹⁵⁰

A tendência à monopolização resultava da escala adequada para o consumo de massa, e nem tanto pelo aumento do coeficiente de concentração. Esse contexto fez com que as empresas estatais assumissem tamanhos e domínios setoriais, que evidenciavam o peso relativo de sua presença nos diversos setores produtivos em que atuavam.¹⁵¹ Como grandes empresas, puderam participar, ativamente, do processo de monopolização.

A articulação das forças produtivas se mostrava com o principal objetivo da intervenção estatal, independente da propriedade pública ou privada, com a finalidade de atingir novo patamar de desenvolvimento econômico. A presença estatal consentida na economia, representava uma garantia de um patamar mínimo de fornecimento de bens e serviços e de agente regulador da competição, amplamente aceito, independentemente do substrato ideológico do Estado.¹⁵²

¹⁴⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 43.

¹⁵¹ DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 211.

¹⁵² *Ibid.*, p. 204.

Contudo, atribui-se à reforma administrativa implantada por meio do Decreto-lei nº 200/67 que introduziu, de forma objetiva, a descentralização¹⁵³ na estrutura administrativa brasileira, um dos fatores determinantes para a expansão da atividade empresarial do Estado brasileiro, aliado à demanda crescente por infraestrutura básica nos setores em que o Estado já detinha o monopólio.¹⁵⁴

Desnudou-se, portanto, como um comportamento que se pretendia público, no sentido de estimular outros setores nacionais e que se concretizava como privado. Parafrazeando Sulamis Dain, “...a cara simultaneamente pública e privada das empresas estatais”.¹⁵⁵

A descentralização operada por meio do Decreto-lei nº 200/67 correspondeu a um rearranjo de natureza administrativa, visando superar as restrições de natureza legal a sua autonomia de gestão, ao mesmo tempo em que possibilitava a crescente participação das empresas estatais, que se fazia necessária nos setores básicos da economia e era explicada pelo atraso inicial relativamente a eles.¹⁵⁶

No nível macroeconômico existia a intenção de privilegiar a face das empresas estatais que as apresentava como instrumento de política econômica, de tal forma a induzir a existência de um conjunto homogêneo de empresas estatais que se apresentavam como instrumento de política econômica, a partir do qual se pudesse desencadear um programa de investimentos que indicasse autonomia em relação ao ciclo expansivo.¹⁵⁷

Entre os anos de 1974 a 1976, período em que vigorou no Brasil o denominado II Plano Nacional de Desenvolvimento¹⁵⁸, o investimento público em

¹⁵³ “Entendia-se que uma organização centralizada era a mais eficiente e adequada aos objetivos propostos e ao mesmo tempo a mais conforme com o controle político do Governo pelo parlamento. Sem atribuições constitutivas da Sociedade Civil e dominado pelos princípios da centralização e hierarquia no interior da organização dele própria o Estado liberal não tinha que oferecer-se como um leque alargado de funções de natureza constitutiva e até transformadora da Sociedade Civil. Ora na transição para o Estado Social as coisas modificaram-se profundamente. A organização do Estado perde sua neutralidade funcional. (...) Para tal fim a organização”. (MONCADA, Luís S. Cabral. *A relação jurídica administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 544).

¹⁵⁴ TREBAT, Thomas J. *Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983, p. 48.

¹⁵⁵ DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 274.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵⁸ “O ‘projeto nacional’ do II PND repousa duplamente nas empresas estatais. Em primeiro lugar porque como nos velhos tempos a ‘questão nacional’ continua a centrar-se na base de recursos naturais. Sua exploração nacional ou associada à égide do Estado, seria elemento fundamental à definição da autonomia nacional. Além disso, a expansão acelerada dos investimentos estatais representa

empresas estatais foi intensificado como estratégia de política industrial, com o objetivo de impulsionar o desenvolvimento econômico e aprofundar o processo de substituição de importações.

Com efeito, a limitação da capacidade do mercado em organizar a produção, decorrente das situações de deficiências¹⁵⁹ de funcionamento de mercado resultantes tanto da qualidade intrínseca dos bens produzidos, como também dos aspectos mais amplos de caráter macroeconômico, desembocam no conceito ampliado de falhas de mercado, que justificaram a criação e expansão das empresas estatais.¹⁶⁰

Naquele momento, afirma-se que a função instrumental da empresa estatal foi reconhecida, pois houve o alargamento da atividade empresarial pública em outros setores de destaque, tais como, petroquímica, química pesada, aeronáutica e industrial, para além dos setores produtivos da siderurgia, energia elétrica, petróleo, transportes e exploração mineral, nos quais o Estado já se fazia presente até então.¹⁶¹

A política econômica da década de setenta pretendia fortalecer o empreendimento privado, ao mesmo tempo em que buscava melhor definir o papel das empresas estatais, de tal forma a evitar conflitos de interesses e sobreposição de áreas de atuação. Desenvolvia-se uma fase nova nas relações entre Estado e a empresa privada.¹⁶²

potencialmente uma reserva de mercado ao setor de bens de capital nacional (...) No que diz respeito aos investimentos estatais, fator de expansão e de convergência do investimento privado nacional, previa-se uma solução de financiamento igualmente centrada no BNDE, bem como associações com o capital estrangeiro e nos seus maiores recursos próprios. As razões pelas quais o projeto nacional baseado na liderança de insumos básicos se inviabiliza (...) resumidamente, tais razões encontram-se tanto pelo lado da ‘falsa liderança’ das empresas estatais como na própria impossibilidade de monopolização ‘nacional’ do setor de bens de capital. No que diz respeito aos planos de investimento estatal não se concretizam as intenções do II PND de promover, através da liderança de empresas estatais, uma nova articulação orgânica com o capital nacional e internacional, capaz de gerar um novo padrão de industrialização”. (DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 293-294).

¹⁵⁹ Não se pode deixar de destacar que é o próprio Estado que define a existência ou não de falhas de mercado, vale dizer, o Estado se coloca em uma posição de ele próprio utiliza-se como justificativa para sua atuação na qualidade de agente econômico produtivo no mercado.

¹⁶⁰ “O movimento é historicamente pendular, com ondas de nacionalização, seguidas por outras de privatização. A empresa nacionalizada não funciona necessariamente como instrumento de política social e econômica, tendo como função principal contrapor-se ao poder econômico privado, embora sem romper com o paradigma capitalista (...) O Estado era forçado a assumir a forma empresarial para explorar diretamente empreendimentos produtivos. A constituição de companhias com capital público e vocacionadas a cumprir missões específicas passa a ser a fórmula preferencial para gerar o desenvolvimento nacional” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 10-19).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 36.

¹⁶² *Id.*

Para tanto, adotou-se o critério da especialidade das funções, que possibilitava o encadeamento entre política econômica governamental e a empresa privada. Essa situação ficou evidente, à época, no setor elétrico, por exemplo, com as etapas de geração e transmissão atribuída ao Estado e à empresa privada estrangeira praticamente monopolizava a distribuição.¹⁶³

Especificamente no setor de infraestrutura, as empresas estatais responsáveis pela sua expansão, como grandes empresas, eram sujeitos e partícipes do processo de monopolização de capitais da economia brasileira. Os novos projetos na área estatal e no setor privado se apoiaram em recursos externos e representaram, sem dúvida, uma fase em que a empresa estatal é sujeito do processo de monopolização da economia.¹⁶⁴

A preocupação com o crescimento urbano justificou a criação de empresas estatais para oferecer serviços envolvendo o fornecimento de água, saneamento, transporte e geração e distribuição de energia, ao longo do final do século XIX e início do século XX.

Todavia, em 1975 a fase de expansão do setor empresarial público encontra limites nos termos da própria dualidade da empresa estatal e, a partir de 1976 as companhias estatais são apontadas como responsáveis pelos principais desequilíbrios macroeconômicos do país, como pelo déficit da balança comercial e elevação da taxa de inflação. Naquele momento, as empresas controladas pelo Governo passam a se submeter a restrições sobre investimento, endividamento e reajustes de preços de seus produtos por meio de limites estabelecidos na programação financeira anual, perdendo a funcionalidade como instrumentos de política industrial.¹⁶⁵

Ato contínuo, aumentava a crença de que as distorções associadas ao funcionamento de empresas estatais, relacionadas, principalmente com sua aludida falta de competitividade, incapacidade de inovação tecnológica e baixo resultado financeiro demonstrado, contribuía para o discurso político em torno do modelo neoliberal, que

¹⁶³ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 266.

¹⁶⁴ DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 291.

¹⁶⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 36.

pregava a maior eficiência da iniciativa privada para executar atividades produtivas em detrimento da empresa estatal.¹⁶⁶

A constatação de que a submissão da empresa estatal a ingerências políticas era capaz de afetar negativamente seu desempenho econômico, alavancou o movimento privatista¹⁶⁷ que despontou como tendência em vários continentes, inclusive no Brasil. Liderado por organismos multilaterais comprometidos com a ideologia do livre mercado, viam a empresa estatal como um fator de distorção de mercado, que ao limitar a participação do setor privado causava distorção na concorrência.¹⁶⁸

Muito embora a presença do Estado na atividade econômica tenha sido apontada como excessiva naquele momento, é possível afirmar que na década de setenta o Brasil não passou por um forte sentimento interno apoiador do movimento pela privatização¹⁶⁹. Entretanto, esse movimento surgiu de forma mais estruturada na década

¹⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. *Op. cit.*, p. 42-45.

¹⁶⁷ “As privatizações nos países da OECD (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), como de resto também nas chamadas economias em transição, foram impulsionadas pelas distorções associadas ao funcionamento de empresas estatais, aliado ao seu baixo desempenho financeiro. As políticas de alienação de ativos visavam essencialmente a promover a eficiência econômica geral, de desenvolvimento do mercado de capitais, o equilíbrio de contas públicas, além da sinalização política contrária ao sistema de planejamento e à excessiva intervenção do Estado no domínio econômico. A partir do chamado Consenso de Washington em 1989, o movimento ganha força e passa a abarcar países menos desenvolvidos, especialmente na América Latina, tendo o Chile sido pioneiro na implantação do programa. O ideário do Consenso de Washington contava com o apoio de instituições como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, IFC (*International Finance Corporation*) e OECD, adotando como proposta principal a ampla reforma do setor público e a redefinição do papel do Estado. Em outras palavras, o Estado deveria reduzir de tamanho – e conseqüentemente também sua função empresarial – para concentrar a atuação em áreas consideradas tipicamente estatais (v.g. educação, saúde, segurança pública, defesa nacional, organização da justiça)”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 45).

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶⁹ “O tema da privatização das empresas estatais reclama alguma reflexão e o esclarecimento de aspectos que a nossa doutrina tem simplesmente ignorado, embora fundamentais para a compreensão da matéria (...) Essa política imediatista só pode ser praticada onde e quando existem, no setor privado, demanda por empresas estatais e capacidade de compra; daí a importância da credibilidade externa angariável pelos governos de países com reduzida capacidade de poupança, que nisso se empenham inclusive mediante reformas constitucionais. Precisamente, este é o caso brasileiro, onde prevalecem o imediatismo e as preocupações com o curto prazo, eleitoreiras, sem compromisso com o social (...) Há consenso quanto à necessidade da reforma do Estado, a fim de que ele possa dedicar, eficientemente, à provisão dos serviços públicos essenciais e de atividade de relevância para a satisfação do interesse social [atuação em setores estratégicos, promoção do desenvolvimento tecnológico, v.g.]. Mas, se impõe, também, discernirmos a necessidade de desprivatização do Estado, providência indispensável a sua reeticização. Ainda mais, é necessário compreendermos que inexistente uma única fórmula acabada, genérica, a pautar qualquer política de privatização de empresas estatais (...) o que se pode dizer em relação a essa matéria é que cada caso é um caso, no quadro das circunstâncias de cada Estado” (GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 256-257).

de noventa, por meio do Programa Nacional de Desestatização¹⁷⁰, visando resolver problemas macroeconômicos decorrentes do desequilíbrio de contas públicas.

Importante enfatizar que o discurso do fracasso da capacidade gerencial das empresas estatais evidenciava fatores como a desvinculação da persecução do interesse público na atividade econômica para o fim de atender pretensões corporativas em sentido contrário, bem como a utilização, por parte do Estado, de controles processuais excessivamente centralizadores e burocráticos, que impediam a empresa estatal de responder aos novos desafios que se apresentavam.¹⁷¹

Enfim, após constatar que o Estado havia assumido mais atividades econômicas do que sua estrutura administrativa poderia suportar, o Brasil viveu a experiência das privatizações^{172,173} com o repasse das atividades, antes desempenhadas pelo poder público, para o setor privado.

¹⁷⁰ “O movimento mais incisivo em prol da privatização surgiu em 1990, durante o governo Collor, com o lançamento do Programa Nacional de Desestatização (PND), tendo como pano de fundo a mudança na percepção sobre o papel das empresas estatais na economia brasileira. As medidas então adotadas representavam uma resposta à crise fiscal que provocou o esgotamento da capacidade de investimento do setor público e colocou em xeque o modelo de economia amplamente estatizada, embora ancorada no regime capitalista. No entanto, o PND não fazia parte de um projeto mais amplo de reformas estruturais e de redefinição do papel do Estado. O PND implantado em nível federal foi seguido pela maioria dos Estados-membros e teve como principal objetivo a arrecadação de fundos para a redução da dívida pública, considerado essencial para o sucesso da política macroeconômica de estabilização monetária. Foi priorizada a agilidade na realização das privatizações para atrair capitais estrangeiros e a maximização do valor de venda, deixando-se em segundo plano a imposição da obrigação de universalização dos serviços e a realização de investimento para a melhoria da infraestrutura pública. As realizações do Governo Collor nesse campo foram limitadas, porquanto só atingiram empresas manufatureiras que já atuavam em mercados competitivos (petroquímica, siderurgia e fertilizantes), não tendo abrangido os setores monopolistas de petróleo, gás, eletricidade e telecomunicações (...) as alienações de ativos empresariais ocorridas nessa fase não provocaram maior impacto das estruturas econômicas. A relação entre privatização e estabilização econômica tornou-se mais marcante no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso, o que contribuiu para a dinamização do programa. A venda de grandes empresas estatais atraiu expressivos fluxos de capital estrangeiro, que ajudaram a financiar o alto déficit nas contas-correntes e fortalecer a âncora cambial do Plano Real”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 50-51). “No período Collor e Franco – 1990 a 1994 – foram privatizadas 33 empresas com receitas totais de US\$ 8,6 bilhões e a transferência de US\$ 3,3 bilhões em dívidas para o setor privado (compara-se aos 17 processos, com arrecadação de US\$ 549 milhões e na transferência de dívidas na ordem de US\$ 660 milhões obtidos no período anterior); tais valores dão uma idéia da mudança de patamar que significou o PND (...) A partir de 1995 – início do primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardozo – o alcance da privatização foi mais ampliado, através de dois movimentos quase simultâneos: a decisão de acabar com os monopólios do setor público na área de infra-estrutura e a decisão dos governos estaduais de, também, desenvolver seus próprios programas de privatização. No total, de 1995 a 1998 foram levadas a efeito 80 privatizações, as quais somaram US\$ 60,1 bilhões e permitiram a transferência de US\$ 13,3 bilhões em dívidas”...”. (MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 10-11.

¹⁷¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 49.

¹⁷² “As duas crises do petróleo da década de 70, a ineficiência da máquina estatal, salvo raras exceções, o agigantamento do Estado e, entre outros fatores, a incapacidade de gerir com eficiência um sem-número de empresas estatais forneceram as principais razões para que, a partir do início da década de 80, uma

Marcia Carla Pereira Ribeiro observa que, inicialmente, a quebra do monopólio do Estado no setor de prospecção de petróleo, a venda de ações de titularidade estatal das empresas de energia elétrica e a privatização das empresas de siderurgia, marcam o afastamento do ente público das atividades de produção.¹⁷⁴

Muito embora alguns setores da economia que possuíam intensa presença do Estado tenham sido completamente privatizados, ainda existe significativo número de empresas de grande porte sob a titularidade estatal, além de diversas companhias que possuem o Estado como acionista controlador, ainda que contem com participação de acionistas privados e com regime de sociedade por ações, no caso específico das empresas de sociedade de economia mista.¹⁷⁵

No Brasil, ainda se está longe de dar à iniciativa estatal o papel que lhe cabe nas atividades econômicas. O Estado brasileiro deixa de atuar para o fim que realmente lhe compete, de operar como fator e elemento decisivo na correção de vícios e deformações da economia nacional para, não raro, se colocar a serviço de outros interesses.¹⁷⁶

Por outro lado, o cenário organizacional administrativo atual é complexo orgânico e funcionalmente, com um elevado número de entidades públicas e privadas distintas do Estado, no exercício de atividades de interesse coletivo. Tais entidades que ora atuam como agentes diretos, ora como parceiros e colaboradores, revelam acentuado grau de fragmentação da estrutura do aparelho administrativo estatal.¹⁷⁷

‘nova onda’ de pressões viesse questionar o *status quo* vigente”. (MENDES, Conrado Hubner. *Op. cit.*, p. 111).

¹⁷³ Ao discorrer sobre os antecedentes do processo de privatização e reorganização dos mercados setoriais de petróleo, telecomunicações e energia elétrica no Brasil, Ana Maria de Oliveira Nusdeo, afirma: “Destaca-se a incapacidade de investimento do Estado para a expansão, universalização e modernização dos serviços, reclamando a sua transferência para grupos privados interessados na exploração econômica dos serviços e atividades com capacidade financeira para seu desenvolvimento nos padrões hoje tidos como necessários. Porém, o movimento de privatização dos setores econômicos anteriormente desenvolvidos tão-somente pelo Poder Público, no mundo todo, insere-se numa rediscussão dos limites da atuação do Estado na atividade econômica e até na prestação de serviços públicos”. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Agências reguladoras e concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 111).

¹⁷⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 47.

¹⁷⁵ No âmbito do Governo Federal, o setor empresarial em 31/12/2011 estava constituído por 139 (cento e trinta e nove empresas), sendo que 84,4 % dessas integram o setor produtivo estatal e 15,6% delas integram o setor financeiro. (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais*, 2011. Brasília: MP/SE/DEST, 2012. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2011/perfil_final_2011.pdf>. Acesso em 25 set. 2013).

¹⁷⁶ PRADO JÚNIOR, Caio. *Op. cit.*, p. 322.

¹⁷⁷ FREITAS, Daniela Bandeira de. *Op. cit.*, p. 27.

É neste sentido que repensar, contínua e sistematicamente o modelo, o controle e a efetividade da gestão administrativa, notadamente no que se refere aos limites e entraves para a condução das políticas públicas, é um desafio que se impõe.

1.1.4 O modelo constitucional de organização da Administração Pública brasileira

É indubitável que a Administração é o centro vital do qual emana uma vasta e complexa atividade, uma ação concreta e contínua, para o que é necessário contar com uma organização adequada, que desponta, a princípio, como uma estrutura técnico-jurídica.¹⁷⁸ Inexistindo essa, a Administração Pública se verá impedida de satisfazer, em modo e tempo útil, as necessidades coletivas e os fins do Estado que tenham sido especificadamente definidos.

Nesse contexto, a organização administrativa retrata um dos aspectos da organização do Estado e, em regra, tem sido estabelecida em sua forma mais ampla e geral, pela Constituição Federal, que a tem fixado considerando os fins estabelecidos em seu preâmbulo¹⁷⁹ para atingimento do bem estar geral e desenvolvimento.¹⁸⁰

Com efeito, todo modelo de organização administrativa que se pretenda adotar deverá respeitar as linhas gerais emanadas da Carta constitucional¹⁸¹, na qual são encontrados, consoante Hector Jorge Escola, “os mais vívidos caracteres, o significado etimológico do vocábulo ‘administração’, ação, atividade, serviço, manejo ou exercício,

¹⁷⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 63. [tradução livre]

¹⁷⁹ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Disponível em: 22 abr. 2013).

¹⁸⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés public como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Delpama, 1989, p. 63. [tradução livre]

¹⁸¹ A organização do Estado brasileiro esteve presente nos textos constitucionais desde a primeira Constituição republicana, muito embora seja possível identificar diversidades terminológicas, como por exemplo, a denominação Da Organização Federal que foi adotada nos textos de 1891, 1934 e 1946, enquanto nas Constituições de 1937 e de 1967 se utilizou-se da expressão “Da Organização Nacional”. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 529); MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação federal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 1234-1235.

aplicado ao atingimento de fins pré-determinados, de fins humanos, que devem ser alcançados.”¹⁸²

Da Constituição brasileira como um sistema, é possível deduzir consequências organizativas importantes. No Título III, Da organização do Estado, encontra-se um capítulo específico para a organização da Administração Pública, delimitando-a como estrutura de governo e função administrativa. De qualquer modo, define um esquema do marco organizativo da Administração na medida em que destaca as entidades que integram a estrutura política-administrativa do Brasil.

Assim, o Constituinte originário de 1988 traçou os componentes da Federação¹⁸³ brasileira, estabelecendo a descentralização do poder do Estado, por meio de uma pluralidade de centros de poderes autônomos, que devem ser coordenados pelo poder central, competindo a esse o exercício da soberania externa. Em síntese, no modelo federativo brasileiro, o poder político é repartido entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.¹⁸⁴

Vale sublinhar que a opção do Constituinte pela espécie Federal de Estado, circunscreve-se em torno do princípio da autonomia e da participação política, por meio da existência de regras constitucionais tendentes não apenas à sua configuração, como também à sua permanência e indissolubilidade.¹⁸⁵

¹⁸² ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 64. [tradução livre]

¹⁸³ A idéia de Federação, originária da Constituição americana de 1787, foi desenvolvida para abrigar o pacto de ordens jurídicas regionais, ou seja, dos Estados que integram a Federação. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 530). A denominada Teoria do Federalismo foi apresentada, de forma pragmática, por Madison, Hamilton e Jay, nos ensaios *Federalist*, publicados nos anos de 1787 e 1788, em defesa da Constituição americana, que consagrou a Federação americana, composta pelas antigas treze colônias inglesas. (MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 633). De outro lado, cumpre destacar que a Federação brasileira, como técnica de distribuição de poder, destina-se a assegurar a coordenação de forças políticas, visando equilibrar e coordenar as competências das pessoas políticas do direito interno, ou seja, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹⁸⁴ Alude-se que o modelo constitucional federativo do Estado brasileiro, estabelecido na Constituição de 1988, ao consagrar o Município como ente integrante do pacto federativo, criou uma anomalia jurídica, decorrente da situação do Município não possuir representatividade no poder central. A teoria geral do federalismo considera uma federação de Estados e não de municípios. Diz-se anomalia, porque, sendo nosso sistema bicameral, formado pela Câmara de Deputados, que representa o povo, e o Senado, que representa os Estados e o Distrito Federal, resta que o Município, no nosso desenho federativo, não possui representação. Ora, o Município é divisão política do Estado-membro, logo não possui assento no Senado Federal, senão se estaria admitindo existir uma Federação de Municípios. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 531).

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 633. A impossibilidade de desconstituição da Federação está expressa no art. 60, § 4º, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Ademais, o delineamento organizativo constitucional traça algumas diretrizes para a configuração das condições de competência e legitimidade das diversas estruturas administrativas e para o efetivo cumprimento de suas funções constitucionais, pretendendo, portanto, ajustar o Estado administrativo às demandas do sistema econômico social. É dizer, se oferece à Administração, como poder ou sistema administrativo, uma solução de organização e ação.

Se, por um lado, é possível afirmar que os fins gerais estabelecidos pela Constituição vigente são sempre os mesmos, por outro lado, é possível compreender que se modificam, a maneira, o sentido e a forma como podem ser atingidos, assim como os meios disponíveis para obtê-los. Esse cenário demanda uma organização administrativa que possa ser continuamente adequada à realidade concreta e cambiante de cada tempo, caso contrário, tal organização se mostrará ineficaz na busca de seus objetivos.

Para enfrentar o tema da organização do Estado é necessário preliminarmente enfatizar que a expressão *poder estatal* possui um sentido orgânico, que representa o centro de imputação desse poder e um sentido funcional que sinaliza seu modo de exercício. Os poderes orgânicos se articulam em órgãos que são entes despersonalizados competentes para executar funções determinadas, enquanto os poderes funcionais desdobram-se em funções¹⁸⁶ que são atribuições conferidas aos órgãos para prática de atos específicos.¹⁸⁷

Atente-se ainda que, no Direito, o vocábulo órgão é utilizado para indicar a parte instrumental de um corpo estatal e sua noção é indissociável da noção de função, sendo que uma pressupõe a outra.¹⁸⁸ Decorre daí o entendimento de que na idéia de estrutura está inserida a noção de órgão, assim como na idéia de atividade está contida a noção de função.

Porém, enfatiza-se que, tratar-se-á apenas da organização da função executiva que se volta à gestão de interesses públicos e que exercita operações

¹⁸⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta consistente estudo acerca da análise das funções do Estado, sua distribuição entre os poderes no Direito Constitucional brasileiro, bem como suas delegações. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 23-33.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 22.

concretas¹⁸⁹, mais restritamente, à função administrativa. Ou seja, das instituições que assumem estruturas próprias voltadas ao cumprimento da função administrativa.

A esse respeito, a tese alinha-se ao posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para quem “a *função administrativa* é a atribuição característica do Poder Executivo, a ela cometida, como se lê no art. 84¹⁹⁰ da Constituição.”¹⁹¹

Significa dizer que, adotando-se como exemplo a esfera do Governo Federal, a Constituição determina, como competência privativa do Presidente da República, a função de comandar a máquina administrativa para o fim de eliminar problemas permanentes e conjunturais do Estado. Em princípio, o chefe do poder executivo pode contar com o apoio de seus auxiliares, para manuseio de seus amplos poderes gerenciais.¹⁹²

No que se refere aos demais entes políticos integrantes da federação, tendo em vista que a integração administrativa do Estado brasileiro é consequência do modelo federativo delineado pelo art. 18¹⁹³ da Constituição, à chefia do poder executivo correspondente é cometida idêntica competência privativa.

Conforme destaca Alexandre de Moraes: “O Poder Executivo funciona permanentemente e tem como função impulsionar e dirigir a ação administrativa.”¹⁹⁴

¹⁸⁹ Diogo Moreira de Figueiredo Neto reconhece a função jurisdicional como igualmente executora de operações concretas. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 23.

¹⁹⁰ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; (...) VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...) XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; (...) XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; (...) XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

¹⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 28. [com destaque no original]

¹⁹² BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 968-969.

¹⁹³ “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

¹⁹⁴ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 1228.

Ademais, não se pode esquecer que a autonomia plena de cada ente político, estabelecido pela Constituição, confere à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, uma ordem jurídica federativa autônoma.

Dessa forma, no âmbito do Estado brasileiro a repartição de competências pressupõe o respeito a uma reserva legal e Constitucional dentro das quais a Administração Pública e demais poderes estatais devem mover-se, sob pena de invalidade de seus atos.

Conforme antecipado, repise-se que o federalismo não é novidade trazida pela Constituição vigente, tendo sido adotado pela primeira Constituição republicana brasileira, datada de 1891, mantendo-se nas demais que a sucederam, com exceção do lapso temporal que correspondeu ao unitarismo de Estado, ocorrido sob a égide da Constituição de 1937.¹⁹⁵

Na atual, como solução constitucional para a distribuição de competências entre os entes federativos evidencia-se que o Constituinte optou por explicitar as competências da União e deixar as remanescentes para os Estados-membros, reservando ainda para os Municípios “um espectro de competências enumeradas (art. 23 e 30, II a IX) e não enumeradas; estas compreendidas numa fórmula ampla – o atendimento ao *interesse local* (art. 30, I)...”¹⁹⁶

Como consequência desse desenho estrutural, no atual cenário há a fragmentação do poder público administrativo, mediante a criação de uma pluralidade de administrações verdadeiramente autônomas entre si, decorrente da descentralização territorial propugnada pelo texto constitucional.¹⁹⁷

Embora óbvio, é importante destacar que as múltiplas estruturas organizativas, uma vez que desfrutam de competências e atribuições próprias, devem funcionar coordenadamente na persecução do interesse público, repartindo entre si o dever de cumpri-los.¹⁹⁸

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 37.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 37. [com destaque no original]

¹⁹⁷ ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁹⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e a sua justiça no início do século XXI*, p. 42.

Com efeito, as pessoas de direito político, constituídas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, são entidades centrais¹⁹⁹ da Administração Pública nos três níveis federativos correspondentes, no exercício da atividade administrativa. Essas pessoas políticas são possuidoras de competências não apenas administrativas, mas também legislativas.²⁰⁰

Esse delineamento constitucional de uma estrutura própria em cada nível da Federação, induz à existência de uma divisão vertical na organização administrativa brasileira, porém, não hierárquica, advirta-se, na qual convivem a Administração Pública Federal, a Administração Estadual, a Administração do Distrito Federal e a Administração Municipal.

Sob o aspecto da dimensão horizontal a Administração Pública brasileira se divide em Administração direta e Administração indireta²⁰¹. Adota-se a expressão Administração direta para indicar o ente político que é o titular da função administrativa, por disposição constitucional, enquanto a expressão Administração indireta é utilizada para se referir às pessoas meramente administrativas que recebem as suas competências de modo indireto, por meio infraconstitucional, das pessoas políticas.²⁰²

A repartição ingressou no ordenamento brasileiro com o Decreto-Lei nº 200, editado em 25/01/1967, cuja sistematização da estrutura delineada para o nível federal foi propagada para os níveis estadual e municipal, tanto pela força desse mesmo diploma, como em razão de dispositivo do posterior Ato Institucional 8/69 que determinava a observância, pelos demais níveis federativos, dos mesmos princípios adotados para a reforma administrativa na esfera federal.²⁰³

Na ocasião, o Decreto-Lei nº 200/67 ficou conhecido como ‘Reforma Administrativa’, tendo em vista que propugnava a sistematização da estrutura da

¹⁹⁹ Adota-se a denominação de entidades centrais para a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 247.

²⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 201.

²⁰¹ Odete Medauar noticia que a utilização das expressões Administração direta e indireta, apesar de já terem sido consolidadas no ordenamento brasileiro, foi objeto de críticas de doutrinadores, uma vez que a utilização dos termos Administração centralizada e Administração descentralizada pareceria ter sido mais adequados, por indicarem de modo mais preciso o que contemplaria. (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 56.) No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 142.

²⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 194.

²⁰³ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 57.

Administração Federal ao mesmo tempo em que estabelecia as diretrizes para a reforma administrativa no âmbito federal.²⁰⁴

Ademais, na época da edição do referido Decreto-Lei, toda a Administração Pública estava centralizada em torno dos órgãos do Poder Executivo e afirmava-se que a mesma se mostrava ineficiente para atendimento do interesse público, tendo se optado pela descentralização²⁰⁵ para possibilitar a distribuição de competência.²⁰⁶

Trata-se da denominada descentralização por outorga ou institucional, por meio da qual, o Estado através de lei, cria uma nova pessoa jurídica e a ela transfere a titularidade de uma atividade administrativa. Assim, essas novas entidades passam a personalizar uma determinada função.²⁰⁷ É, portanto, diferente da descentralização por desconcentração, que ocorre dentro da própria estrutura administrativa, sem a criação de uma pessoa jurídica, apenas com a finalidade de descongestionar o serviço por meio da repartição de funções entre órgãos.

Desde então, o ordenamento jurídico pátrio atribui à Administração direta a competência para o exercício das atividades típicas de Estado, que ele tem por obrigação prestar ou exercer, ou seja, aquelas atividades inerentes, exclusivas e que, por

²⁰⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 57.

²⁰⁵ Adota-se o sentido do termo descentralização administrativa como sendo a transferência de poder de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria, os quais realizam, em nome próprio, atividades que possuem as mesmas características e efeitos das atividades administrativas estatais. Entre os entes descentralizados e os poderes centrais não existem vínculos hierárquicos, mas, apenas, controle denominado de poder de tutela exercido pelo ente central. No Brasil, a descentralização administrativa realiza-se com os entes da Administração indireta. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 65; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 197. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apresenta sua crítica a respeito do Decreto-lei nº 200/67: “Com efeito, se era intenção do legislador mencionar, com a expressão *administração indireta*, as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, ele o fez de maneira imperfeita; primeiro, porque não mencionou as entidades que são **concessionárias** e **permissionárias** de serviços públicos (descentralização por colaboração) e que exercem **administração indireta** ou **descentralizada**; segundo, porque só considerou como empresas públicas e sociedades de economia mista as que exercem **atividade econômica**, as quais não são entidades **descentralizadas**. Isto porque só existe descentralização quando o poder público destaca um **serviço público que lhe é próprio** para transferi-lo, por descentralização, a outra entidade, com personalidade jurídica própria; ninguém pode delegar uma atribuição que não lhe pertence (...) Não se pode, pois, tecnicamente, considerar empresas que exercem atividade econômica como entidades da Administração Indireta; somente se podem considerar corretos os conceitos de empresa estatal e sociedade de economia mista, contidos no artigo 5º do Decreto-lei no 200, se se considerar a expressão *atividade economia* em sentido amplo abrangendo a de natureza privada (exercida a título de intervenção no domínio econômico) e a de natureza pública (assumida pelo Estado como serviço público, comercial ou industrial, como por exemplo, o de transportes, de navegação aérea, de distribuição de gás)”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 418). [com destaque no original].

²⁰⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

²⁰⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 62.

essa razão, não poderiam ser repassadas ao particular. E, por outro lado, às entidades que integram a Administração indireta, reserva-se o exercício de atividades atípicas, seja por exemplo, para o desenvolvimento de serviços públicos ou de atividade econômica²⁰⁸ – no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista.²⁰⁹

Assim, a estrutura organizacional constitucional administrativa brasileira é integrada pela Administração direta, de natureza estatal e exclusivamente política, formada pela União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, e pela Administração indireta que é composta pelos entes administrativos estatais que são desdobramentos do Estado e, portanto, dotados de personalidade jurídica própria, ora de direito público, ora de direito privado, sempre instituídos por lei para o exercício de atividades administrativas específicas ou de interesse público.²¹⁰

Vale observar ainda que a estrutura básica da Administração direta dos Estados-membros e dos Municípios, observa o mesmo esquema da Administração Federal e é composta pelo conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo.²¹¹

Em contrapartida, no que se refere à organização da Administração indireta dos Estados federados, o art. 25 da Constituição Federal²¹² confere-lhes autonomia, sendo que o art. 25, §§ 2º e 3º da Constituição Federal relaciona suas competências administrativas explícitas exclusivas, enquanto as competências administrativas explícitas comuns são elencadas no art. 23²¹³, e as competências administrativas

²⁰⁸ Antecipa-se, desde logo, que esse será um dos grandes enfrentamentos ao longo deste trabalho, porém, por ora, optou-se em reter essa síntese, para o fim de não comprometer o desencadear do desenvolvimento do tema.

²⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 20-21.

²¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 244.

²¹¹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 67.

²¹² “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995) § 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²¹³ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a

remanescentes são genericamente listadas no art. 25, § 1º. Há ainda as competências administrativas implícitas que são aquelas indispensáveis ao exercício das demais competências administrativas.²¹⁴

Destaca-se que, em regra, as Constituições estaduais dispõem apenas sobre a estrutura básica da Administração, delegando à legislação própria estadual a tarefa de explicitar a estrutura e funcionamento dos órgãos que a integram, todavia, limitados pelos princípios e normas da Constituição Federal.²¹⁵

No tocante à organização administrativa indireta dos Municípios, igualmente em decorrência da autonomia política a eles conferida, o artigo 29²¹⁶ da Constituição Federal dispõe que sua estrutura administrativa pode ser por eles mesmo estabelecida, observados os preceitos estabelecidos nas Constituições Federal e do Estado da Federação ao qual pertence.²¹⁷

O Distrito Federal, ente federativo que sedia a capital do Brasil, exerce competências administrativas explícitas comuns, que estão descritas no art. 32²¹⁸ da Constituição Federal, o qual determina que sua organização administrativa será regida

descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)". (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 249.

²¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 69. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 249.

²¹⁶ "Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:" (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 70.

²¹⁸ "Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios". (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

por lei orgânica, de competência da sua Câmara Legislativa²¹⁹, enquanto suas competências remanescentes estão relacionadas no art. 32, § 1º as competências explícitas próprias estão elencadas no art. 30²²⁰, nos incisos de III a IX.²²¹

De toda forma, é incontroverso que a Administração indireta surgiu para atender uma necessidade prática verificada, principalmente, a partir do advento do Estado Social, quando então o Estado aumentou o rol de atividades típicas ao mesmo tempo em que assumem o ônus de intervenção na esfera econômica, para atendimento de relevante interesse público e necessidades de segurança nacional.²²²

Seguramente, foi a divisão entre Administração Pública direta e indireta²²³ esboçada originalmente pelo Decreto-Lei nº 200/67, que desencadeou a descentralização²²⁴ da Administração Pública brasileira por meio da divisão de competências entre entes com personalidade jurídica autônoma dentro do mesmo nível federativo. Essa configuração permanece até hoje, com algumas alterações trazidas por

²¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 71.

²²⁰ “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (...) IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 250.

²²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 21.

²²³ Sobre o fracasso do Decreto-Lei nº 200/67 em apresentar todas as entidades da Administração indireta e por incluir, entre elas, algumas que não são, vale conferir as observações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Com efeito, se era a intenção do legislador mencionar, com a expressão administração indireta, as entidades que prestam serviços públicos descentralizados, ele o fez de maneira imperfeita: primeiro, porque não mencionou as entidades que são **concessionárias** e **permissionárias** de serviços públicos (descentralização por colaboração) e que exercem **administração indireta** ou **descentralizada**; segundo, porque só considerou como empresas públicas e sociedade de economia mista as que exercem **atividade econômica**, as quais não são entidades **descentralizadas**. Isso porque só existe descentralização quando o poder público destaca em **serviço público que lhe é próprio** para transferi-lo, por descentralização, a outra entidade, com personalidade jurídica própria; ninguém pode delegar uma atribuição que não lhe pertence”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 419). [com destaque no original]

²²⁴ Sobre a existência de controvérsia no uso dos termos desconcentração e descentralização, incluindo o descompasso entre a conceituação doutrinária e o emprego dos termos em textos legais, importante registrar a opinião de Odete Medauar: “Exemplo expressivo da divergência é encontrado no Dec.-lei 200/67, que no seu art. 10 engloba sob a rubrica de ‘descentralização’, práticas que, segundo as concepções doutrinárias, aí não se enquadrariam”. (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 64-65).

legislações posteriores e pela Emenda Constitucional nº 19/98, tendo sido adotada em vários dispositivos²²⁵ da Constituição Federal, para todos os níveis federativos.

Com efeito, a Constituição Federal adota a expressão Administração indireta no mesmo sentido subjetivo utilizado pelo artigo 4º do Decreto-Lei nº 200/67, em consonância com a redação incorporada pela Lei nº 7.596, de 10/04/1987.²²⁶ Ou seja, a Constituição não se referiu à Administração Pública como atividade - sentido objetivo, mas como sujeito - sentido subjetivo.

Significa dizer que a Carta designa o conjunto de pessoas jurídicas, sejam elas possuidoras de regime jurídico de direito público ou de direito privado, criadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado brasileiro, tanto aquelas qualificadas como serviço público como as atividades desempenhadas à título de intervenção no domínio econômico.²²⁷

Enfim, conforme já introduzido, a classificação positiva vigente adota o critério segundo o qual a Administração direta²²⁸, de natureza estatal e exclusivamente política, compreende a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, enquanto a Administração indireta é constituída tanto pelos entes administrativos estatais dotados de personalidade jurídica de direito público²²⁹, como pelas empresas

²²⁵ Como, por exemplo: art. 37, *caput*; art. 49, X; art. 70; art. 71, II; art. 74; art. 165, § 5º, I e III, art. 169, § 1º.

²²⁶ “Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987) Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013). Maria Sylvia Zanella Di Pietro inclui na Administração Pública indireta os Consórcios Públicos disciplinados posteriormente pela Lei n. 11.107, de 06/04/2005. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 58.

²²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 422. “Fala-se em atividade econômica em ‘sentido estrito’, pois o serviço público também possui a ontologia de uma atividade econômica, apesar de o sistema constitucional não reconhecer, do ponto de vista jurídico, tal nomenclatura. Na realidade, a questão resolve-se satisfatoriamente (e de forma plenamente compatível com a Constituição) quando estudado o próprio conceito de atividade econômica: a ação de escolha e busca de recursos (bens) para o atendimento das necessidades econômicas”. (GABARDO, Emerson. *Op. cit.*, p. 131).

²²⁸ Integra a Administração direta o conjunto de órgãos integrados na estrutura da chefia e dos órgãos auxiliares do Poder Executivo das três esferas da Federação: Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 67.

²²⁹ Alinha-se ao posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que considera as pessoas jurídicas de direito público como entes dotados de capacidade de manifestar a vontade estatal e, por isso, de constituir relações jurídicas administrativas. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 246.

públicas, sociedades de economia mista e suas eventuais subsidiárias, e as fundações públicas, entes com personalidade de direito privado^{230 231}.

Dentre as alterações legislativas ocorridas na esfera Federal²³², bem como do advento da Emenda Constitucional nº 19/98²³³, merece destaque a alteração trazida pela Lei nº 11.107, editada em 06/04/2005, que acrescentou outra modalidade de entidade sob a denominação de Consórcio Público²³⁴, o qual pode possuir tanto o regime jurídico de direito público, hipótese em que passa a ser denominado de Associação Pública²³⁵, como pode possuir regime jurídico de direito privado. Trata-se de uma pessoa administrativa criada a partir do consenso entre pessoas políticas, decorrente de uma conjugação de poderes.²³⁶

Assim, em cada nível da Federação, o conjunto dessas entidades personalizadas forma sua Administração indireta, para o desempenho de sua competência estabelecida por lei ou autorização específica²³⁷, dotada de patrimônio, estrutura administrativa e pessoal próprios.²³⁸ Tratam-se de produtos da descentralização administrativa²³⁹, instituídas em razão do reconhecimento de que as

²³⁰ Os artigos 40 e 41 do Código Civil brasileiro disciplina e caracteriza as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 56.

²³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 244.

²³² As legislações estaduais também dispõe sobre as entidades descentralizadas, como por exemplo no Estado de São Paulo fez o Decreto-Lei complementar no 7, editado em 02/11/1969. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 420. Todavia, não se fará o enfrentamento das legislações estaduais e municipais, por extrapolar as finalidades necessárias para a compreensão das noções básicas da organização administrativa brasileira.

²³³ Referida Emenda modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle e despesas e finanças pública e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e outras providências. Notadamente, determina obediência, pela Administração Pública direta e indireta de todos os entes da Federação, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressos no *caput* do art. 37 da Constituição, além dos demais preceitos estabelecidos nos incisos de I a XXII do mesmo artigo. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 76. A Citada Emenda acresceu à lista das entidades da Administração indireta, as subsidiárias de empresas públicas e das sociedades de economia mista. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 262.

²³⁴ O Consórcio Público é constituído por dois ou mais entes federativos em conjunto (União, Estados, Distrito Federal ou Município), visando a gestão associada de serviços públicos prevista no artigo 241 da Constituição: Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 420.

²³⁵ Conforme dispõe o artigo 41, inciso IV, do Código Civil brasileiro.

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 198.

²³⁷ Conforme previsto no art. 37 da Constituição Federal.

²³⁸ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 73-75.

²³⁹ Visando dirimir qualquer dúvida em relação ao emprego do termo descentralização, embora já tenha sido objeto de nota anterior, vale transcrever a observação de Odete Medauar: “No Brasil, entre os órgãos que integram a Administração direta existem vínculos de hierarquia característicos da desconcentração; entre as entidades centrais – União, Estados, Distrito Federal, Municípios – e suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas não ocorrem juridicamente vínculos de

atividades administrativas, pelo elevado número e complexidade não poderiam ser adequadamente executadas se mantidas nas mãos de uma única pessoa jurídica.

Uma consequência relevante desse modelo organizacional é o fato de que as entidades da Administração indireta não se confundem com a personalidade do ente central a qual está vinculada. Vale dizer, por possuírem personalidade jurídica própria são, portanto, sujeitos de direitos e obrigações que praticam atos jurídicos em nome próprio.²⁴⁰

Na organização administrativa brasileira, as pessoas políticas que integram a Administração direta possuem, necessariamente, personalidade jurídica de direito público, enquanto as pessoas administrativas que integram a Administração indireta podem possuir regime jurídico de direito público ou de direito privado, veja-se: as autarquias²⁴¹ são pessoas jurídicas de direito público, os consórcios públicos²⁴² podem ser pessoas jurídicas de direito público ou direito privado, enquanto as empresas públicas²⁴³, as sociedades de economia mista²⁴⁴, a empresa sob controle acionário do

hierarquia, mas controle denominado tutela, típico de descentralização administrativa”. (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 66).

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 74.

²⁴¹ Autarquia é um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, porém, com gestão administrativa e financeira descentralizadas, visando seu melhor funcionamento. No ordenamento jurídico brasileiro, resta consolidada a natureza de pessoa jurídica pública das autarquias que integram a Administração indireta, desde o advento do Decreto-lei 6.016/44. Ademais, o Código Civil de 2002 dispõe claramente a esse respeito no art. 41, inciso IV. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 77. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 204.

²⁴² No que se refere ao regime jurídico dos Consórcios Públicos, esta tese alinha-se ao entendimento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, segundo o qual o Consórcio criado por dois ou mais entes federativos em conjunto para a gestão associada de serviços públicos prevista no art. 241 da Constituição Federal, poderá possuir personalidade de direito público, hipótese que assume a denominação de associação pública quando então terá todas as prerrogativas e privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, ou poderá possuir personalidade de direito privado, nos termos do art. 6º, *caput* e inciso I da Lei nº 11.107/05. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 476. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 74; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 212.

²⁴³ “Adota-se a denominação de empresa estatal para indicar a pessoa jurídica de direito privado com capital inteiramente público, todavia com a possibilidade de participação de entidades da Administração indireta e, com organização sob qualquer das formas admitidas em direito. Na denominação empresa estatal, adotada em sentido amplo, estão contempladas a sociedade de economia mista, a empresa sobre controle acionário do Estado e a empresa estatal, em sentido estrito”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 427). No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 95; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 219-220.

²⁴⁴ A sociedade de economia mista é pessoa jurídica de direito privado, com conjugação de capital público e privado, portanto, com capital misto, com participação do poder público na gestão e organização sob a forma de sociedade anônima. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 427. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 98.

Estado²⁴⁵ e as fundações²⁴⁶ instituídas pelo poder público são pessoas jurídicas de direito privado.²⁴⁷

Em princípio, a adoção da forma de regime jurídico de direito privado para as entidades integrantes da Administração indireta, decorre da natureza das competências que serão a elas atribuídas e destina-se ao desempenho de atribuições que não importem o exercício de poderes autorizativos e privativos da autoridade pública.²⁴⁸

Vale dizer, a definição do regime jurídico da entidade integrante da Administração indireta dependerá da natureza das necessidades coletivas a serem atendidas. Assim, a adoção da forma de regime jurídico de direito público induz que a pessoa administrativa exercita competências típicas do Estado, sendo-lhe vedado atuar de modo equiparado aos particulares.²⁴⁹

Por outro lado, quando por força de dispositivo constitucional ou legal, o Estado está no exercício de atividades administrativas atípicas, ou seja, aquelas que poderiam ser mais eficientemente desenvolvidas pelo setor privado, como ocorre, por exemplo, na prestação de serviço público ou de atividades econômicas. Nessa situação, o ente da Administração indireta é personalizado com o regime jurídico privado,

²⁴⁵ A empresa sob controle acionário do Estado é pessoa jurídica de direito privado, mas que não possui todos os requisitos essenciais para que possa ser enquadrada como empresa estatal tampouco como sociedade de economia mista. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 427. Em sentido contrário, afirmando que as empresas controladas pelo poder público não integram a Administração indireta, porém reconhecendo que sujeitam-se ao controle administrativo da Administração direta: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 104.

²⁴⁶ A Lei Federal nº 7.596/87, alterou a redação do artigo 4 do Decreto-lei nº 200/67, inserindo a categoria de fundações públicas no rol de entidades da Administração indireta, definindo-as como pessoas jurídicas de direito privado. Todavia, a doutrina administrativa diverge acerca da natureza jurídica das Fundações e seu posicionamento no rol da Administração indireta. Odete Medauar atribui o dissenso acerca da natureza jurídica da Fundação ao fato da Constituição Federal de 1988 utilizar em alguns dispositivos a expressão 'administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público' (por exemplo, art. 71, III), o que poderia levar ao entendimento de que a Carta estaria retirando as fundações públicas do âmbito da Administração indireta, para incluí-las numa aludida 'Administração fundacional'. Todavia, esta tese alinha-se ao entendimento de Odete Medauar no sentido de que Administração Pública se reparte somente em direta e indireta, nesta última, se incluindo as fundações públicas, eis que o próprio Dec.-lei 200/67 assim prevê; e, por outro lado, todas as leis de reestruturação da Administração federal posteriores à Constituição de 1988 repartem-na em direta e indireta. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 73-74. No mesmo sentido, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 243; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 20. Em sentido diverso, defendendo que o Poder Público ao instituir fundação, pode atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado, todavia reconhecendo que a fundação integra a Administração indireta: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 434. Defendendo que a fundação possui, exclusivamente, natureza jurídica pública e que são equivalentes às autarquias: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 171.

²⁴⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 74.

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 203.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 204.

liberando-o de uma rígida submissão a orçamentos, controles administrativo e estrutura hierárquica, conferindo-lhe, portanto, algumas vantagens operativas.^{250,251,252}

Do ponto de vista estritamente jurídico, a diferença primordial entre as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado que compõem a Administração indireta brasileira está nas prerrogativas e restrições próprias do regime jurídico administrativo, como por exemplo, autoexecutoriedade, autotutela, possibilidade de alteração e rescisão unilateral dos contratos, juízo privativo, dentre outros. Ou seja, as pessoas públicas têm praticamente as mesmas prerrogativas e sofrem as mesmas restrições que os órgãos da Administração direta. Por outro lado, as pessoas jurídicas de direito privado só possuem as prerrogativas e às restrições expressamente previstas em lei.²⁵³

Ressalta-se, todavia, que a doutrina administrativista pátria posiciona-se no sentido de afirmar que, em todas as pessoas de direito privado criadas pelo Estado existe a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público.²⁵⁴

Repise-se que questão de igual importância acerca das entidades integrantes da Administração indireta refere-se ao fato de inexistirem vínculos hierárquicos entre elas e o ente central originário, mas apenas poder de tutela, controle administrativo. Vale dizer, controle finalístico.²⁵⁵

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 260. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 425.

²⁵¹ “Os entes administrativos estatais, que são pessoas jurídicas de direito público, às quais a lei outorga o desempenho de funções administrativas; os entes administrativos paraestatais, que são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação foi por lei autorizada; e dela recebe delegação para o desempenho de funções administrativas; e os entes administrativos extraestatais, que são pessoas de direito privado, que se associam ao Estado para o desempenho de funções administrativas ou de simples atividades de interesse público, através de vínculos administrativos unilaterais ou bilaterais. As duas primeiras categorias correspondem, em parte, à classificação positiva da Administração Pública em direta e indireta. Diz-se, em parte, porque, rigorosamente, a administração direta, por sê-lo, deveria incluir as autarquias que são entidades estatais que atuam por direito próprio e não por delegação”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 243). [com destaque no original] No mesmo sentido, reconhecendo que as autarquias são caracterizadas como pessoas jurídicas de direito público: MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 56; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 20.

²⁵² Sustenta-se que as Autarquias, em razão de seu regime de direito público, integram a Administração Pública direta, muito embora o Decreto-lei nº 200/67 tenha estabelecido de forma diversa, cujo equívoco manteve-se na Constituição de 1988. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 243. Em sentido contrário, afirmando que as Autarquias integram a Administração pública indireta: JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 199.

²⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 425.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 426; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. *Op. cit.*, p. 37; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. *Op. cit.*, p. 11-13.

²⁵⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 59.

A especialidade das atribuições de cada entidade, necessária para o desempenho da competência que lhe foi atribuída por lei específica é um dos aspectos a ser controlado.²⁵⁶

Destarte, como se pode observar, inúmeras entidades administrativas são derivadas, por desdobramento ou delegação, das pessoas jurídicas de direito público centrais, tornando-se praticamente impossível apresentar um rol exaustivo das espécies administrativas distribuídas nas três esferas políticas da Federação.²⁵⁷ Muito embora, seja possível afirmar que entre os níveis federativos as variações não sejam muito distintas, tendo em vista, em parte, algumas contingências de simetria impostas pela própria Constituição, bem como pela facilidade de imitação entre os níveis federativos.²⁵⁸

Há, todavia, alguns entes que não se enquadram exatamente nos moldes legais estabelecidos para identificar as entidades componentes da Administração indireta, tampouco podem ser caracterizados como componentes da Administração direta, como por exemplo: ordens e conselhos profissionais; fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior; empresas controladas pelo Poder Público²⁵⁹; serviços sociais autônomos; organizações sociais, e organizações da sociedade civil de interesse público.²⁶⁰

Ocorre que, apesar de não integrarem a Administração indireta, tais entes possuem personalidade jurídica própria e apresentam vínculos diversificados com o Poder Público, alguns exercem atribuições típicas do Poder Público, outros recebem recursos públicos ou ainda realizam atividades de importância coletiva.

Em face da complexidade e da variedade de entes no exercício de atividades administrativas públicas na atualidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende a reorganização das categorias, incluindo a criação de uma nova categoria a qual denomina por entes administrativos associados²⁶¹.

²⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 75.

²⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 195.

²⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 247.

²⁵⁹ Nessas empresas o Poder Público é acionista, que as controla e possui ascendência, contudo, não podem ser identificadas como empresas públicas ou sociedade de economia mista, por faltarem os requisitos de qualificação, como por exemplo, criação por lei específica. Incluem-se entre as estatais, sem integrar a Administração indireta. Cf. MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 103-104.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 101-107.

²⁶¹ “Além dessas duas categorias de entes administrativos, integrantes da *administração direta e indireta*, acrescenta-se uma terceira categoria, *de entes administrativos associados*, que reúne tanto as demais

Percebe-se, portanto, que não é possível afirmar que o processo histórico de configuração do Estado tenha se encerrado, tampouco de sua organização administrativa. Vale dizer, a evolução das necessidades coletivas e individuais continua a demandar novas formas de organização do poder político, notadamente daquelas afeitas ao exercício de suas atividades administrativas, conformando-as, por certo, às condições conjunturais de cada momento histórico.

Se, no passado, foi o alargamento das funções da Administração Pública um dos fatores que evidenciou que o aparelho da Administração direta não era mais capaz de dar respostas às novas tarefas que o Estado era chamado a desempenhar, e que alavancou a reorganização da estrutura administrativa por meio da inserção da Administração indireta com entidades administrativas instituídas sob o regime de direito privado, pode-se afirmar que no atual cenário econômico e social vivencia-se uma situação diversa, causada, principalmente, pelo grau de intervenção da Administração Pública quanto ao desenvolvimento de uma atividade prestadora em termos econômicos e sociais.

A discussão coloca-se agora no nível da intensidade dessa intervenção pública, por meio de sua forma organizativa administrativa e do papel do Estado na produção de bens e prestação de serviços, que amplia o intervencionismo público e, conseqüentemente, o campo material e orgânico da Administração Pública.

A acentuada ingerência do Estado nos mais diversos setores da vida e da sociedade, contribuíram para o agigantamento do Poder Executivo em todas as esferas da Federação e é facilmente constatada pela força e grandeza de suas responsabilidades e da relevância de sua atuação na condução dos negócios políticos do Estado.²⁶²

A opção constitucional em organizar a Administração Pública indireta para atuar em determinadas atividades, sob a forma de direito privado e, algumas vezes, em grau de concorrência com o setor privado sob o argumento de compensar eventuais deficiências de mercado, revela a importância de compreender a gestão administrativa como atividade e organização direcionadas a atingir os resultados necessários à melhor satisfação do interesse público.

modalidades de entes administrativos paraestatais que não foram não compreendidas na administração direta, como os *entes administrativos extraestatais*, uma subcategoria que reúne todas as demais espécies de pessoas que exercem, de algum modo e em alguma parcela, uma atividade administrativa pública". (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 244).

²⁶² MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 1232.

Com efeito, a intervenção do Estado nos mercados setoriais por meio da execução da atividade econômica, trouxe como resultado sua capacitação para regular a economia, permitindo a inauguração da fase do dirigismo econômico, em que o Poder Público produz uma estratégia sistemática de forma a participar ativamente dos fatos econômicos.

Não é por outra razão que a Constituição pátria, nitidamente diretiva e econômica²⁶³, ao mesmo tempo em que delimita o modelo organizacional administrativo, confirma a vocação estatal como agente de transformação econômica e social.

Fato é que, em se tratando de disciplina da atividade econômica, o que se assiste é a ausência de continuidade de planejamento estatal brasileiro para regulação do mercado, com elevada alternância de diretrizes as quais, quando existentes, sucumbem ao modismo dos governantes e suas ideologias político-partidárias.

Relembre-se que o art. 174 da Constituição Federal determina ao Estado, dentre outras, o exercício da função de planejamento o qual deve ser determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Quanto ao mercado, como destaca Calixto Salomão Filho: “É comum ouvir que é preciso estimulá-lo, se for o caso regulá-lo, mas sempre de modo a não desestimular soluções modernas, que viriam sempre do mercado”.²⁶⁴

Propõe-se, portanto, investigar se o necessário propósito de equilíbrio entre as ações coordenadas do Estado e do setor privado, na realização do adequada condução econômica e administrativa do país, está sendo concretizado.

1.2 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CONSTITUIÇÃO E VINCULAÇÕES JURÍDICO-PÚBLICAS

Dentre as formas de intervenção adotada pelo Estado brasileiro para atuação na atividade econômica, a sociedade de economia mista, de previsão constitucional, desponta como uma instituição de instigante importância social e econômica, apta a ser

²⁶³ Conforme disposição contida no art. 170, *caput* combinado com art. 173 da Constituição Federal de 1988.

²⁶⁴ SALOMÃO, Calixto. *Op. cit.*, p. vii.

objeto de análise pretendida, tendo em vista seu regime jurídico de direito privado, seu caráter de capital e gestão híbridos aliados à sua forma de sociedade por ações.²⁶⁵

No Brasil, alude-se que a primeira experiência com a utilização da sociedade por ações deu-se no ano de 1.808, com a criação do Banco do Brasil, cujo controle acionário pertencia à coroa portuguesa²⁶⁶, seguido posteriormente pela criação de outras sociedades híbridas estatais.²⁶⁷

Reúne, portanto, a sociedade de economia mista, características, *a priori*, não típicas para uma empresa estatal, tendentes a assemelhar-se muito mais com o setor privado do que com o setor público, muito embora, pareça possuir no fundamento teológico de sua criação a submissão às diretrizes impostas pelos representantes do Estado.²⁶⁸

Nesse modelo empresarial estatal, por meio da composição de economia privada e pública, coloca-se lado a lado a iniciativa privada e a planificação pública, o princípio do lucro e o princípio da satisfação das necessidades sociais.²⁶⁹

Fato é a influência da sociedade de economia mista nas atividades econômicas setoriais nas quais atua, decorrente principalmente de seu peso e importância política que lhe conferem importante função de potencial reguladora do mercado.

Para tanto, propõe-se investigar as causas que motivaram a criação dessa modalidade de empresa estatal, como forma de intervenção no domínio econômico, bem

²⁶⁵ Afirma-se ser essa a forma societária que melhor se adapta à implementação de empreendimentos de grande porte, uma vez que permite a reunião de capital e ao mesmo tempo privilegia a independência em relação aos investidores, cujo elo de ligação entre eles se assenta na persecução do lucro a longo prazo. Nesse sentido, atribui-se às sociedades por ações importante papel no desenvolvimento econômico das nações. Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 80.

²⁶⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 17; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 64.

²⁶⁷ “...vieram o Instituto de Resseguros do Brasil – IRB (1939), a Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1941), a Companhia Vale do Rio Doce (1943), a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (1945), a Fábrica Nacional de Motores (1946), a Petrobrás (1953) e a Eletrobrás (1961), chegando, em 1981, a 360 empreendimentos da União, excluídas as autarquias, fundações, órgãos autônomos e entidades gestoras de parafiscalidade”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 64)

²⁶⁸ “Ressalto que a Lei das S/A, no capítulo que dedicou às sociedades de economias mistas, fez alguma referência ao tema do controle, nestes termos: ‘a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação’(art. 238). Também aqui não há imposição de que o controle seja exercido pelo Estado com exclusividade ou de modo ilimitado”. (SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268).

²⁶⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 62.

como o papel por ela desempenhado ao longo do tempo, buscando contextualizá-la no cenário socioeconômico brasileiro.

Perseguir a definição do interesse que justificou a criação da empresa controlada acionariamente pelo Estado, a sua finalidade pública e a convivência com acionistas privados, notadamente na contemporaneidade, são algumas das inquietações que se pretende enfrentar.

1.2.1 Delimitação jurídica: objeto, natureza jurídica e interesse social

Foi, contudo, como já observado, a busca por soluções que propiciasse ao Estado atingir idênticas vantagens operacionais utilizadas pelas empresas privadas em suas relações, liberando-o do rígido controle burocrático, principalmente aqueles afeitos à previsão orçamentárias e subordinação hierárquica, um dos principais argumentos que fomentou a criação dos entes administrativos descentralizados, em especial as sociedades de economia mista.^{270,271,272}

²⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 261; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 93; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 424.

²⁷¹ “...o Estado começou a empregar a ‘técnica das sociedades mercantis’ de modo ocasional, mas as experiências pouco a pouco mostraram a utilidade da adoção de uma veste mercantil para a gestão de atividades industriais e comerciais, especialmente por liberar a Administração das limitações do Direito Público e propiciar-lhe o uso de mecanismos que mostraram sua eficácia no seio da economia capitalista (técnicas contábeis, relações trabalhistas, formas de atuação no mercado, etc.). Isso acabou levando à disseminação do fenômeno”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 269).

²⁷² Celso Antônio Bandeira de Mello manifesta-se de forma peremptória e contrária acerca da personalidade jurídica de direito privado das empresas estatais e o gozo das vantagens dessa natureza jurídica pelo ente público com a mesma intensidade das demais pessoas jurídicas de direito privado, a conferir: “É preciso, pois, aturado precató para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos princípios e normas de Direito Público cujo arrendamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito. (...) O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Consequentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o *acidental* – suas personalidades de Direito Privado – em *essencial*, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em *acidental*. (...) Se assim não fosse, e se as estatais desfrutassem da mesma liberdade que assiste ao comum das empresas privadas, haveria comprometimento de seus objetivos e funções essenciais, instaurando-se, ademais, sério risco para a lisura no manejo de recursos hauridos total ou parcialmente nos cofres públicos”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 180).

A criação de sociedades de economia mista encontra apoio jurídico inicial no Decreto-lei nº 200/67²⁷³, notadamente em seu art. 5º, inciso III, que acolheu o paradigma de descentralização e autonomia setorial, muito embora a experiência brasileira em relação à companhia mista tenha antecedido ao referido texto legal.²⁷⁴ Posteriormente, ocorreu o reconhecimento constitucional expresso por meio do art. 173, § 1º, inciso II da Constituição Federal de 1988²⁷⁵.

Necessário ressaltar que para além da conceituação infralegal contida no Decreto-lei nº 200/67, não existe um conceito constitucional de sociedade de economia mista, apenas a definição, pela Constituição, de seu regime integrante da Administração Pública indireta.²⁷⁶

São pessoas jurídicas distintas do Estado, constituídas para o fim de executar atividades administrativas, para quem o Estado transfere o exercício de atividades que são atribuíveis aos particulares, sem vínculo de hierarquia com a Administração central. Como pessoas de Direito Privado, as sociedades de economia mista podem apenas atuar no exercício de atividades públicas, uma vez que não possuem qualificação para titularizar as atividades públicas.²⁷⁷

Denota-se, entretanto, que a opção do legislador pela natureza jurídica de direito privado atribuída às sociedades de economia mista é consequência da natureza das competências que serão a elas atribuídas, vale dizer, retrata a vocação da sociedade empresarial para o exercício de atividades administrativas que não importem o uso de

²⁷³ “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...) III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)”. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013).

²⁷⁴ Refere-se à criação do Banco do Brasil ocorrido no ano de 1808 e, mais recentemente, à criação da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, ambas anteriores ao Decreto-lei nº 200/67.

²⁷⁵ “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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa estatal, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”. (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 267.

²⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 139-148.

poderes próprios do ente administrativo central, destinado exclusivamente para o exercício de atividades típicas estatais.²⁷⁸

As sociedades de economia mista são, portanto, organizadas para fins empresariais, com participação conjugada do Estado e de pessoas de direito privado, no capital e na administração, para condução de um empreendimento sob a orientação do Estado.²⁷⁹

A viabilização da conjugação de recursos públicos, é dizer, governamentais e privados, dá-se por meio da forma societária^{280,281}, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao ente da Administração central, ou entidade de sua Administração indireta.²⁸²

Ocorre que, a associação entre capitais públicos e privados nem sempre é previsível no momento da autorização para a instituição da sociedade empresarial, podendo ocorrer situações em que o sócio privado não compareça. Assim, uma sociedade de economia mista pode ser composta apenas por sócios integrantes da esfera estatal.²⁸³

Da sua caracterização de sociedade de capital ou, sociedade por ações, decorre que o vínculo societário da sociedade de economia mista não seja fundamentado na denominada *affectio societatis*²⁸⁴. Neste modelo comercial, a identidade dos demais sócios passa a ser irrelevante, tendo em vista que o que se pretende é apenas a aplicação de recursos econômicos para a realização do

²⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 203.

²⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 262; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 235.

²⁸⁰ As sociedades de economia mista terão obrigatoriamente a forma de sociedade anônima. Cf. art. 5º do Decreto-lei nº 200/67.

²⁸¹ “Nas sociedades de economia mista a questão é bem outra: o Estado quer unir-se a particulares para, com as vantagens da comunhão dos esforços (financeiros e/ou gerenciais), implantar ou manter um empreendimento; tal associação não é possível por meio da constituição de pessoas de Direito Público (autarquias), às quais é totalmente estranha a participação privada; daí a adoção do figurino mercantil, que o Direito concebeu justamente para implementar associações”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 269).

²⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 177; JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 236; MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 99; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.*, p. 27.

²⁸³ “A empresa estatal é, por inerência, uma instituição **exclusivamente** estatal. Ainda que se admita uma pluralidade de sócios em seu capital, haverá apenas e exclusivamente capitais públicos aplicados para a constituição da empresa estatal. Já uma sociedade de economia mista também pode ser formada apenas por sócios integrantes da órbita estatal”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 238). [com destaque no original]

²⁸⁴ “Expressão que indica uma relação subjetiva de confiança que vincula em termos personalíssimos os sócios”. (*Ibid.*, p. 235)

empreendimento empresarial. Assiste-se, em regra, a pulverização²⁸⁵ de ações da empresa no mercado mobiliário, gerando uma pluralidade de sócios.

Porém, a sociedade de economia mista não é uma sociedade anônima comum atuante no mercado, eis que a própria Lei das Sociedades Anônimas lhe atribui sujeição à regras específicas e diferenciadas, em face de sua natureza estatal, dedicando-lhe um capítulo próprio (artigos 235 a 240) e algumas outras regras esparsas no mesmo diploma.²⁸⁶

²⁸⁵ Carlos Ari Sundfeld, afirma que, no Brasil, quando há um particular com participação financeira relevante, quer-se justamente personalizar a figura do sócio privado da sociedade de economia mista, sob o argumento de que ele sinta os riscos próprios do negócio, assevera o autor: “Essa personalização é uma verdadeira reação ao modelo de grande dispersão dos minoritários privados, que foi adotada no Brasil em grandes empresas estatais como a TELEBRÁS e a PETROBRÁS, com o efeito de impedir o núcleo de influências paralelos, garantindo, assim, o domínio absoluto do Estado na gestão; nesse modelo os minoritários serviram como meros financiadores sem rosto, ou como especuladores. O êxito da nova concepção depende, por óbvio, de se permitir que o sócio privado constitua um núcleo de poder efetivo – o que antes sempre se quis evitar. Mas o princípio envolvido não é o da substituição da gestão estatal pela do particular, isto é, o da simples mudança do sujeito que exerce o poder de controle; é – isto, sim – o da criação de um poder concorrente que opere como freio e contrapeso do poder estatal, que segue existindo, mas agora com temperamentos. Não é difícil identificar, aí, a intenção de adotar, no interior da sociedade mista, traços de uma solução que, no campo da Política, logrou pôr fim no Absolutismo monárquico: a da divisão de poderes”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 272)

²⁸⁶ “Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal. § 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários. § 2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo. Art. 236. A constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa. Parágrafo único. Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de 60 (sessenta) dias da publicação da primeira ata da assembléia-geral realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações; salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviço público. Art. 237. A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição. § 1º A companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial. § 2º As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil. Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação. Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo. Parágrafo único. Os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas. Art. 240. O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver”. (BRASIL. Lei Nº 6404, de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494consol.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013).

No que se refere ao objeto da sociedade de economia mista, o tratamento pelo direito positivo pátrio é conferido pelo art. 5º do Decreto-lei no 200/67²⁸⁷, pelo art. 237 Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976) e pelos artigos 37, *caput* e inciso XIX e art. 173, *caput*, § 1º da Constituição Federal de 1988²⁸⁸, dos quais se extrai que o objeto da sociedade de economia mista é a exploração da atividade econômica ou a prestação de serviços públicos, nos termos do art. 173, § 1º, inciso II da Constituição Federal, cuja autorização para instituição depende de lei específica.^{289,290}

Repise-se, a obrigatoriedade da lei específica é apenas para a autorização para instituição da sociedade de economia mista.

A determinação constitucional acerca da obrigatoriedade de lei específica circunscrita apenas à autorização para instituição de sociedade de economia mista na esfera da Administração indireta, acaba por conceder ao Executivo ampla discricionariedade de conformação do empreendimento empresarial estatal.

Ora, como ao legislador compete apenas autorizar a instituição da sociedade mista, todas as demais características conformadoras do ente administrativo indireto

²⁸⁷ “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)”. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 200, de 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013).

²⁸⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa estatal, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...) 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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa estatal, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:” (BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Disponível em: 22 abr. 2013).

²⁸⁹ “Por lei *específica* deve-se entender a lei decorrente do projeto elaborado somente com a finalidade de criar a entidade”. (MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 75).

²⁹⁰ “A empresa mista pode desempenhar atividades típicas ou essenciais do Estado que foram a ele conferidas a título de monopólio ou oferecer serviços e bens necessários à coletividade, que não estejam ou não possam ser ofertados pela iniciativa privada, num sistema de concorrência. A companhia mista, quando exploradora da atividade econômica, deve associar a exploração ao exercício de serviço essencial. Em face da prevalência da busca de benefícios sociais, poder-se-ia atribuir a qualidade de atividade econômica imprópria àquela desempenhada pela empresa mista. Quando a sociedade de economia mista atua em concorrência com o particular, imiscuindo-se em empreendimentos típicos da iniciativa privada, para não só chegar à consecução do objeto da empresa, mas também ao resultado lucrativo está exercendo atividade econômica em sentido próprio”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 127-128).

serão resultantes de tratativas e decisões posteriores, essas de competência do ente político que irá compartilhar a qualidade de empresário com o futuro eventual sócio privado.²⁹¹

Importa que, na Administração indireta brasileira existem duas espécies de sociedades de economia mista.²⁹² A primeira refere-se àquelas exploradoras de atividade econômica, cujo regime é desprovido de prerrogativas estatal, de tal forma a impedir a concorrência desleal com empresas do setor privado, salvo no caso de atividades monopolizadas. A segunda tipo diz respeito às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, sobre as quais incidem carga normativa de Direito Público, incluindo prerrogativas e sujeições próprias do ente público.²⁹³

Entre nós, alude-se que a existência de sociedades de economia mista prestadoras de serviço público encontra respaldo na faculdade conferida ao Poder Público para escolher o modo de gestão dos serviços públicos.²⁹⁴ Ora, se a titularidade dos serviços públicos é de competência exclusiva do ente central, é possível afirmar que o entendimento está simétrico ao texto constitucional, pois decidir sobre o modo de realização de tais atividades igualmente está absorvido no núcleo de sua competência privativa.²⁹⁵

Porém, a descrição das particularidades pátrias acerca da modelagem das sociedades de economia mista ainda não estão aqui exauridas. Resta referir-se à situação

²⁹¹ “É preciso compreender que a opção estatal de desenvolver atividade econômica (em sentido amplo) – valendo-se, para tanto, necessariamente da fórmula empresarial, supõe, por questão de pura lógica, que o Estado atue *como empresário*, com as consequências daí derivadas. Nesse contexto se insere a ampla discricão envolvida na modelagem da sociedade de economia mista”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 281).

²⁹² “Essa distinção decorre agora, claramente, da Constituição Federal; dentro do título concernente à ordem econômica e financeira, o primeiro capítulo, que estabelece os princípios gerais da atividade econômica, contém duas normas aplicáveis às empresas estatais, conforme desempenhem uma ou outra atividade (...) Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro: 1. As que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao **regime próprio das empresas privadas**; (...) 2. As que desempenham **serviços públicos** e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado (...) aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 419-420). [com destaque no original]

²⁹³ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 99; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 185. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. *Op. cit.*, p. 38-42; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. *Op. cit.*, p. 10-12.

²⁹⁴ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 98.

²⁹⁵ No mesmo sentido: “Entendemos que a opção de exercer as funções de Administração do Estado de forma centralizada ou descentralizada constitui um poder discricionário do administrador, i.e., do Chefe do Poder Executivo, atualmente (em face dos abusos do passado) submetido ao controle do Poder Legislativo”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 57).

em que as sociedades de economia mista prestadoras de serviço público são consideradas concessionárias de serviço público.²⁹⁶

Conforme antecipado, as entidades da Administração indireta surgiram para o exercício de atividades atípicas do Estado, seja para o desenvolvimento de serviços públicos ou atividades econômicas, como consequência do aumento do rol das atividades que, no momento liberal, pertenciam à atividade privada. Destarte, são caracterizadas, desde logo, para atender as necessidades decorrentes da especialidade e diversidade das funções assumidas pelo Estado com vistas ao atendimento do interesse social.

Posteriormente, passou-se a utilizar o instituto da concessão para delegar a execução do serviço público à empresa sob controle acionário do Estado, e não ao particular, como técnica de descentralização da atividade pública.²⁹⁷

Com isso, passou-se a atribuir à sociedade de economia mista, a execução de um serviço público²⁹⁸, como uma opção técnico-administrativa de desmembramento do exercício do poder, e não de sua titularidade.

²⁹⁶ “Com efeito, em hipóteses deste jaez não faria sentido considerar presente, na relação entre a criatura e seu sujeito criador (que poderá até mesmo extingui-la, a seu talante), o específico plexo de direitos oponíveis pelo concessionário ao concedente. De outro lado, os poderes da entidade criadora em relação à criatura também não teriam por que se delinear na conformidade dos específicos poderes que se reconhecem a um concedente. Logo, considerar tais situações como configuradoras de uma concessão de serviço público não faz sentido algum e só propicia confusões. Diversamente, caberá, sim, falar em concessão de serviço público quando se ponham em pauta os direitos, deveres e poderes que entram em jogo no referido instituto. Isto ocorre nos casos em que há verdadeiramente concurso de (a) *capitais particulares na formação do capital da sociedade*; (b) *capitais provenientes de órbita governamental diversa da órbita da pessoa a quem assiste a competência constitucional para prestá-lo*. (...) No Brasil o fenômeno é comum. (...) Sem embargo, sociedades de economia mista, criadas pelos Estados Federados, surgiram precisamente para desempenhá-los na qualidade de concessionárias do Poder Federal”. (Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 185-186).

²⁹⁷ “...não existe uma lei que defina quando e por que forma descentralizar. Como dito, a matéria insere-se no poder discricionário do administrador, cabendo ao legislador o controle casuístico de cada ato. Foi a forma que o constituinte encontrou de solucionar esses abusos sem violar a doutrina do Direito Administrativo. A lei decorrente de descentralização é ato formalmente legislativo, mas materialmente administrativo, submetido, contudo, às diretrizes do plano de desenvolvimento econômico (CF, art. 174). A escolha pela forma centralizada ou descentralizada e a respectiva técnica de descentralização constituem um exercício do poder hierárquico do Chefe do Poder Executivo no âmbito da direção superior da Administração”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 58). Nesta passagem, o autor refere-se aos abusos identificados no passado, quando por via da descentralização, contratava-se pessoal sem concurso público, bens e serviços eram adquiridos sem licitação e dívida externa era contraída sem a aprovação do Senado Federal.

²⁹⁸ “...a realização de serviço público estaria a pressupor a submissão ao regramento de direito público, enquanto o próprio sistema normativo determina que a ela sejam impostas as normas de direito privado. O aparente conflito parece poder ser resolvido pela possibilidade da sociedade de economia mista receber o serviço público por intermédio do instituto da concessão, assim como outras pessoas de direito privado”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 129).

Na doutrina pátria, trata-se da denominada descentralização por delegação ou colaboração²⁹⁹, realizada por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, para a realização dos fins do Estado, ou ainda da denominada descentralização por serviço³⁰⁰, esta última, havia sido indicada apenas para a autarquia como entidade capaz de prestar serviço público típico do Estado, eis que pressupõe a transferência da titularidade do serviço público.

Na modelagem de descentralização por colaboração, a sociedade de economia mista executa, de forma transitória, as atividades que a ela foram transferidas pela Administração direta, de tal forma a garantir o atendimento ao dinamismo do interesse público³⁰¹. A iniciativa privada é chamada a colaborar na execução das atividades públicas, por meio de suas técnicas de gestão.

Daí aludir-se que a natureza essencial preconizada para a sociedade de economia mista é constituir-se em instrumento de ação do Estado, destinada à busca de interesses transcendentais aos privados, razão pela qual a lei estabelece a maioria acionária governamental votante, de tal forma a buscar garantir o controle^{302,303} absoluto

²⁹⁹ “**Descentralização por colaboração** é a que se verifica quando, por meio de **contrato** ou **ato administrativo unilateral**, se transfere a **execução** de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente conservando o Poder Público a **titularidade** do serviço. (...) Isto lhe permite dispor do serviço, de acordo com o interesse público, envolvendo a possibilidade de alterar unilateralmente as condições de seu execução e de retomá-la antes do prazo estabelecido; o controle é muito mais amplo do que aquele que se exerce na descentralização por serviço, o que não ocorre nesta última”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 414). [com destaque no original]; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 63.

³⁰⁰ “Descentralização por **serviços, funcional** ou **técnica** é a que se verifica quando o poder público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público (...) Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como **serviço público descentralizado** (...) Não é por outra razão que o Decreto-lei no 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta **serviço público** típico do Estado. Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles transferiram a **titularidade** e a **execução** de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores, pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins”. (DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 412) [com destaque no original]

³⁰¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 63.

³⁰² A Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/1976), estabelece: “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. (BRASIL. Lei N° 6404, de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494consol.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013).

³⁰³ “A obrigatoriedade de detenção da maioria do capital deliberante para exercer direção finalística da paraestatal, no que se refere à sua atuação no estrito desempenho da atividade legalmente delegada, pode, todavia, ser afastada pela própria legislação federal, como efetivamente o faz, pela instituição das

na sua condução empresarial, é dizer, atender ao interesse público que justificou sua criação.³⁰⁴

Ainda que seja possível afirmar que em determinada época a ingerência profunda e permanente do Poder Público tenha sido considerada necessária para a boa realização dos interesses públicos³⁰⁵, a realidade encarregou-se de revelar os efeitos negativos³⁰⁶ desse intenso controle.³⁰⁷ A esse importante aspecto retornar-se-á adiante, em análise mais acurada.

Por ora, importa reter que, no atual cenário nacional, a diminuição da influência direta das autoridades governamentais incumbidas de exercer o controle societário do Estado sob a sociedade de economia mista é, ao menos, desejável.

1.2.2 Contradições internas: ativismo empresarial e perseguição do lucro

A sociedade empresarial constituída pelo Estado, visando fins econômicos, é instrumento da intervenção governamental para a realização dos fins a ele cometidos, ou daqueles que ele assumiu em razão de seu papel econômico e social delimitado pelo texto constitucional. Traduz-se, portanto, no seu poder-dever de agir na perseguição do

chamadas quotas ou ações privilegiadas ou ‘de ouro’ (*golden shares*)”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 263).

³⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 177

³⁰⁵ Refere-se, por exemplo, aos períodos pós-guerras e, por isso mesmo, de grande desigualdade econômica e social, conforme anteriormente exposto.

³⁰⁶ “No início deste século, começou-se a apontar o principal aspecto negativo da sociedade de economia mista, a saber, o conflito de interesses entre o Estado e o particular; o primeiro visando ao interesse geral, procura fixar preços mais baixos, acessíveis para a população; o segundo objetiva o lucro e, por essa razão, quer preços mais elevados”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 416).

³⁰⁷ “Na tensão própria da empresa estatal entre controle e autonomia, os estudos realizados nos distintos países europeus demonstram que um excessivo intervencionismo *político* na gestão empresarial foi e é a causa principal da ineficácia da empresa estatal, sobretudo, como já assinalamos, relativamente ao setor empresarial público competitivo ou de mercado. As deficiências do sistema político-administrativo através da politização excessiva da empresa estatal, levou, em países como França, Reino Unido, Itália ou Espanha, a uma desprofissionalização e falta de independência de seus órgãos de gestão e administração. O controle político não se limitou à fixação de grandes objetivos sociais, políticos e econômicos, através de diretrizes básicas ou gerais compatíveis com uma independência na gestão ordinária que permita uma atuação eficaz com base em critérios comerciais e, em conformidade com isso, uma exigência de responsabilidade quando fosse o caso, senão que se chegou a uma interferência total das instâncias políticas (ministro tutor diretamente ou através de entes de gestão, comissões delegadas do governo, comitês interministeriais etc., segundo os países) que não se traduz naquelas diretrizes básicas, nem no controle por nomeação e remoção direta e livre de diretores, conselheiros etc., mas se estende inclusive à gestão ordinária (salários, tarifas, inversões, financiamento, comercialização, produção, etc.), dando lugar a uma confusão dos poderes e das responsabilidades, o que se agrava ainda mais com as mudanças produzidas pela alternância política”. (ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. v. I. Madrid: Civitas, 1997, p. 450-452). [tradução livre]

interesse público que ganhou força com o surgimento do modelo de Estado Social, que legitimou a interferência estatal na atividade econômica.

Como visto, a maior intensidade de criação de sociedades de economia mista ocorre no momento em que a economia retrata o fracasso das teorias liberais, mediante o clamor do corpo social por maior intervenção do Estado para a garantia de atendimento de suas necessidades essenciais. Era necessário perseguir o reestabelecimento do equilíbrio social e da própria economia do Estado, mediante o desenvolvimento econômico e a diminuição das desigualdades sociais.³⁰⁸

Naquele momento, a modalidade de intervenção estatal por meio da criação de sociedades de economia mista, possibilitava ao Estado dirigir a economia para o benefício da população, com vista a assegurar a socialização de investimentos e, ao mesmo tempo, ampliar a oferta de empregos.³⁰⁹

Invoca-se a necessidade de fornecer uma infra-estrutura ao desenvolvimento, a obtenção de vantagens com a produção de bens e serviços já existentes no mercado a preços mais acessíveis à população de menor poder aquisitivo, sem, contudo, um programa governamental previamente estabelecido, apenas condicionado à situação vivenciada em determinado contexto.³¹⁰

Todavia, hodiernamente há relativa dose de liberdade nessa opção política e técnica, que, contudo, não deve afastar determinados comandos jurídicos. Por exemplo, algumas funções são indelegáveis porque são inerentes ao poder de império típico do Estado e, como regra, a exploração de atividades econômicas constituem-se reservas próprias do setor privado, por força constitucional, nos termos do art. 173 da Constituição Federal.

Assim, a exploração de atividades comerciais e industriais pelo Estado, com intuito de lucro, exige a adoção da forma empresarial, de acordo com a técnica de descentralização pátria, e atendimento aos pressupostos constitucionais da existência de relevante interesse coletivo definido em lei, ou de imperativo de segurança nacional.³¹¹

³⁰⁸ Interessante estudo que confirma os fatores assinalados: BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal V. As modificações no papel do Estado na economia brasileira. In: *Pesquisa e Planejamento Econômico*. v. 3. n. 4. Rio de Janeiro: IPEA, 1973, p. 883-912.

³⁰⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 85.

³¹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 65.

³¹¹ *Ibid.*, p. 59.

Note-se que os conceitos abertos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo não são, *a priori*, invocados para retirar a atividade econômica privada de alguns setores, por meio da instituição de monopólios estatais, porém legitimam a intervenção concorrencial do Estado.³¹²

Fato é que o problema permanece na definição do que vem a ser os conceitos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, razão pela qual a Emenda Constitucional N^o 19/98 exigiu lei complementar para definir as funções que podem ser exploradas por empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações. Com a redação atual do art. 173 da Constituição Federal, ao estatuto jurídico da empresa estatal caberá discipliná-las.

Contudo, há nítida deformação nessa técnica, como por exemplo, no caso de sociedade de economia mista que explora serviço público³¹³, conforme já discutido. Fato é que a sociedade de economia mista é personificação do próprio Estado, detentora de personalidade governamental privada e integrante da estrutura orgânica do Estado.

No entanto, dois aspectos ainda devem ser observados: *(i)* a desnecessidade de subordinação, apenas de vinculação, como consequência do controle finalístico e, por isso, não hierárquico, e *(ii)* a autonomia no funcionamento, que demanda a existência de receitas próprias decorrentes do exercício da atividade administrativa autônoma.³¹⁴

Anotar-se que, como entidade da Administração indireta, além de dever gozar de autonomia administrativa, financeira e gerencial, dentre outros, ainda está obrigada a compor seu quadro de pessoal mediante concurso público e, ressalvados os casos previstos em legislação, contratar as obras, serviços, compras e alienações mediante processo licitatório, além de se submeter ao controle e fiscalização do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 37, inciso II e XXI e artigos 70 e 71, todos da Constituição Federal, respectivamente.

Ocorre que, quando o Estado cria uma pessoa jurídica de direito privado, elas carregam consigo muitas das características indicadas para uma empresa estatal, incluindo o seu fim não lucrativo visado pelo Estado. Todavia, essa característica não se

³¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 68.

³¹³ *Ibid.*, p. 59.

³¹⁴ “Frequentes são os casos em que a folha de pagamento das estatais é custeada pelo tesouro ou os quadros de pessoal são integralmente compostos por ‘servidores a disposição’. Trata-se de negação do conceito de autonomia”. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 59).

aplica à sociedade de economia mista, na qual o lucro esperado pelo particular se opõe ao interesse público almejado pelo Estado.³¹⁵

Afinal, a submissão dessas empresas ao regime jurídico próprio das empresas privadas subjaz a intenção do envolvimento dessas entidades com a realidade do mundo econômico em que se desenvolvem. Por essa razão devem buscar a eficiência, a racionalização dos custos de produção e operação, e todas as outras medidas necessárias para à subsistência da entidade e à continuidade dos serviços que prestam.³¹⁶

Assim, a questão da lucratividade das empresas estatais é tema instigante, notadamente porque as empresas estatais possuem uma estrutura de propriedade difusa. Significa dizer que, por pertencerem a toda sociedade – ao menos no quinhão que corresponde ao Poder Público, a destinação do benefício em decorrência da boa gestão nas empresas é alvo de debates. A possibilidade da sociedade comercial estatal ser utilizada para o financiamento do próprio Poder Público, por meio de uma lógica clientelar, é uma das inquietações que pretende-se enfrentar.

Alude-se que a finalidade essencial da sociedade de economia mista não é o lucro, mas sim a consecução do interesse público.³¹⁷ Repise-se apenas que, essa sociedade estatal executa atividades econômicas, sendo algumas delas próprias da iniciativa privada, com sujeição ao art. 173 da Constituição e outras assumidas pelo Estado como serviço público, nesse caso com sujeição ao art. 175 da Carta.

Incorporada no objeto social encontra-se definida a missão pública da empresa estatal, a qual varia de acordo com a natureza da atividade empresarial a ser exercida. Referida missão deve conviver com a finalidade lucrativa inerente ao modelo de empresa, ao mesmo tempo em que deve servir para condicionar a ação do Estado enquanto acionista controlador e dos próprios administradores, conferindo-lhes conteúdo a seus deveres fiduciários. É nesse contexto que o interesse público

³¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 424.

³¹⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.*, p. 250.

³¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 424. “Sucede, contudo, que a racionalização da actividade económica pública nem sempre poderá ser decalcada a partir da racionalidade da actividade económica privada, orientada esta para o lucro. É que a racionalidade da decisão pública é também eminentemente política, devendo contar com um mundo de preocupações alheias ao empresário privado. A conformação da decisão é, portanto, altamente complexa”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*, p. 307).

incorporado na empresa estatal deve guardar, simultaneamente, correlação lógica com o objeto social e não colocar em risco a sustentabilidade financeira da empresa.³¹⁸

Fato é que a legislação brasileira tem incentivado a distribuição de lucros aos acionistas, como forma de incentivo à participação do setor privado no capital social das empresas estatais e, ao mesmo tempo fortalecer o mercado de capitais e a proteção dos acionistas minoritários.

Anote-se que a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), determina que os acionistas possuem direito a receber como dividendos obrigatórios, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto social da empresa ou, em caso de omissão estatutária, à metade do lucro líquido ajustado³¹⁹.

Em se tratando de empresas estatais federais, o Decreto nº 2.673/1998, determina a obrigatoriedade da inclusão de dispositivos nos seus estatutos sociais que determinem a remuneração aos acionistas, de no mínimo 25% do lucro líquido ajustado³²⁰.

Além dessa regulamentação, e de forma alternativa ao pagamento de dividendos, foi editada a Lei Nº 9.249/1995, que concede às empresas a faculdade de deduzir, para efeitos de apuração do lucro real, o montante dos juros pagos ou creditados aos acionistas, calculados sobre as contas do patrimônio líquido.³²¹

O lucro líquido permite, além do pagamento de dividendos, a realização de investimentos, eventual abatimento de prejuízos acumulados e, em caso de não distribuição, a incorporação ao patrimônio líquido da empresa, contribuindo para sua capitalização. Tratam-se de alocações concorrentes, uma vez que ocorrida a destinação dos lucros para um dos fins indicados, torna-os indisponíveis para os demais.³²²

³¹⁸ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 7.

³¹⁹ Corresponde ao lucro líquido do exercício deduzido ou acrescido de reservas, tais como reserva legal e reserva para contingências.

³²⁰ Sobre o valor apurado, haveria incidência de encargos financeiros equivalentes à taxa Selic, a partir do encerramento do exercício até o dia do efetivo pagamento.

³²¹ BRASIL. TESOURO NACIONAL. Pagamento de dividendos e juros sobre o capital próprio por empresas estatais federais aos seus acionistas e efeitos sobre o resultado primário do setor público consolidado. Disponível em: <http://www3.stn.gov.br/hp/downloads/dividendos_nota_311006.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2013.

³²² SUSUKI, Juliana Akiko Noguchi. *Participação nos lucros ou resultados nas empresas estatais federais: questões emergentes, problemas e desafios*. Dissertação (mestrado) – Escola de Administração de empresas de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 2 Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5246/61080100039.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

Percebe-se que o cenário legislativo brasileiro acena com garantias de divisão de resultados favoráveis para a sociedade estatal, induzindo que atividades administrativas sejam rentáveis economicamente.

Com efeito, quando o quadro societário da sociedade de economia mista for composto de sócios privados, será acentuado seu cunho empresarial especulativo e torna-se problemático³²³ afirmar que os fins buscados por essa sociedade sejam essencialmente administrativos³²⁴, vale dizer, possuir como meta estratégica a persecução do interesse público.

É evidente que todas as organizações estatais, independente de sua forma, devem buscar a eficiência operacional, com a redução de custos e maximização dos ganhos. Assim, a aplicação pelo Estado, de recursos públicos em uma empresa de regime jurídico privado, não se destina, em princípio, a estabelecer uma alternativa não lucrativa para a atuação empresarial.³²⁵

Ao recorrer aos particulares para a execução de tarefas públicas, buscando captar recursos para a realização de determinado empreendimento e, acenando com retorno financeiro, será vedado ao Estado ignorar os interesses dos particulares com os quais se associou.³²⁶

Ainda que seja possível afirmar que o lucro pode ser visto como apenas um dos resultados do exercício econômico³²⁷, é justamente a perspectiva lucrativa que seduz o sócio privado para assumir o risco de empreendedor, quando se lança na atividade de organização dos meios de produção.³²⁸

³²³ “Se lucrativa, uma interrogação se impõe quanto à destinação a ser atribuída ao lucro. Inevitavelmente, a destinação será o reinvestimento no próprio empreendimento. Se o lucro não é a destinação natural da empresa mista, caso venha a se confirmar como resultado da atividade social desenvolvida, não poderá ser incorporado ao patrimônio público, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. *As rendas públicas* que compõem patrimônio público, derivam da arrecadação de impostos, da cobrança de taxas ou de contribuição de melhoria, ou ainda de relações contratuais, como a de concessão de uso. Inexiste dispositivo legal que determine ao sujeito de direito o dever de contribuir para a formação do patrimônio público por intermédio do pagamento da diferença entre os gastos de produção e o valor de venda, ou seja, ninguém é obrigado a *dar lucro* para o ente público. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 56).

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 238.

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 238.

³²⁶ *Ibid.*, p. 239.

³²⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 53.

³²⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. *Op. cit.*, p. 47-53; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro. *Op. cit.*, p. 30-39

Apesar da lucratividade não ser essencial à sociedade de economia mista, a situação deficitária não impede que o Estado permaneça no exercício da atividade econômica, visando conservar a sua essencialidade à coletividade.³²⁹

Afirma-se que os particulares que associam seu capital ao capital público no empreendimento almejam a perspectiva de lucro, porém, o ente público atuando na atividade econômica, por meio da sociedade empresarial híbrida, não poderá guiar-se pela busca do lucro.³³⁰

Por derradeiro, não é demais lembrar que é absolutamente viável e possível que se obtenha lucro na exploração de um serviço público ao mesmo tempo em que se beneficie, por exemplo, o consumidor com ganhos de produtividade.

Fato é, conforme antecipado, que as atividades de produção de bens e serviços integram a esfera do setor privado, em conformidade com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da propriedade privada, expressos no art. 170 da Carta. Logo, a exploração de atividades lucrativas do setor produtivo privado, pelo Estado, por meio de empresas estatais, desperta indagações acerca da problemática dos limites dessa modalidade de intervenção estatal na economia.

Nesse cenário, a análise a ser realizada consiste em definir se o Estado deve manter-se em uma atividade econômica lucrativa apenas porque ela foi, em determinado contexto histórico, caracterizada como serviço público em razão de política legislativa. Vale dizer, questionar tal critério legitimador, em especial, sua aparente perpetuidade.

1.2.3 Fator publicista: políticas públicas e negócios sociais

De fato, a sociedade empresarial estatal é reconhecida como um instrumento técnico por meio do qual se opera uma das formas de intervenção na economia. Trata-se de uma função que se torna operativa e se traduz em atividade administrativa, segundo a qual a organização empresarial deve se posicionar a serviço de um interesse coletivo reconhecido como relevante.

Relembre-se que a adoção da forma empresarial privada, notadamente da sociedade de economia mista, ora objeto de estudo, está relacionada com a opção

³²⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 59.

³³⁰ *Ibid.*, p. 54.

política vigente. Basta lembrar que a Administração Pública, em sua origem, se assentava exclusivamente na pessoa jurídica de direito público e que era por meio daquela que o particular estabelecia sua relação jurídica com a Administração. Daí também a natureza do regime jurídico público dos sujeitos que integravam a organização administrativa representar um de seus fatores de identificação de condução de negócios sociais.³³¹

Fato é que, o critério do regime jurídico público não mais, isoladamente, cumpre essa função, em razão da existência de inúmeros entes administrativos de regime jurídico privado integrantes da Administração contemporânea.

Afirma-se que o direito público e o direito privado não correspondem a domínios de aplicação perfeitamente distintos. Visualiza-se a tendência à publicização de grande parte da vida econômica e social, afetada pela amplitude da intervenção estatal em nossos dias, situação que fez ruir os clássicos critérios da distinção entre o direito público e direito privado.³³²

Como anteriormente reportado, foi a emergência de uma Administração prestacional³³³ que culminou com modificações no plano da própria organização administrativa³³⁴ e que revelou uma das principais novidades conjugadas com o Estado

³³¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*, p. 49.

³³² “A saber; o critério orgânico, pois que nos nossos dias não é a partir da natureza publicística ou privatística de um órgão que se pode concluir seguramente pela natureza jurídica da sua actividade; haja em vista o caso das sociedades de economia mista, das empresas intervencionadas e de certas entidades públicas que desenvolvem a sua actividade como se entidades privadas se tratasse. O critério do fim prosseguido também já não é seguro, pois que o Estado se propõe hoje finalidades puramente empresariais do mesmo passo em que é vulgar, sob certas condições, a atribuição de finalidades de interesse geral a entidades privadas concessionárias, mistas ou outras. Por fim, não existem em nossos dias técnicas jurídicas exclusivas do direito privado e do direito público, pois que os poderes públicos tendem a adoptar preferencialmente o procedimento contratual no desenvolvimento de suas actividades...”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 32.)

³³³ “Assistia-se à época uma formidável ampliação das actividades estatais, seguindo a orientação ideológica dominante, voltada a realizar uma dúplici política governamental: primeiro, a de solucionar *todos os problemas* por meio do Estado e, segundo, a de reforçar ao máximo a *segurança nacional*, em um período marcado por extrema beligerância entre as nações”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 354). [com destaque no original]

³³⁴ “Sendo certo que o problema não é de agora, ele começou a colocar-se com mais agudeza a partir da segunda metade do século passado (...) A criação de pessoas coletivas de direito privado, a admissibilidade de entidades privadas dotadas de funções públicas, a emergência de vários formatos organizatórios mistos, quer quanto à sua composição, quer quanto ao regime jurídico (...) vieram perturbar os antigos critérios de distinção entre pessoas coletivas públicas e as pessoas coletivas privadas, gerando mesmo a dúvida sobre a validade desta distinção, tão clássica como essencial. O mundo separado das pessoas coletivas públicas e o mundo jurídico dos sujeitos privados desvaneceu-se”. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*, p. 120-121).

Social: a inclusão de entes estatais de regime jurídico privado, por meio articulação de competências administrativas distribuídas nos diversos níveis federativos.

Observa-se que quanto mais intervencionista for o Estado, ou seja, quanto mais limitações são impostas à atividade econômica privada, a adoção das empresas de sociedade de economia mista é mais tolerada pela sociedade, pois Estado e mercado se aproximam. Em sentido inverso, quanto mais liberal a forma de governo, menos aceitação recebe a sociedade de economia mista no mercado.³³⁵

Avista-se que inserida em um sistema econômico liberal, o modelo de economia mista é encarado como um simples sujeito de direito privado, uma vez que nesse modelo econômico de Estado a sociedade de economia mista estará desempenhando, acima de tudo, sua vocação lucrativa em detrimento de seus fins sociais. Significa dizer, que a partir do momento em que o Estado executa atividade econômica no domínio reservado ao setor privado no contexto econômico liberal, o Estado será considerado sujeito de direito privado, equiparado ao particular.³³⁶

Alguns pontos são especialmente relevantes, pois são revestidos de características dinâmicas e destinados a orientar a reconstrução de um aperfeiçoamento social contínuo em que estejam claramente traçadas as limitações operativas de determinadas organizações políticas, como por exemplo, nos campos em que a economia de mercado já tenha demonstrado sua superioridade, ou ainda naqueles em que a dignidade da pessoa humana reclame maior liberdade de opções.³³⁷

Perante a inexistência ou insuficiência da iniciativa privada no mercado, reconhece-se que a intervenção administrativa poderá ser legítima. Mesmo nessa situação, a intervenção ainda deve respeitar a medida do indispensável para atender ao interesse público legitimamente definido, com eficiência.

Com efeito, a decisão política de explorar determinados setores econômicos, tidos como setores sociais críticos sensíveis³³⁸, por meio de sociedades empresariais

³³⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 45.

³³⁶ *Ibid.*, p. 46.

³³⁷ Refere-se, por exemplo, ao acesso aos serviços essenciais (*utilities*). “Mas ainda que se possa identificar uma *tendência universal*, não existe, em troca uma *solução universal* que se possa considerar válida para tantos países com tão marcadas diferenças geográficas, históricas, sociais e econômicas”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 377). [com destaque no original]

³³⁸ *Ibid.*, p. 390. O autor adota a expressão para o fim de identificar as atividades de interesse geral em que são detectadas falhas de ordem espontânea, de tal forma que, se não forem superadas, podem colocar em risco relevantes interesses da sociedade.

estatais, deve objetivar de forma permanente a prevalência de interesses públicos legalmente definidos.

Não se ignora que a intervenção do Estado na vida econômica é um aspecto marcado pelos instrumentos ou meios jurídicos em que se concretizam, nítida expressão do poder de império do Estado e reconhecido como um fenômeno historicamente permanente.³³⁹ As causas de sua variabilidade são de várias ordens e reportam-se, sobretudo, a aspectos sociais e políticos.³⁴⁰

Ademais, a presença do Estado como empresário implica no afastamento ou na competição com agentes privados no mercado, por meio da imposição de um interesse específico predefinido pelo Estado como público mesmo que, em tese, não venha a ser materialmente um interesse real e legítimo da sociedade.³⁴¹

Com efeito, a escala de valores da preferência da coletividade dificilmente pode colocar-se em uma ordem hierárquica estável e definida em escolhas racionais. São as preferências dominantes que se fizeram lograr em determinado momento por meio da representação majoritária.³⁴²

Como agente de realizações no domínio econômico, na qualidade de responsável pela condução das forças econômicas, o Estado deixa transparecer um determinado modelo jurídico³⁴³ e uma ideologia³⁴⁴.

Com efeito, foi a intervenção expandida nos campos econômico e social, problemática decorrente das normas constitucionais que atribuíram ao Estado brasileiro natureza programática e diretiva³⁴⁵, que ocasionou alterações profundas no peso e importância econômica dos órgãos estatais.

³³⁹ “Na verdade, desde sempre existiram formas de intervenção na economia por parte do Estado, embora qualitativa e quantitativamente diferente das que são características do Estado de Direito Social de nossos dias”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 17).

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 31.

³⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 402.

³⁴² MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 39.

³⁴³ “Os traços essenciais do modelo jurídico em causa são o esbatimento da distinção entre o direito público e o direito privado, a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos bem como o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social”. (*Ibid.*, p. 31.)

³⁴⁴ “A ideologia correspondente é a solidarista. A intervenção do Estado transborda dos serviços públicos tradicionais produtores de utilidades coletivas destinadas a satisfazer necessidades essenciais. Vai mais longe e abrange sectores não apenas sociais mas também económicos, secundada, por vezes, por uma atitude contrária ao capitalismo privado e apostada numa alteração das relações de produção”. (*Id.*)

³⁴⁵ “Os casos português e brasileiro são paradigmáticos. A problemática específica da programaticidade constitucional não pode ser aqui abordada. Avultam os difíceis problemas da interpretação das normas constitucionais e do seu alcance heterodeterminante do legislador ordinário”. (*Ibid.*, p. 34.)

Ao regular a ordem econômica, a norma constitucional impôs ao Estado, por meio de uma atuação material e conformadora, a obrigação de buscar o correto funcionamento do mercado, desde que observados os demais limites impostos pela Constituição, em especial, o princípio da livre iniciativa econômica.

Significa dizer que, ao intervir, fomentar ou mesmo corrigir, controlando ou conformando o funcionamento espontâneo da decisão econômica privada, livre e descentralizada, o Estado deve possibilitar a operação do mercado³⁴⁶, contudo, sem perder de vista que o mercado não representa apenas o resultado da espontaneidade da decisão econômica privada. Afinal, a configuração do mercado é, ao menos em parte, o resultado da vontade do legislador, ainda que se compreenda que o Mercado sobrevive ao próprio Estado.

Assim é que as oscilações das maiorias, refletidas nas preferências do legislador, devem corresponder à política econômica dos poderes públicos. Os valores emanados pela coletividade oscilam conforme a conjuntura de determinado momento, demandando por políticas públicas indutoras de mais desenvolvimento ou crescimento econômico, por maior intervenção na economia ou por menor despesa pública, a cada momento.

Nesse sentido, a estruturação de órgãos e de funções públicas no Estado, em especial para sua atuação empresarial, não pode converter-se em um exercício de puro arbítrio, mas submeter-se a critérios de eficiência e economicidade, ambos arvorados a princípios constitucionais.³⁴⁷ Nessa seara, não raro, a eficiência pode entrar em colisão com valores sociais, tendo em vista a inexistência de uma escala rígida de valores socialmente relevantes.

A decisão pela produção estatal de determinados bens e serviços qualificados como essenciais aos cidadãos, seja pelo desenvolvimento ou crescimento, ou pelo benefício equitativo de determinados grupos sociais, ou ainda pela maior ou

³⁴⁶ “O mercado não se confunde com o <<estado de natureza>> no sentido hobbesiano do termo, caracterizado por uma situação irracional de conflito permanente e anárquico de todos contra todos, ao saber da mera apetência individual, anterior à *Aufklärung* ou seja, ao esclarecimento racional da vontade individual, pressuposto da vida em comunidade. Tal concepção do mercado é puramente ideológica na medida em que visa desvalorizar os efeitos e consequências do respectivo funcionamento para melhor fazer apologia dos mecanismos centralizados e planejados da decisão econômica, arvorados afinal em critério exclusivo da respectiva racionalidade”. (*Ibid.*, p. 37).

³⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 423.

menor intervenção na economia, de forma recorrente, permanece na agenda de discussão política.

O aumento crescente das despesas públicas³⁴⁸ de financiamento das necessidades sociais, traz consigo difíceis questões de sustentabilidade empresarial estatal. A compreensão material das estruturas organizatório-funcionais do Estado, evidencia que os resultados econômicos e sociais decorrentes dessa modalidade de intervenção devem ser adequadamente ponderados na realização do empreendimento estatal, sob pena de ocorrência de danos mais gravosos à coletividade.³⁴⁹

Ao conduzir de forma inadequada sua função econômica, o Estado poderá afetar os benefícios resultantes do crescimento econômico, além de conduzir a um empobrecimento geral da sociedade e até gerar efeitos perversos.

A definição, escolha e implementação de políticas públicas e negócios sociais que demandem a presença do Estado empresário no mercado deve estar permanentemente ponderada em função do contexto de crescimento econômico e social vigente, não cristalizando-se de forma histórica ou ignorando o peso da conjunturas econômicas de cada tempo. Com efeito, os fins do Estado não são alcançáveis sempre do mesmo modo.

Assume, por isso mesmo, especial relevância manter um olhar crítico sobre a intervenção estatal na economia³⁵⁰, notadamente pela prossecução de objetivos econômicos mediante a utilização da forma empresarial visando a produção de bens e serviços, por meio da qual a Administração adota posição de sujeito ativo no processo econômico.

³⁴⁸ Cf. BRASIL. *Relatório de avaliação de receitas e despesas primárias: 5º Bimestre de 2013*. Secretaria de Orçamento Federal. Brasília. Novembro de 2013.

³⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito público*, p. 129.

³⁵⁰ Luís S. Cabral de Moncada chama a atenção para a diferença entre intervenção estatal *na* economia e *sobre* a economia, a conferir: “Quando as medidas não têm apenas objectivos económicos, repercutindo-se embora sobre a economia, por ex., medidas de política fiscal, operações de <<open Market>>, que visem absorver o poder de compra, bonificação de juros ou aberturas de linhas de crédito a favor da construção social, definição de certos regimes jurídicos, fixação de rendas, etc., com efeitos imediatos no relançamento da economia, temos intervenções mediatas. Neste tipo de intervenções o Estado não intervém na economia mas sim *sobre* a economia”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 46).

1.2.4 Atividade econômica e práticas de Estado: a tecnoestrutura estatal³⁵¹

A princípio, a atuação empresarial estatal voltada à consecução de objetivos estratégicos que pode atingir os mais variados setores, evidencia que a obtenção de resultados financeiros satisfatórios se apresenta como uma consequência desejável, e não a causa justificadora da intervenção econômica.³⁵²

Alude-se que, inicialmente, a necessidade de intervenção do Estado brasileiro no domínio econômico por meio das empresas estatais para assumir uma atividade que o particular não desempenhava satisfatoriamente, também pretendia subsidiar a iniciativa privada quando ela se mostrasse deficiente³⁵³. Em síntese, a empresa estatal brasileira foi concebida, originariamente, para ocupar os espaços vazios deixados pelo setor privado e não com o propósito de disputar o mercado.

Com efeito, a distribuição de competências administrativas decorrente da descentralização introduzida pelo Decreto-lei nº 200/67 e com a consequente utilização de regime jurídico e métodos de gestão privada, fez crescer a participação do Estado na formação bruta do capital fixo, devido sua presença mais ostensiva nas decisões e ações relacionadas às atividades produtivas.³⁵⁴ A Administração coloca-se assim, efetivamente, na posição de sujeito ativo do processo econômico³⁵⁵.

Posteriormente, a descentralização institucional de tarefas administrativas, por meio da criação de entidades empresariais aptas à prossecução do interesse público, passa a revelar que a estrutura dessas entidades são igualmente hábeis para a captura do excedente econômico, nas mesmas condições que qualquer empresa privada.³⁵⁶

³⁵¹ A expressão é de Octavio Ianni: IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 314-316. Também denominado por alguns de capitalismo de Estado.

³⁵² PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 34.

³⁵³ “O objetivo principal é incorporar no mercado a demanda não atendida pelo fornecimento particular em razão da falta de atrativos econômicos suficientes, ou simplesmente porque existem outros nichos de consumos mais rentáveis. O modelo proposto assenta-se na ideia de concorrência indutiva por parte do Estado empresário, cujo objetivo não é maximizar o retorno financeiro do investimento público”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 6).

³⁵⁴ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 312.

³⁵⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 49.

³⁵⁶ “Ora, não há dúvida que a estrutura da empresa é a que está melhor adaptada à obtenção do excedente, e daí o Estado ter enveredado pelo caminho da descentralização *institucional* em moldes privatísticos <<imitando>> a empresa privada, <<se mettant en civil>>, de modo a melhor responder às tarefas que se propõe levar à cabo”. (*Ibid.*, p. 50) [com destaque no original]

Nessa perspectiva, a sociedade comercial estatal revela que o Estado persegue o lucro, o excedente econômico, como qualquer outra empresa privada.^{357,358}

Essa prática de Estado coloca em evidência questões acerca da gestão empresarial estatal, até aqui pouco exploradas na doutrina pátria.³⁵⁹ Relembre-se que a sociedade de economia mista reúne o viés político e o econômico, além de representar estrutura de poder no processo de monopolização do mercado.

Nestas condições, à medida em que o Poder Executivo personifica-se como uma dimensão mais ativa do Estado, o Poder Executivo se confunde com o Governo³⁶⁰. Vai-se construindo uma complexa estrutura governamental voltada para a resolução dos problemas econômicos do país, incorporando o pensamento tecnocrático e científico, na busca do melhor desempenho das funções econômicas do Estado.³⁶¹ Cria-se uma nova estrutura de poder: a tecnoestrutura estatal.³⁶²

Trata-se da estrutura de poder apoiada em organizações burocráticas, com pensamento técnico-científico e amplo acesso sistemático aos elementos indispensáveis à formulação de uma visão detalhada de conjunto do sistema político-econômico do país, a focalizar os problemas segundo perspectivas de curto, médio e longo prazo.

É no âmbito da tecnoestrutura que se realiza o balanço crítico do que é desejável e do que é possível, considerando-se tanto os recursos disponíveis como as razões políticas e econômicas que se encontram em jogo. É nesse núcleo que ocorre o encadeamento entre as relações e decisões econômicas e políticas.^{363,364}

³⁵⁷ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 50.

³⁵⁸ Em sentido contrário: “O objetivo do Estado empresário não é maximizar o retorno financeiro do investimento público”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 6).

³⁵⁹ Marcia Carla Pereira Ribeiro e Mario Engler Pinto Junior enfrentaram a temática sobre a possibilidade de disfunções na gestão da sociedade de economia mista, a conferir: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 42 ; PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 201.

³⁶⁰ IANNI, Octávio. *Op. cit.*, p. 19.

³⁶¹ *Id.*

³⁶² *Ibid.*, p. 314.

³⁶³ *Ibid.*, p. 315.

³⁶⁴ “A nosso ver, pois, a noção de tecnoestrutura estatal envolve os seguintes elementos e relações: a) o encadeamento entre a tecnocracia e os órgãos de planejamento; b) a utilização crescente de certas modalidades do pensamento técnico-científico; c) o fortalecimento do Poder Executivo, em detrimento do Poder Legislativo e dos princípios da ‘democracia representativa’; e d) o sistemático encadeamento recíproco das relações dominação (políticas) e de apropriação (econômicas) (...) O que sobressai, como particularidade essencial da tecnoestrutura estatal, é o fato de que ali ocorre o sistemático encadeamento recíproco das relações políticas e econômicas, no nível das decisões”. (*Ibid.*, p. 316). “...O paradigma tecnocrático concebe eficiência governamental em termos de concentração, centralização e fechamento do processo decisório, eficácia de gestão em termos de insularidade burocrática e, finalmente, autonomia do Estado como capacidade de isolar-se das pressões do mundo da política (...). Ademais, é preciso lembrar que a eficácia da ação estatal não depende apenas da capacidade de tomar decisões com presteza,

A intervenção econômica por meio de entes institucionais descentralizados é um instrumento de política econômica³⁶⁵. Porém, se estiver sedimentada de forma acrítica pode não representar um meio de hábil para correção de falhas de mercado³⁶⁶, transformando-as, em falhas de governo³⁶⁷. Significa dizer que a intervenção para corrigir falhas de mercado pode ser distorcida por outras forças e interesses.³⁶⁸

Isso se deve ao fato de que toda intervenção econômica do Estado na economia, traz consigo uma ampla possibilidade de falhas, que podem ser ainda mais graves, do que determinada falha de mercado, ou desvio do paradigma concorrencial perfeito.^{369,370}

mas sobretudo da adequação das políticas de implementação, o que, por sua vez, requer estratégias que dêem viabilidade política às propostas e aos programas governamentais. Sob essa ótica, a criação de arenas de negociação, a capacidade de articular alianças e coalizões aparecem como aspectos relevantes da ação estatal” (DINIZ, E. *Crise, reforma do Estado e governabilidade*: Brasil 1985- 1995. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 177).

³⁶⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 55.

³⁶⁶ Conforme leciona Fernando Araújo, às falhas de mercado são atribuídas a duas causas principais, a conferir: “A existência de <<externalidades>>, a possibilidade de que uma actuação económica faça projectar irremediavelmente efeitos, benéficos ou maléficis, sobre alguém que não o próprio agente, interferindo no nível de bem-estar desse alguém sem que lhe seja paga qualquer indenização (...) impedindo nomeadamente que a produção de bens socialmente benéficos seja livremente incentivada, ou sinalizando erradamente o mercado no sentido da sobreprodução de bens e serviços com efeitos colaterais socialmente negativos; a existência de <<poder de mercado>>, que permita a alguém a exploração dos mecanismos dos preços em proveito próprio, para lá de um limite que fira um sentido mínimo de justiça ou que gere desincentivos à produção e às trocas...”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 56).

³⁶⁷ As falhas de governo usualmente referidas são: (i) o problema da informação ou problema do principal e agente, segundo a teoria da agência o problema principal dos incentivos à eficiência em organizações complexas é o da sintonia de interesses e de condutas entre pessoas que dividem entre elas o trabalho e são obrigadas a confiar umas nas outras e, (ii) *rent seeking*, que reflete o esforço de desvio de renda, em proveito próprio. Cf. ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 426-602. Ultrapassa os objetivos deste trabalho empreender uma revisão exaustiva sobre este tema, pretendendo-se, sobretudo, ilustrar o seu contributo para a modelagem da ação de grupos de interesse na determinação da escolha pública. “...os autores da Escola de Virgínia fornecem uma teoria completa da influência dos grupos de interesse na escolha pública. Os grupos de interesse são a força motriz nos modelos que formulam e atendem à ação dos políticos, burocratas e cidadãos”. (CRUZ, José Neves. *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública*. Coimbra: CIJE, 2009, p. 62). Para maior aprofundamento sobre a procura de renda (*rent seeking*), recomenda-se: MUELLER, Dennis C. *Public Choice III*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 333 e ss; BUCHANAN, James. TOLLISON, Robert. TULLOK, Gordon. Towards a theory of the rent-seeking society. In: *Journal of Political Economy*. vol. 90. n. 6. Dec. 1982, pp. 1303-1306. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1830952>. Acesso em: 23.mai.2013.

³⁶⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 45.

³⁶⁹ “Os gestores públicos, tendo a capacidade de, com relativa impunidade, transferirem custos para os contribuintes e para os consumidores, hão-de tender a pautar a sua conduta por outras finalidades que não a da maximização de lucros – por exemplo, a <<lógica clientelar>>, a prestação de favores a classe política, a auto-perpetuação nos seus cargos, etc., tudo finalidades que subalternizam o controle dos custos”. (ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 618).

³⁷⁰ “A relação de troca entre ocupantes de cargos e apoiadores é a essência da ação do Estado (...) De fato, existe a hipótese de que a competição pelo ingresso no serviço governamental é, em parte, uma

Com efeito, as intervenções estatais no mercado lastreadas em propósitos de eficiência, construídas com base na configuração de economias mistas na qual o setor público coexiste no mercado com o setor privado, podem revelar que a atuação estatal não se encontra integralmente subordinada às regras do livre mercado, mas apenas justificadas em falhas de mercado.³⁷¹

Não obstante, no cenário administrativo brasileiro contemporâneo verifica-se que até serviços públicos que continuam a ser prestados por meio de sociedades de economia mista, geram excedentes econômicos que são remetidos ao Governo central. Vale dizer, admite-se a funcionalidade da intervenção, em nome de um interesse público, sem contudo, questionar-se quem são esses interesses que o interesse público representa.³⁷²

Reconhece-se que os mecanismos econômicos de intervenção são complexos e sensíveis, eis que passam pela mediação entre diversos agentes econômicos e grupos de interesse, dificultando ou mesmo impossibilitando a adoção de formas jurídicas adequadas pelo legislador, que garantam a realização dos objetivos finalísticos do Estado.³⁷³

Decorre daí a necessidade de constantes acertos e adaptações na atividade administrativa, de tal forma que sua estrutura organizacional esteja apta a responder de forma mais eficaz às necessidades da coletividade.

2 EFICIÊNCIA E GESTÃO NAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A análise da intervenção do Estado no funcionamento do mercado, em especial quando este se coloca na posição de agente produtor de bens e serviços, deve incluir reflexões de elementos valorativos e prescritivos que se refiram às motivações

competição por rendas. Na economia como um todo, altos retornos originados de atividades ‘lucrativas diretamente improdutivoas’ desestimulam o investimento em atividades produtivas. Declinam a eficiência e o dinamismo econômicos”. (EVANS, Peter C. O Estado como problema e solução. *Lua Nova*. São Paulo, n. 28/29, 1993, p. 113).

³⁷¹ ARAÚJO, Fernando. *Op. cit.*, p. 56.

³⁷² DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, 1986, p. 27.

³⁷³ “É por isso que aquilo que o legislador deve ter em conta não são apenas factos económicos, mas uma verdadeira ordem económica, até certo ponto auto-suficiente”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 61.)

básicas da intervenção, de tal forma a procurar atestar que o objetivo da eficiência na busca do bem-estar³⁷⁴ social esteja sendo atingido.

O Estado brasileiro tem desempenhado um amplo papel em relação à atividade econômica. Propôs-se a elaborar planos orientadores da vida econômica, contudo, sem criar um sistema econômico planejado de direção central.

Coloca-se em xeque a legitimidade da interferência do Estado no mercado, na medida em que se suscita dúvidas acerca da possibilidade do próprio Estado provocar problemas de interdependência econômica, ao gerar, por exemplo, interferências paternalistas cujas consequências negativas na eficiência, na justiça e no bem-estar têm sido evidenciadas pela história das intervenções políticas no mercado.³⁷⁵

2.1 EFICIÊNCIA ECONÔMICA, GESTÃO E PRÁTICAS DE ESTADO

O debate sobre a dimensão econômica ótima do Estado e do setor público tem conduzido a relativo consenso sobre a substituição de empresas públicas por empresas privadas em setores fundamentais da atividade econômica, lastreada na percepção de que as empresas privadas tendem a atingir maior eficiência e rentabilidade do que as empresas públicas, mesmo aquelas construídas sob a lógica empresarial, nos diversos setores de atividade econômica.³⁷⁶

Por outro lado, uma das principais objeções à atuação do agente privado em determinados setores, é a de que a busca pela maximização da rentabilidade implicaria redução da universalização dos serviços.³⁷⁷

³⁷⁴ “A moderna economia do bem-estar funda seus alicerces essencialmente no individualismo metodológico, filosofia perfilada pela escola Austríaca. O individualismo metodológico sustenta essencialmente que o melhor juiz para julgar o bem-estar é o indivíduo em si mesmo, que o bem-estar de toda a sociedade depende apenas do bem-estar dos indivíduos que a compõem. Em consequência, o objectivo fundamental da economia do bem-estar consistiria em identificar as condições de funcionamento de mercado que promovem o bem comum. A intervenção do Estado justifica-se sempre que o mercado, a livre interacção entre os interesses individuais de vendedores e compradores, falha este objectivo. Ainda assim, as origens da economia do bem-estar remontam a Adam Smith (1776). Este pensador, considerado por muitos o fundador da ciência econômica, resistia à ideia da necessidade do Estado intervir na economia. Sustentava genericamente que a procura do interesse individual, através da livre interacção de mercado de vendedores e compradores criava uma ordem superior de bem-estar social”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 34.) Sobre a análise acerca do conceito de mão invisível de Adam Smith, em especial, do providencialismo, sugere-se: ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 697-857.

³⁷⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 198.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 608.

³⁷⁷ *Id.*

Os impasses na tensão entre a prestação do serviço rentável e sua universalização, prende-se a questões afeitas à dimensão e ao peso do Estado na economia, do protagonismo e objetivos do Estado na condução de variáveis econômicas, porém, obviamente, também se assentam na inércia e nas tradições institucionais, com as preferências culturais e políticas de cada Estado.

Compreende-se, contudo, que sendo o propósito do Estado interventor a retificação de mecanismos de mercado, sua atuação na qualidade de empresário³⁷⁸ no interior de uma sociedade de economia mista, deve também orientar-se na busca da eficiência econômica, além dos objetivos relacionados ao interesse público que motivou a sua criação.

2.1.1 A eficiência econômica e o princípio da economicidade: a conjugação dos conteúdos informadores

A noção de que o sucesso de determinada atividade depende exatamente da eficiência das posturas administrativas adotadas deve ter seu conteúdo informador estendido também para as atividades empresariais do Estado, em simetria com o princípio constitucional da eficiência. Afinal, o desperdício ou má aplicação de recursos públicos são, no mínimo, indesejáveis. Há, portanto, algo de intuitivo no emparelhamento entre eficiência e a exploração da atividade econômica estatal.

Ademais, quando se ocupa da busca da geração de ganhos de eficiência³⁷⁹ no setor estatal, alude-se à busca do melhor uso dos recursos escassos empregados na prestação de serviços adequados para a persecução do interesse público. Fixado o contraste, aponta-se numa encruzilhada que ou coloca em xeque a capacidade

³⁷⁸ “Empresários são aqueles que, incentivados pela contrapartida do lucro, assumem as incertezas da organização produtiva de recursos”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia.*, p. 311).

³⁷⁹ “A adoção do princípio da eficiência enquanto princípio essencial de organização de mercados, quer numa vertente jurídica, quer numa vertente política não tem sido incontroversa. Muitos cultores do Direito demonstram uma aversão genética à adoção de conceitos econômicos por parte da lei. No entanto, não se pode esquecer que a eficiência é um dos conceitos essenciais da justiça. Não se defende a adoção do princípio da eficiência como o princípio jurídico supremo relativamente ao qual todos se vergam. No entanto, a sua relevância jurídica é, quanto a nós, irrefutável. (...) Na ordem jurídica-econômica é um dos princípios fundamentais. Não se deve nunca negá-lo. Mas, obviamente, existem outros”. (LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em rede: regulação para a concorrência.* Coimbra: Almedina, 2009, p. 31).

governamental de atender a certas demandas, com eficiência, ou sugere suprimi-las da exploração estatal.

A eficiência da gestão na exploração de atividades econômicas, a tarefa estatal de organização dos recursos econômicos para o cumprimento de sua finalidade, incluindo a oferta de serviços essenciais, por meio do provimento de bens e serviços públicos, requer um olhar sobre os aspectos gerenciais e administrativos *stricto sensu*, sob o viés da eficiência econômica.

Em termos econômicos, considera-se que a eficiência é alcançada na medida em que não é possível produzir mais um determinado bem ou serviço sem se sacrificar a produção de outros bens ou serviços que passem, naquele momento, a ser mais valiosos do que aquele pelo qual se optaria³⁸⁰, tem-se, portanto, em termos paretianos^{381,382}, que

³⁸⁰ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 229.

³⁸¹ “Um padrão normativo importante em economia é a eficiência de Pareto, por vezes denominada de eficiência alocativa, a qual considera que uma determinada situação é eficiente ou alocativamente eficiente quando é impossível mudá-la de forma a deixar ao menos uma pessoa em situação melhor sem deixar outra pessoa em situação pior, considerando a opinião de uma mesma pessoa”. (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Trad. SANDER, Luis Marcos. COSTA. Francisco Araujo da. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38). “O ótimo de Pareto representa a situação que não pode ser tornada eficiente, ou seja, não há forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a outra”. (PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 147). “A eficiência de Pareto determina que só são *ordenáveis e comparáveis* as situações de bem-estar social, ou alocações sociais em que a utilidade de pelo menos um agente econômico se altera numa direção, se a que de qualquer outro varie em sentido oposto. (...) Trata-se, portanto, de uma *limitação metodológica* básica, inerente à noção de eficiência de Pareto. (...) A eficiência de Pareto corporiza uma construção de solidez irrefutável sob o *prima* da lógica econômica, marcada pela objetividade na *comparação* entre duas ou mais situações que representam melhorias de bem-estar. No entanto, a comparação de níveis de bem-estar líquidos, isto é, entre situações que determinam prejuízos para alguns, não cabe, nos padrões lógicos desta concepção, por representarem, segundo ela, ineficiências”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência econômica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 858). [com destaque no original]

³⁸² Os economistas desenvolveram, posteriormente, a noção de uma melhoria potencial de Pareto também conhecida por eficiência de Kaldor-Hicks, numa tentativa de superar a limitação do critério de Pareto. De acordo com esse critério seria possível recomendar mudanças em que uma pessoa fique em situação melhor e nenhuma fique em situação pior. Para tanto, o critério obriga que os ganhadores indenizem os perdedores em qualquer mudança e para tanto, necessariamente, os ganhadores devem ganhar mais do que os perdedores perdem, em princípio, de tal forma a poder gerar um excedente sobre eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas deve ser possível em princípio. É essencialmente a técnica da análise de custo-benefício, um projeto é levado a termo quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores. A análise de custo-benefício procura considerar para tanto os custos e benefícios privados quanto os sociais da ação que está sendo efetivada. Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 64. “Contudo, apesar do critério de Kaldor-Hicks ser potencialmente coerente com a superioridade de Pareto, na realidade ele não o é, na medida em que, na maioria dos casos, as medidas adotadas em termos de eficiência não estabelecem a referida compensação como sendo obrigatória, mas somente potencial, o que levaria ao entendimento de que o critério de Kaldor-Hicks seria intransitivo”. (DRESCH, Rafael de Freitas Valle. *Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar?* In: TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direito & Economia*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre:

a decisão do Estado em permanecer no mercado como produtor de bens e serviços deverá beneficiar mais alguém, pelo menos uma pessoa, sem prejudicar ninguém para que seja possível afirmar que sua conduta é eficiente, sob essa concepção.

Muito embora existam várias definições de eficiência adotadas pelos economistas, de maneira geral considera-se que um processo de produção é eficiente quando: (i) não é possível gerar a mesma quantidade de produção usando uma combinação de insumos de custo menor, ou (ii) não é possível gerar mais produção usando a mesma combinação de insumos.³⁸³

Denota-se, de acordo com essa concepção, que a eficiência econômica diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. A par desse entendimento, determinado processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.^{384,385}

Todavia, ao considerar a eficiência econômica como um dos critérios orientadores de pretensas soluções normativas implica em determinar em que medida ela possui capacidade operativa adequada a desempenhar essa função.^{386,387}

Não se pode deixar de enfatizar que a atuação do Estado na sociedade de economia mista pode restar prejudicada pela sua própria ineficiência organizativa, pelo peso de sua burocracia, pelo risco moral de seus agentes afastarem sua atuação da efetiva persecução do interesse público, como por exemplo, pela corrupção.³⁸⁸

Livraria do advogado, 2008, p. 199). “Não é o mercado que garante a afectação eficiente dos recursos, pois o resultado eficiente implica a presença de opções distributivas externas ao processo de mercado, orientadas para a optimização da distribuição da renda, por via de rendas compensatórias”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 858).

³⁸³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomaz. *Op. cit.*, p. 38.

³⁸⁴ “Nestes termos, a maximização da eficiência coincide com a maximização do excedente agregado..”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 859).

³⁸⁵ GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

³⁸⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 859.

³⁸⁷ Sobre os eventuais limites para a interpretação econômica normativa, sugere-se, dentre outros: TUNICK, Mark. Efficiency, Practices, and the Moral Point of View: limits os economic interpretations of law. In: WHITE, Mark D. *Theoretical Foudantions of Law and Economics*. Cambridge: Univesity Press, 2009.

³⁸⁸ Fernando Araújo relaciona algumas formas de afastamento da prossecução do interesse público por agentes estatais: “por inércia e anquilosamento; por prepotência e descoordenação; por excesso de aversão ao risco induzida pelas perspectivas de promoção e progressão na carreira – o medo paralisante de cometer erros-; por pura e simples corrupção – por exemplo, criando obstáculos desnecessários à atividade econômica ou à própria actuação do Estado, para forçar os interessados a pagarem pela remoção desses obstáculos”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 627).

Ademais, a perceptível dificuldade do setor estatal de manutenção de compromissos de longo prazo, em decorrência da alternância no poder de partidos político opostos, que enaltecem, em regra, a impopularidade de determinado projeto ou política pública da gestão política anterior, evidenciam a dificuldade do Estado em prosseguir na execução de projetos que demandem prazos superiores ao de um ciclo eleitoral. Acrescenta-se ainda que apenas os gestores privados submetem-se ao instituto da falência, constituindo-se em incentivo ao seu esforço na busca da eficiência³⁸⁹, a fim de esquivar-se dos seus efeitos.

Não são apenas os incentivos econômicos que direcionam a ação política, o que permite que as interferências retificadoras de falhas de mercado resultem em falhas de intervenção.³⁹⁰ O número de circunstâncias que podem culminar com a ineficiência do setor público^{391,392}, evidencia que, por vezes, a intervenção do Estado pode implicar custos que excedam os benefícios que justificaram a modelagem empresarial estatal de exploração de atividades econômicas.

Fato é que eficiência econômica e justiça social são objetivos em constante polaridade na sociedade de economia mista.^{393,394} Entretanto, à eficiência cumpre

³⁸⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 629.

³⁹⁰ “É tão notória a acumulação de circunstâncias que propiciam as ineficiências do sector público – o desperdício de recursos, a corrupção, o clientelismo entre tantos outros- que tem cabimento perguntar se não será muitas vezes preferível conviver com falhas de mercado do que arriscar o surgimento de falhas de intervenção que tendem a ser mais agudas e perenes, sobretudo quando servem os interesses <<carreiristas>> ou corruptos de políticos e se perde inteiramente de vista o paradigma do governo como <<planificador social benevolente>>”. (*Ibid.*, p. 630).

³⁹¹ “Três são os motivos normalmente apontados para explicar o comportamento menos eficiente nesse caso: (i) distorções relacionadas com a natureza pública da propriedade do Estado, que seriam mal definidos e pouco protegidos; (ii) problema de agência característico das empresas de capital pulverizado e sem acionista controlador definido, em que os administradores (agentes) agem de forma descompromissada com a maximização dos acionistas (principais); e (iii) desvios de condutas típicos de gestores públicos e agentes políticos autointeressados, conforme apontado pela teoria da escolha pública (*public choice*)”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 55).

³⁹² “A principal preocupação com a eficiência da empresa estatal reside na dificuldade de minimizar custos de produção, tendo em vista a falta de critérios adequados de avaliação de desempenho e de sistemas de incentivos para alinhamento dos interesses pessoais dos administradores com a missão pública atribuída à companhia, combinada com a discricionariedade permitida aos mesmos administradores para justificar o resultado afinal obtido”. (*Ibid.*, p. 58).

³⁹³ “É possível abordar-se a questão da prosperidade econômica por duas vias complementares que não se excluem mutuamente: a da proporção, igualdade ou desigualdade, das fatias do bolo, e da dimensão do próprio bolo. Uma concentra-se em aspectos de *justiça*, a outra em aspectos de *eficiência*. Ao longo da história do pensamento econômico tem havido oscilações no entendimento relativo à prioridade a conceder, nas políticas que afectam o todo da economia, aos objetivos da justiça e da eficiência”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 665).

³⁹⁴ “A não essencialidade do lucro e a perspectiva de não ser produzido adquirem contornos interessantes na companhia de economia mista. Os particulares que associam o seu capital ao capital público no empreendimento o fazem, normalmente, pela perspectiva lucrativa. Já o ente público, ao optar pela

desempenhar uma função técnica de racionalização de recursos, frente aos objetivos que se deve perseguir.³⁹⁵

Um dos aspectos centrais da exploração de atividades econômicas pelo Estado, deve-se ao fato de que o Estado age em função de aspectos de seu crescimento e desenvolvimento econômico³⁹⁶. Porém, a consagração constitucional de normas programáticas para objetivos sociais e econômicos torna esse exercício complexo.

De fato, a acentuação de problemas decorrentes da impossibilidade da efetiva realização dos interesses coletivos pelo Estado, demonstra a inadequação das estruturas administrativas para o atendimento das demandas sociais.

Não se pode deixar de observar, entretanto, que o princípio da eficiência³⁹⁷ inserido no texto constitucional determina o dever de perseguir uma forma eficiente de agir pelo Estado, de tal forma a buscar, dentre as formas disponíveis, aquela que, em face das circunstâncias do caso concreto, permita atingir o melhor resultado possível para a satisfação do interesse público.

A adoção do princípio da eficiência como critério normativo fornece incentivos para a racionalidade econômica e a otimização dos atos praticados pela Administração Pública.³⁹⁸ Esse viés pode possibilitar a fundamentação de medidas que possam complementar os esforços para a necessária adequação da estrutura administrativa do Estado no sentido de atingir resultados qualitativos nas ações governamentais.

Não se deseja com isso propor a aplicação exclusiva da lógica de meios e resultados, eis que não se ignora que muitas vezes o processo de escolha pública é eminentemente político, significa dizer, voltado à mediação de distintos segmentos. Propõe-se perseguir o necessário cotejo entre a interação econômica e o caráter político

participação na vida econômica sob a 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". (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 55).

³⁹⁵ "Nestes termos, é útil proceder a uma distinção clara entre *bem-estar* e *eficiência*: o primeiro, valorativo e reportado à escolha da alternativa, entendida como socialmente mais adequada, o segundo, axiologicamente neutro e referente à melhor afectação de recursos face às opções de bem-estar definidas" (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 881). [com destaque no original]

³⁹⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 43.

³⁹⁷ "Através deste princípio ficava a empresa obrigada a acomodar sua gestão económica a um aproveitamento racional dos meios humanos e materiais de que dispõe, minimizando os custos de produção, de modo a poder responder na maior escala possível às necessidades que se propõe satisfazer. Tratava-se de um corolário do princípio da economicidade, que visa a criar as condições para que a rentabilidade empresarial seja possível". (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 330).

³⁹⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 82.

da escolha pública, trazendo para o debate os meios relacionais no modo de gerir a coisa pública.

Enfim, reitera-se a importância de reflexão acerca da idéia de eficiência econômica como atributo desejável à administração pública, assim entendida como sendo a aptidão de satisfazer as necessidades públicas, com o menor encargo possível, do modo menos oneroso e extraíndo-se a maior qualidade na sua execução.

Ademais, as sociedades têm se tornado progressivamente mais informadas e, por isso mesmo, mais exigentes na busca de soluções para seus problemas e de que sua execução seja eficiente, sem desperdício de recursos e hábil a produzir o resultado de interesse público a que se destinam.

Reitere-se: por uma ou por outra razão, no que se refere à aplicação do conceito de eficiência econômica no âmbito da Administração Pública como um dos critérios norteadores da atividade administrativa, o que se propõe demonstrar é como a análise econômica pode contribuir com respostas às complexas questões envolvidas no setor empresarial estatal, em relação às sociedades de economia mista.

O argumento que se coloca consiste em evidenciar que a relação entre eficiência econômica e o agir administrativo é de complementariedade, e não de exclusividade.

Com efeito, muito embora os conceitos de eficiência e economicidade inerentes à Administração Pública sejam de origem e fundamentação econômica, não se pode ignorar que há uma relação constante e uma interdisciplinariedade entre o dado econômico e o ideal visualizado pelo Direito,³⁹⁹ ainda mais quando se está diante de valores relevantes qualificados como interesses da coletividade.

Assim, ainda que a expressão eficiência possua múltiplos sentidos, há semelhanças e afinidades, entre as teorias a serem consideradas. Afinal é a partir do ideal de racionalização que todos os conceitos afins são tomados pelas distintas racionalidades público-administrativas, com o objetivo de se construir modelos adequados de gestão.⁴⁰⁰

Compreende-se que o princípio da eficiência é inerente à própria estrutura do Estado interventor, na condição de responsável pelo controle da atividade econômica

³⁹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 48.

⁴⁰⁰ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manoele, 2003, p. 195-196.

e por sua vocação destinada a conter falhas do setor privado e de sua responsabilidade pelo atendimento das necessidades coletivas⁴⁰¹. A eficiência compreende a busca em atingir os objetivos, traduzidos na adequada prestação de serviços, de modo simples, célere e mais econômico, de tal forma a otimizar a relação custo/benefício das tarefas públicas⁴⁰².

De qualquer forma, é possível enxergar no critério de eficiência uma importante fonte de regulação da atividade administrativa, e, portanto, de concretização de políticas públicas⁴⁰³, notadamente no que se refere à conformação da justificativa econômica da ação pública. O resultado pode ser a abertura de uma nova janela do pensar que integra novas metodologias que permitam se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios.⁴⁰⁴

Relembre-se que a Constituição determina à Administração Pública⁴⁰⁵ a persecução da eficiência. Tem-se, portanto, que um agir administrativo ineficiente que desperdiça recursos financeiros e/ou produtivos, por exemplo, é também um agir injusto. Nesse contexto, a eficiência deve ser entendida como um valor que serve à justiça.⁴⁰⁶

Ocorre que a noção de eficiência na Administração Pública está muito próxima da idéia de economicidade. O princípio da economicidade⁴⁰⁷ orienta o Estado

⁴⁰¹ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manoele, 2003, p. 195-196.

⁴⁰² BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 32.

⁴⁰³ “O Estado, portanto, é constituído, de um lado, pela lei e pelas políticas públicas, e, de outro, pela administração pública – esta entendida como organização pública soberana. Uma organização formada e dirigida por oficiais públicos eleitos e não-eleitos, ou, em outras palavras, por políticos, servidores públicos e militares, cabendo aos primeiros a definição da lei e das políticas públicas e aos segundos, participar dessa formulação de políticas e executá-las”. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da administração pública. *Revista de Gestão Pública*, N. 2, 2º semestre de 2011, p. 4. Disponível em: <http://bresserPereira.org.br/391-Ensino_administracao_publica_2.pdf> Acesso em 20 fev. 2012).

⁴⁰⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno. [et al.] (Orgs.) *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 59.

⁴⁰⁵ Administração Pública aqui utilizada em sentido amplo, na qual se inclui todos os Poderes que integram o Estado.

⁴⁰⁶ SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Análise econômica do direito e seus limites jurídicos: apontamentos para uma interpretação do princípio da eficiência. In: LIMA, Martonio Mont’ Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 407-420.

⁴⁰⁷ “Embora com ele não se confunda, o princípio da economicidade exige o lucro empresarial ou seja, o excedente. Os preços praticados pela empresa devem ser pois superiores ao custo. Não significa que o Estado não possa subsidiar as empresas de modo a que elas mantenham preços inferiores àqueles que se

para regular a atividade econômica, mediante escolhas que possibilitem que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos, ou seja, dirigido ao máximo bem-estar da comunidade a ser obtido com pleno respeito da justiça legal e ética.⁴⁰⁸

O caráter instrumental dessa análise conjugada, resulta em uma concepção apta a dar conta da racionalidade do agir administrativo, contribuindo para a análise de importantes avaliações sobre o desempenho de empresas estatais e sua respectiva funcionalização social.

Contudo, a insuficiência do aparelho estatal no atendimento às demandas da coletividade e de suas estruturas orgânicas de decisão, demanda o repensar da organização administrativa.⁴⁰⁹ É preciso gerir o aparelho do Estado de forma eficiente, todavia, sem perder de vista que o essencial na administração pública, o que a distingue radicalmente das organizações privadas, é sua soberania, é seu poder de império, é a capacidade de definir políticas públicas e a capacidade dos seus servidores executá-las.⁴¹⁰

Sob essa concepção, a gestão pública⁴¹¹ precisa abrir espaços para novas formas e novos instrumentos de atuação que concorram para minimizar o risco de erro, de fracassos na condução da coisa pública e com aptidão para solucionar os problemas. Para atender eficientemente ao imperativo de ordem que é a razão de ser da Administração Pública: concretizar o interesse público.

estabeleceriam no mercado (preços políticos) de modo a responder as necessidades sociais e de política econômica (...) Por economicidade deve entender-se a manutenção do equilíbrio financeiro da empresa ou seja, a cobertura dos custos totais pelas receitas, o que é diferente do lucro”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*, p. 328-330).

⁴⁰⁸ FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁰⁹ “O descongestionamento de tarefas estaduais e, neste contexto, a descentralização tornaram-se inevitáveis no Estado de bem-estar”. (OTERO, Paulo: *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 148).

⁴¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 4.

⁴¹¹ “A expressão *gestão pública*, abrange, no quadro que agora nos move, a actividade de administração da coisa pública, seja por pessoas colectivas de direito público seja por pessoas colectivas de direito privado ou até por pessoas singulares que se encontrem em determinadas situações em relação ao que é público”. (TAVARES, José. *As responsabilidades na gestão pública: seu enquadramento*. Lisboa: Ed. Tribunal de Contas, 2000, p. 12). [com destaque no original]

O desempenho concreto das atividades públicas pressupõe a imposição do menor encargo possível aos usuários, que o serviço prestado satisfaça as necessidades dos usuários, extraindo-se dos recursos nele empregado a maior qualidade⁴¹².

De fato, o princípio da eficiência econômica, central para a atividade administrativa, orienta-se para uma maximização da utilidade, entendida como um comando para conseguir a maior utilidade possível com os meios existentes.⁴¹³

Noutra perspectiva, não se ignora que haverá casos em que a decisão administrativa deverá ser tomada com bases outras que não a eficiência, de tal forma a responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade, como por exemplo, em situações de investimentos estatais em regiões de baixo índice de desenvolvimento humano – IDH de tal forma a garantir condições mínimas de saúde à população e a atender valores estabelecidos no texto constitucional. Afinal, a existência de interesses coletivos dignos de tutela não é desconsiderada pelo paradigma do Direito e da Economia.⁴¹⁴

É evidente que o Direito se associa muito mais à interpretação do que ao cálculo, que existe um nível de identificação propriamente social ao lado da lógica puramente individual, que não pode ser esquecido quando busca a eficácia compatível com o direito.⁴¹⁵

Ademais, a moderna orientação da gestão dos interesses públicos volta-se à administração participativa, pelas decisões negociadas, pela conciliação de interesses, pelo respeito às particularidades de cada caso concreto e pela razoabilidade na aplicação das leis⁴¹⁶.

Nesse contexto, tem-se que uma configuração adequada do setor administrativo estatal deve ser encontrada no sentido das exigências da realidade econômica, sem ignorar o texto constitucional, tampouco o peso das conjunturas econômicas.

⁴¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação (p. 39-71). In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiro, 2002, p. 60.

⁴¹³ WOLFF, Hans J; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 212.

⁴¹⁴ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

⁴¹⁵ FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. In: JAMIN, Christophe. *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 38.

⁴¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220.

A exigência de uma estrutura organizacional administrativa eficiente pressupõe compreender que a própria definição de Estado precisa ser instrumentalizada para atender às demandas de interesse público. Afinal, o Estado é o instrumento por excelência de ação coletiva da nação e da sociedade civil.⁴¹⁷

2.1.2 A exploração da atividade econômica pela Administração: a ação interventiva entre falhas de mercado e falhas de intervenção

Reconhece-se que, em determinadas situações, as intervenções públicas são importantes, pois permitem que sejam considerados fatores que o mercado ignora, notadamente aqueles relacionados com a garantia de acesso aos bens e serviços qualificados como essenciais (*facilities*)⁴¹⁸. Por meio da atuação estatal intervencionista, pode-se inserir o dado econômico, a concorrência, a gestão privada, sem deixar de lado o social, a coesão social, os direitos sociais. Enfim, compreende-se que as atividades sociais não podem ficar à mercê somente do jogo do mercado.⁴¹⁹

Afirma-se que a intervenção pública nos mercados pode se assentar em três razões gerais: (i) na ignorância das leis econômicas e no desconhecimento dos requisitos e implicações da atitude intervencionista; (ii) no imperativo de eficiência, que cede espaço à retificação de falhas⁴²⁰ verificadas nos mercados de produtos e serviços, e (iii) no imperativo de justiça, que determina a retificação dos resultados distributivos que se verificam no mercado de fatores produtivos.⁴²¹

Porém, a principal justificativa da intervenção pública nos mercados deriva de considerações de justiça social, de assistência aos menos favorecidos, os mais explorados e excluídos do jogo da economia, em benefícios dos quais o Estado não deve

⁴¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. É o Estado capaz de se autorreformular? *Desigualdade & Diversidade*: Dossiê Especial, segundo semestre de 2011, p. 119. Disponível em: <<http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/05Bresser.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2012.

⁴¹⁸ Atualmente é incontroverso que determinados serviços públicos podem ser prestados tanto pelo setor público quanto pelo setor privado.

⁴¹⁹ MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 126.

⁴²⁰ "...sejam falhas que criam disparidades entre o funcionamento do mercado e o bem-estar social, sejam falhas que consistem na subversão do contexto de liberdade e de concorrência em que as trocas deveriam decorrer, sejam ainda falhas estruturais que retardam a adaptação da economia a conjunturas emergentes, provocando inflação ou desemprego, induzindo flutuações no nível da actividade económica e perturbando o ritmo de crescimento". (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 55).

⁴²¹ *Id.*

esquivar-se de agir, ao menos em seus limites mínimos.⁴²² Para tanto, ao Estado bastaria, em tese, entrar no jogo do mercado usando o seu peso econômico e os seus meios complexos de atuação para, com a sua presença equilibrar as forças causadoras das falhas de mercado.⁴²³

Contudo, é preciso levar em conta que a intervenção estatal na economia não reflete apenas uma opção de política econômica adotada pelo Constituinte, ou uma forma de orientar e executar a atividade econômica, ou ainda o resultado puro e simples da disputa política entre grupos de interesse⁴²⁴, mas também um arranjo institucional que busca viabilizar atividades e mercados que de outra forma poderiam não existir ou que somente sobreviveriam de forma ineficiente.

A evolução das solicitações políticas e das respostas ideológicas sobre eficiência e justiça tem determinado o recurso à formas mais estruturadas de reação, do que aquelas anteriormente consagradas na tradição.⁴²⁵ Refere-se, por exemplo, às várias formas de intervenção do Estado na atividade empresarial, bem como da própria

⁴²² ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 55.

⁴²³ *Ibid.* p. 54.

⁴²⁴ Um grupo de interesse pode ser definido como todo grupo de pessoas físicas ou jurídicas, formal ou informalmente ligadas por determinados propósitos, interesses, aspirações ou direitos, divisíveis de outros membros ou segmentos da sociedade. A razão de sua existência consiste em manter vivos os laços dessa união, sendo que esses grupos podem permanecer em estado latente, sem adotar determinado programa formal de ação. (FARHAT, Said. *Lobby: o que é. Como se faz. Ética e transparência na representação junto a governos*. São Paulo: Peirópolis, 2007, p. 145.) Segundo o autor, “grupo de interesses é qualquer grupo social que (...) leva adiante certas reivindicações, em relação a outros grupos sociais [nesse sentido, os grupos de interesses] são **elementos de continuidade** num mundo de mudança (...) grupos de interesses podem ser fatores de estabilidade e continuidade, em sociedades propensas à mudança, e **instrumentos de mudança**, em sociedades inclinadas ao imobilismo, a manter o status quo ou rejeitar o novo”. (*Ibid.*, p. 146.) [com destaque no original] “Ainda neste domínio, porém, dominam as flutuações e as indecisões terminológicas. Há que atribua a estes grupos, que fazem *lobbying*, a designação geral de *lobbies*, como há que fale a este propósito de ‘grupos de pressão’ ou quem prefira o termo ‘grupos de interesse’. Por detrás dos três nomes esconde-se no entanto sempre uma mesma e invariável realidade. Todos eles se aplicam a entes emergentes da chamada ‘sociedade civil’, dotados de uma estrutura organizatória mínima – que pode revestir graus diversíssimos de institucionalização (...) O meio mais adequado para a prossecução deste objetivo – de instaurar, mater ou alargar comportamentos sociais que correspondem ao *interesse* grupal – é o da interferência no processo da decisão política. Por isso mesmo, o *lobby* em geral (chame-se ele ‘grupo de pressão’ ou ‘grupo de interesse’) emite mensagens destinadas aos decisores políticos, para que estes actuem em conformidade com as suas pretensões. A intensidade da ‘mensagem’ é que pode variar. Há grupos que emitem sob a forma de *pressão*, usando ou ameaçando usar poderes fácticos caso a pretensão do grupo não seja satisfeita (...) todos os grupos de pressão são grupos de interesse, mas nem todos agem – ou agem sempre – pela via da pressão. O debate que a politologia e a ciência do Direito têm tecido em torno do fenómeno do *lobbies*, do *lobbying* e das *pressões* junto com o poder político parte sempre, assim, de um conceito fundamental. Esse conceito é, justamente, o de *grupo de interesse*”. (CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia. Grupos de interesse. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. XI. N. 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 27).

⁴²⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 54.

organização do setor empresarial do Estado para a exploração de atividades econômicas.

Assim é que, a partir de escolhas, a essencialidade do fenômeno econômico e o direcionamento jurídico da posição do Estado na ordem econômica variam no tempo. A afirmação do Estado na atividade econômica teve sucessos desiguais em diversas épocas, países, regiões e setores produtivos, com avanços e recuos quanto ao protagonismo econômico do Estado na segunda metade do século XX.⁴²⁶

Atualmente, no direito pátrio o núcleo do fenômeno econômico estatal está consignado, principalmente, nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, cujos dispositivos definem o papel do Estado em relação à exploração direta da atividade econômica e de sua atuação como agente normativo e regulador da atividade econômica, respectivamente.⁴²⁷ A Carta estabelece o grau de intervencionismo estatal na economia, refletindo a evolução da sociedade e do Estado, ambos afetados por fatores econômicos e sociais.

Todo processo de escolha é resultado de uma forma de comportamento humano que requer determinada tomada de decisão⁴²⁸, que pressupõe um custo. Logo, é desejável que a escolha conduza, dentre as alternativas possíveis, à mais eficiente.

Afinal, a adoção errônea de certas regras pode impor custos sociais elevados para toda a sociedade. A maximização do bem comum e o atingimento dos valores que justificam a vida em sociedade devem ser buscados para que se concretize plenamente o plano traçado pela Constituição que possui como premissa fundadora de nossa organização social, a dignidade da pessoa humana e a liberdade de iniciativa econômica.⁴²⁹

Exige-se que a intervenção do Estado seja realizada apenas na medida necessária para assegurar as condições materiais mínimas para tornar efetivos os valores

⁴²⁶ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 54.

⁴²⁷ “Se assistimos a uma acelerada diminuição do intervencionismo direto do Estado, isso não significa dizer que, automaticamente, assistimos a uma diminuição de toda intervenção estatal no domínio econômico. Ninguém desconhece a multiplicidade de mecanismos que dispõe o Estado para intervir na ordem econômica. Fosse necessário demonstrá-lo, e bastaria lembrar o desenvolvimento vivido nas últimas décadas pelo Direito Econômico e particularmente pelo Direito Administrativo Econômico”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73).

⁴²⁸ GICO JUNIOR, Ivo T. *Op. cit.*, p. 19-21.

⁴²⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direito & Economia*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

da liberdade econômica concreta e da igualdade de oportunidades logradas pelo texto constitucional. Não se admite uma intervenção penalizadora para a sociedade.

A preocupação com a eficácia da ação administrativa impõe novos deveres⁴³⁰ perante a Administração, compatíveis apenas com a criação de um conjunto de condições orgânicas e técnicas capazes de garantir a idoneidade dos meios utilizados.

Denota-se, porém, que a transformação do Estado na perspectiva funcional para a realização de tarefas técnicas colocam-lhe um óbvio problema de eficácia e exige que sua própria estrutura organizacional seja adaptada, continuamente, para a prossecução de vastas e complexa tarefas que a própria Constituição lhe exige.⁴³¹

Por ser assim, os respectivos instrumentos que conferem à organização administrativa a capacidade técnica necessária para dar resposta capaz e eficiente às necessidades coletivas, sobretudo daquelas que se concretizam em prestações econômicas e sociais, coloca em destaque o problema da racionalização dos recursos humanos e materiais disponíveis.

Ao mesmo tempo, a dinâmica dos fatores tecnológicos e suas conquistas igualmente provocam transformações que induzem ao repensar da forma de prestação e do regime da exploração de bens e serviços pelo Estado, em especial daqueles qualificados constitucionalmente como serviços públicos, discutindo-se inclusive a permanência dessa noção, até mesmo nas situações ainda existentes em alguns setores econômicos e qualificados sob a justificativa de monopólio⁴³² natural⁴³³. Essa

⁴³⁰ “Tais novos deveres passam a integrar um novo tipo de legalidade administrativa com reflexos para o interior da orgânica da Administração e na qualidade e eficácia dos meios técnicos usados, no pressuposto da respectiva relevância imediata da condição *social* dos cidadãos (...) Tais deveres analisam-se não apenas no dever de decidir (...) mas também (...) em deveres materiais de cuidado, diligência e eficiência na prestação de serviços públicos de acordo, claro está, com padrões de elevada qualidade técnica e secundados pela orgânica administrativa adequada”. (MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 550.)

⁴³¹ “Este problema só é conhecido a partir do momento em que o Estado se arvorou curador da Sociedade Civil através de uma gigantesca actividade interna e material ou *técnica*. O Estado promove, cria condições, fomenta, tudo expressão de uma ideia de actividade positiva orientada por fins. Em suma, o Estado é mais do que nunca activo e o seu dever de actuação no confronto com os particulares é peça central da respectiva caracterização, nos antípodas do abstencionismo próprio do Estado de Direito Liberal”. (MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 546-547).

⁴³² “Nesses casos em que há no mercado um único vendedor, ou em que há um vendedor com uma preponderância esmagadora sobre os demais vendedores, diremos que existe uma *situação de monopólio* (...) o monopolista tem, na maior parte dos casos, a possibilidade de interferir decisivamente no nível dos preços do mercado, não estando pois sujeito a encarar esse nível de preços como se fosse um *dado*. Ele terá normalmente *poder de mercado*, nem que seja nesse sentido restrito de ter a possibilidade de condicionar os preços – e por isso ele será um <<*price maker*>>, não um simples <<*price taker*>>. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 338). [com destaque no original]. Aduzindo que os

perspectiva exige determinada organização e uma técnica adequada aos propósitos de desenvolvimento e de constituição do Estado.^{434,435,436}

Seja como for, o modelo estatal intervencionista, ao reforçar a gestão privada no campo do serviço público, principalmente com a aceitação do regime de direito privado por meio das sociedades de economia mista, inicia a dissociação da noção de serviço público como sendo atividade exclusiva da gestão estatal, ainda que não se despreze, conforme já apontado, que é a subordinação ao interesse público que justifica eventuais derrogações ao direito privado.⁴³⁷

A natureza da presença do Estado na conjugação do capital misto para a prossecução de atividades de natureza social, na exploração de atividades econômicas

mercados cartelizados equivalem, na prática, aos efeitos de um monopólio: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 43-108.

⁴³³ “O facto de haver um único vendedor no mercado, ou de existir um vendedor com absoluta preponderância sobre os demais, derivará normalmente da existência de *barreiras de entrada* no mercado, as quais por sua vez resultarão de uma das seguintes circunstâncias: (...) – a de o produtor constituir um <<monopólio natural>>, no sentido de a estrutura do mercado tornar mais eficiente a presença de um único produtor do que de vários, o que fica a dever-se, em primeiro lugar, à existência de custos fixos tão elevados que os custos médios continuam a descer mesmo a níveis muito elevados de produção, mas também se pode dever à presença de *economias de escala*, verificadas as quais passa a existir a possibilidade de um só produtor conseguir, a qualquer nível de produção, a qualquer escala, custos médios inferiores àqueles que seriam conseguidos pelo conjunto de vários produtores.”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 339). No mesmo sentido: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 31. Para maior aprofundamento sobre monopólio natural sugere-se, dentre outros: POSNER, Richard. *Natural Monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999; GROSSMAN, Peter Z. COLE, Danie H. The End of Natural Monopoly: deregulation and competition in the electric power industry. In: *The Economics of Legal Relationships*. v. 7. Oxford: University Press, 2005, p. 9-38.

⁴³⁴ “Já em relação aos casos de monopólio natural, haveria algumas possíveis soluções: (i) prestação direta do Estado por meio de empresa estatal; (ii) regulação estatal das atividades prestadas por particulares; e (iii) não fazer nada. Em geral, em função dos riscos envolvidos, as duas primeiras opções – que envolvem o Estado – predominam”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 26).

⁴³⁵ Para maior aprofundamento sobre a caracterização do monopólio analisado sob a ótica do Mercado e do sistema de preços e da presença do Estado como agente econômico monopolista, recomenda-se, dentre outros: BAUMOL, Willian J.; BLINDER, Alan S. *Economics: principles and policy*. Eleventh Edition 2010 Update. South-Western: Cengage Learning, 2008, p. 197-263; MCKENZIE, Richard B. LEE, Dwight R. *In Defense of Monopoly: how market power fosters creative production*. Michigan: University Michigan Press, 2008, p. 25-64; TIXIER, Pierre-Eric (direc.). *Du monopole au marché: les strategies de modernization des entreprises publiques*. Paris: La Découverte, 2002, p. 171-198; GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure: monopoly, contracts, and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 1-38.

⁴³⁶ Poderá existir situações em que a existência e permanência de monopólio no mercado pode se mostrar mais eficiente para a sociedade. Interessante estudo desenvolvido sobre o mercado de seguros em cinco países da Europa, comprova que a presença do Estado no monopólio possibilita a redução de custos para os segurados, na medida em que seguradoras privadas tendem a aumentar custos de riscos ou reduzir coberturas sobre alguns aspectos que podem se converter em graves riscos, como por exemplo, desastres naturais. Cf. UNGERN-STERNBERG, Thomas Von. *Efficient Monopolies: the limits of competition in the european property insurance markets*. Oxford: Univesity Press, 2004.

⁴³⁷ “A presença do Estado modifica claramente o direito privado aplicável, funcionalizando-o a um quadro de interesses públicos”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 361).

sob regime de exclusividade, sugere exigir a prática de preços políticos, assim denominados por serem menores do que os preços correntes de mercado de forma a permitir, ou a justificar, a satisfação das necessidades sociais.

Sucedee, todavia, que, a vulgarização do direito privado nas mãos da Administração trouxe como consequência o alargamento da relação jurídico-privada na atividade administrativa. Quem ganhou em capacidade de intervenção foi o direito privado e a figura da relação jurídica privada e não a relação jurídica administrativa.⁴³⁸

Importante caractere a ser evidenciado na sociedade de economia mista é o fato de que a liberdade de gestão da sociedade comercial não é absoluta, vale dizer, subordina-se a orientações governamentais⁴³⁹, nem sempre alinhadas ao critério de eficiência econômica. Os caracteres da gestão administrativa privada cedem à obediência de exigências políticas e ideológicas.⁴⁴⁰

Não raro, o controle governamental sobre a sociedade de economia mista disciplina e define a política de preços da própria produção de bens e serviços, já que a empresa com poder de mercado não sofre pressão concorrencial.^{441,442}

Ademais, a questão torna-se ainda mais agravada nas situações em que a sociedade de economia mista atua na exploração de atividades econômicas sob regime de exclusividade, seja de atividade econômica em sentido estrito, ou de serviço público. Ou seja, situações em que determinado monopólio pertence a uma entidade empresarial de natureza privada e não de natureza pública, o que suscita questões de legitimidade, em especial no que se refere à apropriação pública de determinado setor do mercado, de forma permanente.

A autorização para o exercício de atividades econômicas dos quais decorrem benefícios diretos, podem definir vantagens ao ente estatal que podem estar sendo suportadas à custa da sobrecarga da própria sociedade. Explica-se: às ineficiências associadas a uma situação de monopólio de mercado em benefício do ente

⁴³⁸ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 575.

⁴³⁹ “Como nas empresas mistas o controle está concentrado em mãos de uma pessoa jurídica de direito público, o direcionamento da empresa sofre a orientação imposta pelo controlador, possibilitando que sejam efetivados os objetivos sociais justificadores da intervenção estatal no domínio econômico ou conduzindo-a ao assemelhamento com relação às sociedades privadas. Assim, os demais acionistas permanecem como meros espectadores”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 121).

⁴⁴⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 429.

⁴⁴¹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 338.

⁴⁴² “Na verdade, as empresas mistas estão sujeitas ao império da vontade do acionista do direito público”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 125).

estatal há de ser acrescida a ineficiência resultante da concorrência entre potenciais monopolistas para obtenção, e depois para a preservação, de direitos de monopólio.⁴⁴³

Vale dizer, a possibilidade de obter lucros monopolísticos induz a que sejam canalizados recursos para garantir situações de monopólio, resultando em que os custos de oportunidade desses recursos sejam também custos sociais de monopólio.⁴⁴⁴ Sinaliza, portanto, que os custos associados à atividade pública podem ser superiores aos benefícios que se visa obter.⁴⁴⁵

Com efeito, não se desconhece que as sociedades de economia mista foram concebidas para perseguir determinados interesses públicos sendo dotadas das necessárias competências, mas elas o fazem numa posição diferenciada em relação ao Estado, pois existem em seu interior interesses privados em disputa que não existem nas entidades de natureza pública.

Entretanto, as regulamentações que conferem privilégios exclusivos às corporações representam um grave e perigoso entrave à liberdade de mercado, que é acentuada pela tendência de perpetuação dessa forma de organização.⁴⁴⁶ Trata-se de uma forma de limitar a concorrência de forma muito mais eficiente e duradoura.

De fato, a manutenção desse modelo intervencionista estatal favorece a exploração de atividades econômicas mediante a prática de preços mais baixos do que os de mercado e pressupõe a permanência de monopólios nas mãos do Estado⁴⁴⁷. Ou seja, a escassez de certos bens e serviços, bem como a necessidade social de garantir preços baixos de modo a possibilitar a ampla satisfação da coletividade, ainda é a justificativa apresentada pelos Estados para a manutenção de situações de monopólio.⁴⁴⁸

Essa situação de monopólio protegida pelo Estado, na qual o poder público detentor sua titularidade, tende a estar imune à concorrência, pelo menos enquanto o mercado não se expandir, uma vez que dentro do contexto em que se formou o monopólio natural, as condições tornam inviável a concorrência. Todavia, isso não

⁴⁴³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 71.

⁴⁴⁴ *Id.*

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 45.

⁴⁴⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 32.

⁴⁴⁷ A análise das consequências perniciosas destas atuações do poder central aconselha a que nenhum estadista ou legislador possa ou deva ter a pretensão de se substituir aos privados na alocação dos respectivos recursos; seria uma tarefa desmesurada, desnecessária e uma perigosa loucura tentar substituir o mercado pela autoridade". (*Ibid.*, p. 33).

⁴⁴⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 526.

significa que a expansão do mercado não possa colocar em xeque a própria causa do monopólio natural.⁴⁴⁹

Não se pode perder de vista, entretanto, que a evolução tecnológica vai mudando, ao longo do tempo, a característica básica dos monopólios naturais, requerendo que se proceda a uma análise daquilo que foi, um dia, o núcleo essencial desses monopólios. Muitos dos serviços coletivos prestados pelo Estado que, pareciam equivocadamente gerar economias de escala, são hoje encarados como possíveis de exploração por meio de produção concorrencial.⁴⁵⁰

Muito embora se reconheça que o papel do setor público continue a ser relevante em determinados setores para a satisfação das necessidades básicas da população, o que se verifica é que o alargamento das atividades econômicas prestadas pelo Estado, baseada no privilégio, no monopólio e na autoridade, ligada a uma determinada concepção de Estado e a um certo modelo de sociedade, emite evidentes sinais de desgaste.

Não se ignora que ao longo da história o Estado para executar determinadas atividades econômicas, ignorou riscos, riscos a que o setor privado não queria, ou não quer se expor. Todavia, a notória falta de capacidade do Estado como provedor de uma pluralidade de bens e serviços, sinaliza para a necessidade de se indagar se a organização econômica por meio de exclusividade ainda apresenta vantagens no plano da rentabilidade e da eficiência social.

Como se verá, o Estado tem custos democráticos e a organização administrativa que dele é própria, dominada pela exigência de eficiência exige a planificação da mobilização dos recursos disponíveis e justificativa para a permanência de uma complexa e dispendiosa estrutura produtiva estatal. Nesse cenário, é indubitável que quem lucra é o Governo, é o próprio órgão do Estado seu beneficiário.⁴⁵¹

No Brasil, admitir que as necessidades básicas da população possam ser satisfeitas pelo setor privado, é controversa, eis que se tende a considerar, habitualmente, a entidade privada como sinônimo de negócio, do lucro fácil e de excentricidades.

⁴⁴⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 342.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, p. 353.

⁴⁵¹ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 555.

Porém, é preciso admitir que as entidades privadas, com seus respectivos regimes jurídicos, são igualmente aptas para a satisfação de necessidades básicas, bastando para tanto que se garanta a presença de controles regulatórios sobre as atividades privadas.⁴⁵²

Não se desconhece que o desempenho superior da empresa privada não é um dado inexorável da realidade, pois ele é dependente da existência de um ambiente propício aos negócios, seja em nível microeconômico ou macroeconômico, sobretudo quando envolve prestação de serviços de caráter essencial.^{453,454}

Por outra perspectiva, não se pode negar que também é controversa a permanência do Estado no setor produtivo econômico. Basta refletir sobre o fato de que o Estado não é administrado por pessoas infalíveis e invariavelmente justas, por pessoas insuscetíveis de pressões e aliciamentos, já que existe o jogo da corrupção, do compadrio e do nepotismo.

Enfim, são inúmeras as razões para se questionar se a presença do Estado no funcionamento no mercado, sob a justificativa retificadora de externalidades e do poder de mercado, rodeada de tantos riscos de ineficiência, é desejável.^{455,456}

Além disso, no setor público se registra um grave problema de incentivo, já que nele as decisões não são muitas vezes tomadas com a necessária diligência⁴⁵⁷ e eficiência que movem os interesses privados que se manifestam no mercado.

Ou ainda pior, as decisões públicas tendem a ficar reféns dos interesses privados que enxergam a oportunidade de fazerem prevalecer seus próprios interesses,

⁴⁵² MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 532.

⁴⁵³ PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁵⁴ “A privatização não garante a melhoria da eficiência economia geral. Embora o resultado possa variar conforme a extensão do programa implementado, o assunto mais importante para efeito de mudança estrutural reside na liberação da economia e criação de ambiente competitivo de mercado. A correlação entre competitividade e propriedade acionária privada está longe de ser inquestionável”. (PINTO JÚNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 57).

⁴⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 58-59.

⁴⁵⁶ “Quando se introduz a variável da influência política negativa e a existência de corrupção no setor público, a privatização transforma-se na política mais recomendada”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 56).

⁴⁵⁷ “No setor público as decisões são tomadas por funcionários que, não tendo a remuneração e a sua progressão na carreira – a sua sorte econômica, em suma – normalmente associada à eficiências das soluções adotadas não são incentivados a adotarem a diligência que teriam se dela estivessem dependentes os seus interesses pessoais”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 59).

seja pela via da pressão política e da troca de apoio eleitorais, seja pela via rasa da corrupção.⁴⁵⁸

Nesse cenário, a relação de forças entre o mercado e o Estado tende a favorecer o primeiro, e nem mesmo um ingênuo observador poderá concluir que os séculos de evolução da humanidade tenham contribuído para elevar o progresso moral e político para a salvaguarda das instituições e do interesse público.⁴⁵⁹

Porém, a própria lentidão burocrática pode impedir a necessária resposta de uma entidade estatal em face de uma evolução rápida das condições tecnológicas ou concorrencial, notadamente quando se alude à pressão competitiva ou à ausência de informações detalhadas sobre determinado caso concreto, por exemplo. Denota-se, portanto, que muitas das atitudes do Estado são dependentes de ponderações de vários níveis teóricos e práticos.⁴⁶⁰

Ao percorrer o caminho da análise da intervenção do Estado na economia e de suas razões justificativas, tem-se a possibilidade de indagar se a gestão da coisa pública, em termos de eficiência, não está sendo pior do que a solução espontânea de mercado. Para tanto, sugere-se pensar, por exemplo, na possibilidade de interferências de custos de transação nas medidas práticas concretas⁴⁶¹.

Muito embora a existência de ineficiências no mercado ou eventual manifestação de injustiça social sugiram a possibilidade de intervenção do Estado, talvez essa possa não ser a medida mais adequada em termos de eficiência econômica e social.

Para essa decisão, caberá arguir se a intervenção estatal irá (i) aumentar a eficiência; (ii) ter impacto redistributivo desejável, e (iii) será prosseguida a um custo razoável. A resposta negativa a qualquer uma dessas questões sugere a presença de falhas de intervenção.⁴⁶²

⁴⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 59.

⁴⁵⁹ *Id.*

⁴⁶⁰ “Talvez o primeiro indicador de relevância prática da ciência econômica tenha residido precisamente na advertência contra essas falhas de intervenção, contra essa incapacidade congênita do Estado para promover sozinho o bem comum sem recorrer à colaboração da ordem espontânea do mercado, sem subalternizar até as suas pretensões mais arrogantes à primazia dos mecanismos que no mercado se manifestam – em suam, sem devolver, ao menos na actividade económica, alguma da soberania directa aos seus cidadãos”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 59-60).

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 60.

⁴⁶² *Id.*

Por essas e outras razões que, quando se está diante da apropriação estatal de setores produtivos, que suscita problemas relativos à eficiência do setor público, em regra resolvidos por meio da criação de entidades dotadas de dinâmica empresarial⁴⁶³, deverá se indagar se a produção pública apresenta vantagens sobre a produção privada.

Sob determinada perspectiva, é possível afirmar que a sociedade comercial é uma estrutura maleável e perfeitamente compatível com a prossecução de interesses públicos. Entretanto, não se pode perder de vista que a privatização dos fins não é concebível, sob pena de ilegalidade.⁴⁶⁴

Vale dizer, o núcleo da finalidade da sociedade formada não pode ceder a desvios, sob pena de perda da condição indissociável à manutenção da legalidade de atuação do poder público.⁴⁶⁵ Para tanto, faz-se necessário o cotejo entre a noção de sociedade de economia mista, seu objetivo social e a persecução do lucro⁴⁶⁶.

De fato, a existência de uma sociedade de economia mista somente pode ser justificada mediante o atingimento dos fins indispensáveis ou socialmente desejáveis que fundamentaram sua criação. Essa situação parece conferir um caráter de transitoriedade para a sociedade de economia mista, sugerindo o retorno do empreendimento à iniciativa privada tão logo estejam afastadas as situações de exceção que justificaram sua criação e manutenção.⁴⁶⁷

Em última análise, o ente público não deveria atuar em concorrência com o particular, em empreendimentos com caráter lucrativo, a menos que exista uma situação excepcional de privação da oferta privada ou de monopólio com abuso do poder econômico que justifique tal atuação.^{468,469}

⁴⁶³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 605.

⁴⁶⁴ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 578.

⁴⁶⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 121-122.

⁴⁶⁶ “No plano macroeconômico, a listagem de empresas estatais em bolsa de valores contribui para o desenvolvimento do mercado de capitais doméstico e fortalece a cultura de investimentos em ações como alternativa de poupança de longo prazo. (...) O ingresso de acionistas minoritários altera significativamente a dinâmica interna da empresa estatal. A introdução da cultura de negócios reforça o compromisso com a lucratividade, mediante o aumento da produtividade e a melhoria da gestão, especialmente no que se refere à redução de custos administrativos e eliminação da força de trabalho redundante. A implantação dessas medidas de ajuste é particularmente penosa no setor público, havendo tendência natural de transferir o ônus da ineficiência ao preço de bens e serviços fornecidos pela Companhia. A nova conjuntura societária coloca ainda a companhia e seu acionista controlador diante do desafio de conciliar interesse público com a finalidade lucrativa, levando em conta as expectativas de retorno financeiro do mercado de capitais”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 74-75.)

⁴⁶⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 122.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 128.

Afinal, o protagonismo econômico do Estado não se justifica apenas a partir de uma pretensa lógica triunfante para a otimização econômica por via política.^{470,471}

Para tanto, sugere-se guardar sempre uma reserva crítica quanto ao papel do Estado e das suas interferências no mecanismo econômico, afinal é indubitável que a organização do Poder Público para a realização de tarefas administrativas traz à lume o papel da influência de grupos de pressão⁴⁷² organizados e encabeçados por grupos de interesse e partidos, na tomada de decisões.⁴⁷³

2.1.3 A natureza política da ação interventiva estatal: a influência da burocracia⁴⁷⁴ e dos grupos de interesse na escolha pública

Ao deixar o Estado de confiar na capacidade do mercado de resolver espontaneamente as falhas econômicas e sociais, a aparente neutralidade política do

⁴⁶⁹ Em sentido contrário defendendo que empresas estatais devem competir em igualdade de condições com as empresas privadas presentes no mercado: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 60.

⁴⁷¹ “E há boas razões para que assim seja. Com efeito, a gestão directa pelo Estado daqueles serviços (ou indirecta, mediante um instituto público ou um *ente público empresarial*) tem graves inconvenientes do ponto de vista da respectiva eficácia, como é sabido. Acresce que faleceu a justificação ideológica para o serviço público a preços baixos prestado aos utentes e que residia na sua cobertura através de orçamento estadual financiado por impostos altamente progressivos de modo a fazer cair o custo respectivo sobre os detentores de maiores rendimentos. A complexidade da pirâmide social contemporânea e as progressivas exigências de qualidade de serviço prestado esboroaram tal justificação (...) esta não pode suportar crescimento desmesurado das despesas públicas que a directa (ou indirecta) prestação do serviço público acarreta. O monetarismo das concepções económicas dominantes desaconselha também esta solução”. (MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 585.)

⁴⁷² Grupo de pressão é todo “grupo de dotado de meios humanos e materiais necessários e suficientes – e da vontade de usá-los ativamente- para a promoção de objetivos, até vê-los atingidos. Atua perante toda a sociedade, ou diante de órgãos do Estado – legislativo ou executivo- com competência para mudar ou manter o status quo referente ao seu interesse” (FARHAT, Said. *Op. cit.*, p. 145.). Segundo Maria Paula dos Reis Vaz Freire, “os grupos de pressão constituem-se um subconjunto dos grupos de interesse, formando-se com o objetivo e tendo como actividade normal a pressão política junto dos poderes públicos. A capacidade de pressão depende do efeito de dimensão do grupo, entendido enquanto susceptibilidade de mobilização eleitoral, e/ou do efeito de acção política, traduzido pelo controlo de sectores económicos vitais, ou pelo controlo ou acesso privilegiado a meios de comunicação social”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 64.)

⁴⁷³ “Quanto maior for a pressão exercida por um grupo de interesse, maior será a sua influência sobre os decisores políticos e maiores serão os benefícios dela resultante. Esta pressão encontra, como limite, as perdas totais de bem-estar, que se originam quando a perda de bem-estar, por parte dos grupos menos eficiente, é maior do que o ganho correlativo obtido pelo grupo mais eficiente”. (*Ibid.*, p. 68.)

⁴⁷⁴ “A burocracia evoca paixão. A maioria das pessoas associam o termo a um mundo de papéis, de lentidão nas decisões, de irresponsabilidade, de arbítrio, de opressão. E, no entanto, nada mais presente na sociedade moderna do que a burocracia. Não se fala dela apenas a propósito dos funcionários públicos e da influência que exercem no governo dos países e respectiva vida social. Aplica-se hoje, por extensão, a quaisquer administrações ou empreendimentos do sector privado”. (FERNANDES, José Pedro; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Dicionário da Administração Pública*. v. 2. 2. ed. Coimbra: Narciso Correia, 1990, p. 752).

mercado é substituída por um modelo de regulação baseado não mais na abstenção do Estado, mas sim na sua presença direta, mediante sua *mão visível*^{475,476}

Nesse contexto, a intervenção estatal passa a ser politicamente comprometida e estruturalmente funcionalizada para determinados objetivos macroeconômicos⁴⁷⁷ que retiram do Estado a pretensa auréola de neutralidade. A política passa a conduzir sua ação e a intervenção econômica e social passa a ser o terreno por excelência para as políticas públicas.⁴⁷⁸

A análise de políticas públicas⁴⁷⁹ sob a problemática relacionada ao padrão de intervenção do Estado, em que as questões de natureza institucional ou mais políticas são pouco exploradas, evidencia questões relativas a processos decisórios e grupos de interesses na própria formulação das políticas públicas.⁴⁸⁰

Com efeito, detecta-se que a ação estatal produz efeitos acumulados que ora se sedimentam, consolidando-se em meios e instrumentos específicos de agir e, ora se diluem, destruindo-se de forma recíproca como formas tradicionais de atuar.⁴⁸¹

⁴⁷⁵ A expressão é utilizada por Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira. Cf. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2008. Os autores fazem a ressalva que Alfred Chandler Jr, é autor de um livro com o mesmo título em inglês (*The Visible Hand, The Managerial Revolution in American Business*, 1977), embora a obra possua sentido diferente, abordando o papel dos gestores na condução de empresas no mercado.

⁴⁷⁶ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 599.

⁴⁷⁷ “A actividade de um todo nacional não é uma realidade estável, que, apresentando uma identidade única e coesa, não suscite problemas relacionados com flutuações. O desenvolvimento dos recursos que uma economia dispõe pode determinar o seu crescimento, isto é, o aumento sustentado, cumulativo, dos valores que representam globalmente os resultados de todos os seus processos produtivos combinados; todavia, isso não significa que esse crescimento seja linear, que não ocorram sobressaltos, acelerações e desacelerações ao longo desse processo, e que não possa mesmo ocorrer, em consequência disso, uma inversão da tendência geral para o crescimento, um empobrecimento global da economia. (...) Para explicação destes fenómenos que alegadamente escapariam, pela sua dimensão da lógica interna, ao domínio auto-regulador do mercado é que se concebeu a disciplina da Macroeconomia, a qual versaria essencialmente os problemas de crescimento, inflação, e desemprego tal como eles podem manifestar-se no âmbito de uma economia integrada, uma economia estadual – versando ainda a repercussão externa que esses fenómenos poderiam ter na posição de uma economia nacional dentro do quadro das relações económicas internacionais”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 633-634).

⁴⁷⁸ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 600.

⁴⁷⁹ A análise de políticas públicas, entendida *lato sensu* como a análise do “Estado em ação”, decorre de uma tradição intelectual de forte identidade anglo-saxónica, mais especificadamente norte-americana, que remete ao progressionismo americano e reformismo republicano e que deixaram raízes no otimismo desse campo disciplinar que se funda, dentre outros, no suposto das virtudes do *good government*, e que os problemas do governo podem ser equacionados pelo uso do conhecimento social. (MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In: MICELI, Sergio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*: Ciência política. São Paulo/Brasília: Sumaré/ANPOCS/CAPES, 1999, v. III, p. 61).

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 68.

⁴⁸¹ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 38.

Para ultrapassar essa dificuldade, o Governo e a organização administrativa devem encontrar formas alternativas de agir no quadro constitucional, modernizando-se e, ao acompanhar cada movimento de seu tempo, reinventando-se.^{482,483}

Não é por outra razão que constata-se que, mesmo entre países com o mesmo grau de desenvolvimento econômico existem disparidades significativas quanto à dimensão e ao peso do Estado na economia, relacionadas a questões de protagonismo e objetivos do Estado na condução de variáveis econômicas, porém, também com inércias e tradições institucionais, preferências culturais e políticas, com caracteres demográficos, opções tecnológicas e, principalmente, com o jogo de barganha que subjaz às decisões públicas.⁴⁸⁴

Fato é que das decisões públicas resultam, por natureza, benefícios e custos desiguais para os membros da sociedade que evidenciam problemas de utilização do processo público como instrumento de atribuição e manutenção de vantagens por parte de alguns.⁴⁸⁵

Afirma-se que o resultado da escolha pública joga luz à ideia de que existe um mercado político⁴⁸⁶ para o desenrolar de uma estratégia de jogo⁴⁸⁷ a explicar as condutas nesse mercado e, que as estruturas institucionais e constitucionais podem ser decisivas para balizar e moldar essas condutas.⁴⁸⁸

A análise do sistema político pela ciência econômica é correntemente denominada de *Public Choice*⁴⁸⁹ direciona-se para o estudo das escolhas⁴⁹⁰ que os

⁴⁸² GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 39.

⁴⁸³ “E têm de se reinventar porque os fenômenos sociais, tendencialmente diferentes, imprevisíveis e complexos, no sentido de não uniformes, não esperados e de difícil percepção, não podem originar uma acção estatal em permanente <<estado de necessidade>> transformando uma situação de excepção numa situação de normalidade. Um Estado que se identifica e se revê a agir num permanente <<estado de necessidade>> é um Estado onde o direito tem dificuldade em se assumir como sentido da acção e o poder tende a absolutizar-se”. (*Ibid.*, p. 41).

⁴⁸⁴ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 615.

⁴⁸⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 70.

⁴⁸⁶ “A par da concorrência do mercado existe também um mercado de concorrência política. (...) a concorrência do mercado é contínua pois o comprador confronta-se com um contexto em que a aquisição é sempre possível, podendo optar entre diferentes vendedores; a concorrência política é intermitente pois o contexto de compromisso é temporário (...) A concorrência política está na origem de importantes falhas de intervenção...”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis. *Op. cit.*, p. 116).

⁴⁸⁷ Para um aprofundamento sobre o entrelaçamento entre a Teoria Política e a Teoria dos Jogos, sugere-se: GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Principles and Methods of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*. Cambridge: University Press, 2005, p. 37-71.

⁴⁸⁸ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 615.

⁴⁸⁹ “É em James Buchanan e Gordon Tullock que encontramos as raízes da moderna teoria da <<escolha pública>> - porventura um capítulo de uma mais vasta teoria da <<escolha social>>, e um sub-capítulo da <<Economia de Bem-Estar>> -, que poderíamos sintetizar como uma desvalorização desencantada, ou

diferentes agentes, indivíduos ou grupos, fazem num determinado ambiente institucional de interação. Por meio de ferramentas da ciência econômica, verificou-se ser possível a construção dessa teoria das decisões coletivas da qual, simultaneamente, obtém-se meios para construir uma teoria política.^{491,492}

Percebe-se que uma especial dificuldade inerente à atuação do Estado se assenta no fato de que essa mesma atuação deve resultar de uma escolha pública, e não de uma opção individual, exceto para a situação de exercício de poder absoluto e ditatorial. Assim, o próprio comportamento do Estado, em condições ideais, deve refletir os interesses e as escolhas de um grande número de pessoas, da maioria em se tratando de matriz democrática, ou ao menos de uma pluralidade de interesses que livremente se expressem no jogo político e na atividade econômica.⁴⁹³

Contudo, importa destacar que para a teoria da escolha pública – *Public Choice*⁴⁹⁴ -, o mecanismo central de formação da vontade coletiva não é a votação democrática, mas a forma de negociação, de barganha, de votos, a qual permite associar

mesmo cínica, dos arrebatamentos ideológicos relativos à existência, ou mesmo à necessidade, de uma <<vontade geral>> funcionalizada à proeminência de um <<bem comum>>, tendendo antes a encarar o fenómeno político como uma confluência de interesses particulares irreconciliáveis, que o Estado limita-se a gerir *marginalmente* através do estabelecimento de escalas de preferencias neutras a quaisquer valorações prévias...”. (*Ibid.*, p. 613); BUCHANAN, James M; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy*. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Liberty Fund Inc., 2000. Disponível em: <<http://www.econlib.org>>. Acesso em 25 abr. 2013.

⁴⁹⁰ “Um dos fenómenos mais estudados na literatura da escolha pública é o crescimento ao longo do século XX da dimensão relativa e absoluta do sector público nas economias ocidentais”. (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 130). Existem várias abordagens sobre o fenómeno do crescimento do setor público, dentre elas, destaca-se: PELTZMAN, Sam. *The growth of government*. *Journal of law and economics*. vol. 23. n. 2. Oct. 1980. p. 209-287. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725128>. Acesso em: 23.ago.2013.

⁴⁹¹ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁹² “...em ambas as ciências o indivíduo é representado pelas suas preferências e as duas recorrem ao conceito de equilíbrio. Isso não quer dizer que em economia e em política o equilíbrio signifique a mesma coisa, mas ambas respondem à mesma questão: quais são as características de um equilíbrio econômico (político) em determinadas condições? O requisito fundamental é descrever as relações em que ‘condições de equilíbrio’ se mantêm entre os elementos relevantes, e podem recorrer à Matemática, pois esta adequa-se à representação de um número de variáveis interdependentes, cada uma influenciando e sendo influenciada por outras. Os fenómenos económicos e políticos prestam-se a ser representados dessa forma. As teorias que os descrevem são passíveis de ser objeto de testes empíricos, de modo a produzir contraprova científica (...) as duas ciências enquadram-se numa única, definida como ‘Teoria das Escolhas’ (Económicas e Políticas)”. (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 5-6).

⁴⁹³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 617.

⁴⁹⁴ “Muito sinteticamente, dir-se-á que coexistem na <<Public Choice>> duas vertentes, uma mais ligada a problemas de formação da vontade política, a votações, a impossibilidade de agregação de preferências, outra incidindo na acção dos grupos de pressão em alternativas à forma paradigmática de formação da vontade política legítima nas democracias, com crescente predominância desta segunda vertente <<stigleriana>>”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 89-90).

à votação uma medida de intensidade e não de simples ordenação de preferências. Esse fenômeno, denominado de *logrolling* é tido como a própria base de mercados de favores políticos, ou simplesmente, como mercado político.⁴⁹⁵

Essa lógica permite compreender que um país possa ser governado por um partido minoritário⁴⁹⁶, mediante simples arranjo entre líderes parlamentares, que é possível um governo desviar-se amplamente da eficiência econômica sem necessariamente ser punido em termos eleitorais e, ainda, essa mesma lógica permite explicar a paralisia de certos decisores políticos, que pretendem apenas garantir sua subsistência no mercado negro de favores políticos, sem contudo terem que disputar a prevalência do interesse do grupo que representa e suportar os custos de persuasão.⁴⁹⁷

Nesse cenário, vislumbra-se que a possibilidade de formação de uma escala de preferências relativas à coisa pública, essencial para a compreensão da racionalidade econômica⁴⁹⁸, tende a ficar comprometida no plano coletivo.⁴⁹⁹

O sistema político constitui-se o espaço no qual se configura a interação das preferências individuais, a partir da qual se produz a escolha pública.⁵⁰⁰ Todavia, a teoria da escolha pública sustenta que metodologia da racionalidade individual não

⁴⁹⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 616.

⁴⁹⁶ “...são as minorias interessadas que conseguem crescente intervenção pública a seu favor a despeito da maioria desinteressada”. (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 6).

⁴⁹⁷ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 616.

⁴⁹⁸ “A Ciência Econômica fornece, pois, à Ciência Política, meios de aferição das instituições políticas como equilíbrios dentro de processos de interdependência e de agregação, que por isso estão *formalmente* sujeitos a requisitos estritos de racionalidade e de estratégia, resultantes até do seu carácter contratual, conquanto na realidade estejam *materialmente* presos às limitações circunstancialmente impostas às manifestações dessa racionalidade”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 615).

⁴⁹⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*. 3. ed. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012, p. 617. “É que os pontos de vista veiculados pelos grupos de interesses organizados representam interesses parcelares de grupo, muitas vezes fechados sobre si mesmos e não elementos constitutivos de uma vontade geral homogênea; estão muito mais virados para a resolução de problemas concretos, de imediatos, e marcados por certas contingências, do que para a fixação impessoal de normas de conduta relativamente a problemas de interesse geral da sociedade”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*, p. 65).

⁵⁰⁰ Para maior aprofundamento sobre as formas de cooperação entre diversos atores sociais, sob a ótica da teoria econômica da escolha pública, recomenda-se: MULLER, Dennis C. *Perspectives on public choice: a handbook*. Cambridge: University Press, 1997, p. 21-148; PALDAM, Martin. Are Vote and Popularity Economically Correct? In: ROWLEY, Charles K. SCHNEIDER, Friedrich (editors). *The Encyclopedia of Public Choice*. New York: Klumer Academic Publishers, 2004, p. 49-59; CRAIN, W. Mark. Institutions, durability, and the value of political transactions. In: SHUGHART II, Wilian F. RAZZOLINI, Laura. (editors). *The Elgar Companion to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar, 2001, p. 183-196; SHUGHART II, Wilian F. TOLLISON, Robert D. Public Choice in the new century. In: SHUGHART II, Wilian F. TOLLISON, Robert D. (editors) *Political Challenges and Political Responses: public choice perspectives on the post-9/11 world*. Mississippi: Springer, 2005, p. 1-18.

garante que as decisões sociais sejam sempre racionais⁵⁰¹, tendo em vista que os resultados coletivos das interações entre indivíduos nem sempre correspondem aos anseios das quais delas participam, conduzindo, inúmeras vezes, a resultados que podem ser classificados como irracionais do ponto de vista social.^{502,503}

A concepção proposta pela *Public Choice* evidencia o princípio do interesse individual, desenvolvido no âmbito da análise de comportamento de mercado, para o domínio da decisão pública.⁵⁰⁴

Nesse sentido, a economia da escolha pública revela que a visão dos burocratas⁵⁰⁵ altruístas, empenhados, *a priori*, na realização do interesse público é substituída pela idéia de que são movidos pelo interesse próprio, tal como na economia de mercado e, por esse motivo lhe são aplicáveis os instrumentos de análise econômica.⁵⁰⁶

Entretanto, dessa análise não se deve inferir que a burocracia seja composta apenas por malfeitores que objetivam aproveitar-se do dinheiro público para a satisfação de seus próprios interesses, mas sim que pelo fato desse grupo possuir o poder de

⁵⁰¹ ARROW, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. 2nd. ed. New Arsen: Yale University Press, 1963. Disponível em: <<http://cowles.econ.yale.edu/P/cm/m12-2/>>. Acesso em: 28 abril. 2013, p. 1-5. Segundo o autor, numa democracia capitalista há, essencialmente, dois métodos segundo os quais a escolha social pode ser feita: pela votação, tipicamente usada como forma ‘política’ de decisão, e pelo mecanismo de mercado, tipicamente utilizado para decisões de ‘mercado’. O autor destaca ainda que, em vários países de economia mista, os dois métodos de escolha são utilizados de forma conjugada e, também que os comportamentos individuais pouco podem ser explicados a partir do paradigma da racionalidade individual, tendo em vista que os indivíduos estão envolvidos numa experiência própria, influenciados por prêmios, castigos e condicionados pelo meio social, inclusive por condutas religiosas, que atuam como forças que guiam suas ações e escolhas.

⁵⁰² CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 6.

⁵⁰³ Para maior aprofundamento sobre o comportamento e a influência política de grupos de interesse, em especial sobre a modelagem matemática que demonstra o comportamento de incentivos individuais no processo de decisão da escolha pública, sugere-se, dentre outros: WINDEN, Frans Van. Interest Group Behavior and Influence. In: ROWLEY, Charles K. SCHNEIDER, Friedrich (editors). *The Encyclopedia of Public Choice*. New York: Klumer Academic Publishers, 2004, p. 118-128.

⁵⁰⁴ “É também o interesse próprio que orienta a conduta dos políticos, dos burocratas, dos grupos de pressão e dos eleitores”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 116).

⁵⁰⁵ “O conceito ‘burocratas’ abrange toda a hierarquia do funcionalismo público, mas abarca fundamentalmente um grupo que detém um efectivo poder de gestão sobre os fornecimentos públicos. O ‘output’ dos burocratas não é diretamente mensurável como acontece com os bens produzidos no mercado (...) O que talvez contribui com mais força para o poder privilegiado do burocrata é a sua posição para aceder, seleccionar e controlar a informação. Define-se esse privilégio como a prevalência de um poder de monopólio (...) O perigo reside na circunstância de alguns grupos, designadamente a burocracia, deterem poder de monopólio para o impor a toda a sociedade”. (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 19-20).

⁵⁰⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 47.

monopólio da informação, é possível que seus interesses sejam impostos sobre toda a coletividade, por meio da decisão da escolha pública.⁵⁰⁷

Os burocratas são, como todos os demais grupos, motivados pelo interesse próprio e atuam de acordo com a racionalidade humana.⁵⁰⁸ Afirma-se que os burocratas seguem estratégias individuais, mais interessados na sua promoção do que na maximização de valores coletivos.⁵⁰⁹

Contudo, a existência de interação entre os diversos agentes do sistema político, dentre eles órgãos do governo, Assembléia Legislativa, tribunais, são outras formas de abordagens que concorrem com a hipótese de poder de monopólio da informação pública pelos burocratas para imposição de seus interesses sobre a coletividade, para a escolha pública. Algumas teorias das organizações públicas⁵¹⁰ abordam enfoques sobre o controle de gestão e informações dependentes do poder político e as ações estratégicas que nelas se desenvolvem, cujo aspecto principal está relacionado com o controle e poder das organizações hierarquicamente superiores sobre suas subordinadas.⁵¹¹

Está para além dos objetivos deste trabalho uma análise das diferentes abordagens sobre o jogo de competição entre agentes institucionais, dos quais a burocracia é apenas um.⁵¹² Todavia, refletir sobre o papel da burocracia é importante porque possibilita que se considerem as condicionantes de oferta no fornecimento de bens e serviços públicos⁵¹³, afetada pelas preferências que norteiam as escolhas daqueles que efetivamente produzem e fornecem os bens e serviços públicos.⁵¹⁴

⁵⁰⁷ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 21.

⁵⁰⁸ CULLIS, John; PHILIP, Jones. *Microeconomics and the Public Economy: a defense of leviathan*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

⁵⁰⁹ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 22.

⁵¹⁰ NISKANEM, Willian. *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971; BRETON, Albert; GALEOTTI, Gianluigi; SALMON, Pierre; WINTROBE, Ronald (editors). *Understanding Democracy*. Cambridge: University Press, 1997.

⁵¹¹ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 21.

⁵¹² “O vasto conjunto de literatura empírica sobre o poder de influência dos grupos de interesse aponta um conjunto de conclusões que dependem muito da especificidade da construção dos modelos e do tipo da escolha pública em causa. Deixaram claro que o poder da maioria não é sempre determinante e as minorias conseguem decisões que lhes são favoráveis, pois os eleitores individualmente considerados não têm incentivo para obter informação e é muito difícil que se organizem na constituição de um grande grupo de interesse, que evite ‘desvios’ às suas preferências”. (*Ibid.*, p. 137).

⁵¹³ “O papel dos burocratas não pode ficar fora desta problemática (...) este grupo de interesse poderoso pretende aumentar o seu prestígio e poder maximizando o tamanho do Estado. Favorecerá assim, ações que levem uma dimensão pública excessiva. Tendo em conta o seu acesso privilegiado à informação, a sua interferência na implementação das decisões e o poder de controlo de agenda, não será de

Detecta-se que o modelo de ação dos burocratas não deve ser tratado isoladamente, mas enquadrado com outras hipóteses que consideram a ação de outros grupos de interesse na escolha pública, uma vez que diversos grupos concorrem entre si para a obtenção de benefícios.⁵¹⁵

Observe-se, por exemplo, que os políticos também irão apropriar-se de parte dos benefícios dos burocratas. Como na realidade existem vários tipos de serviços fornecidos por diferentes burocratas e políticos, e que no espaço de decisão de cada um deles existe pressão atuante de diferentes grupos de interesse, a medição dos ganhos e perdas torna-se complexa.⁵¹⁶

Essa é uma das razões pelas quais se afirma que nas democracias atuais não se governa em nome do povo, mas em nome dos grupos que possuem especial influência no governo.⁵¹⁷

Fato é que o processo da escolha pública evidencia que o fenômeno político é resultante do fato de que não existe uma solução espontânea que promova, de forma eficiente, o bem-estar coletivo, uma vez que toda decisão coletiva é permeada de custos de interdependência que não se equilibram automaticamente como aconteceria em um verdadeiro mercado.⁵¹⁸

No mercado da escolha pública existem custos de persuasão⁵¹⁹ em que é preciso incorrer para que os grupos de interesses transijam e apoiem determinado programa político, mesmo que esse não se coadune com seus interesses genuínos, além disso, ainda existem custos externos em que alguns votantes se sujeitam por se encontrarem do lado minoritário das decisões que acabam por ser definidas.⁵²⁰

menosprezar a sua capacidade para conseguir a escolha pública que o beneficiar". (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 131).

⁵¹⁴ "O burocrata monopolista usa seu poder para capturar o excedente de consumidor no serviço que é monopolista (...) o poder dos burocratas como força de oferta é uma hipótese plausível de explicar o crescimento da dimensão do setor público". (*Ibid.*, p. 26).

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 22.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 31.

⁵¹⁷ NISKANEM, Willian. *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971; BRETON, Albert; GALEOTTI, Gianluigi; SALMON, Pierre; WINTROBE, Ronald (editors). *Understanding Democracy*. Cambridge: University Press, number 9780521582360, November, 1997.

⁵¹⁸ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 614.

⁵¹⁹ "Os custos de persuasão serão tanto maiores quanto maior for a heterogeneidade populacional e a independência dos grupos de interesses (quanto menor for o consenso já adquirido sobre a natureza dos bens a produzir publicamente, e de acordo com que prioridade na formação de um <<capital social>>); e os custos externos serão tanto maiores quanto mais vitais forem os interesses sujeitos a um processo de decisão coletiva...". (*Id.*)

⁵²⁰ *Id.*

Por essa razão que à teoria da escolha pública interessa analisar esses fortes argumentos no sentido da ineficiência do Estado, originados pelo poder que os burocratas e políticos⁵²¹ possuem para desviar a escolha pública daquela que seria a preferência da maioria dos eleitores.

Na realidade, políticos e burocratas possuem inúmeros interesses em comum, os quais podem divergir significativamente das preferências de uma maioria de eleitores qualificada como desinteressada⁵²² de assuntos mais específicos, notadamente aqueles que demandam maior acesso a informações técnicas, porém que podem ser de especial interesse para pequenos grupos.⁵²³

Ocorre que o total das ineficiências associadas à procura de obtenção de privilégios resulta não apenas do somatório das perdas geradas pelo dispêndio de recursos por parte dos agentes privados, isolada ou concertadamente por meio dos grupos interessados na sua obtenção e manutenção, mas também dos recursos dispendidos pelos agentes da Administração Pública, interessados em ocupar e permanecer numa posição que lhes permita auferir benefícios especiais.⁵²⁴

Fato é que vários estudos realizados⁵²⁵ pela ciência econômica demonstram que a burocracia é um forte grupo de interesse, não apenas porque luta pelas suas preferências, mas porque ao fazê-lo promove os interesses dos grupos mais influentes, tendo em vista que as instituições políticas conferem aos burocratas, determinado grau

⁵²¹ “Os políticos não têm um papel muito diferente dos burocratas no processo político, embora sejam confrontados periodicamente com o voto dos eleitores. Sentem a necessidade de reconquistar o eleitorado e isso pode ser uma diferença importante. Contudo, da mesma forma que o burocrata, o incumbente com uma dada função executiva vai procurar maximizar o tamanho do seu orçamento, pois este tem uma relação directa com o seu poder, influência ou rendimento. Assim, uma estratégia será apresentar programas que simultaneamente maximizem o orçamento e lhes assegure uma maioria de votos. Para além do mais estão cientes de que o orçamento pode exceder significativamente o que seria preferido pelo votante mediano e isso não implicar a maioria dos votos. A explicação reside no facto da maioria dos eleitores estar muito mal informada acerca das decisões e no poder dos políticos para fixar e controlar a agenda...” (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 29.)

⁵²² “O facto de haver incerteza quanto às necessidades dos constituintes e a existência de deficiências na recolha de informação quanto às preferências dos indivíduos estão na origem do problema”. (CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 31).

⁵²³ *Id.*

⁵²⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 72.

⁵²⁵ Dentre outros, destaca-se: DUNNE, Stephanie; REED, W. Robert; WILBANKS, James. Endogenizing the median voter: public choice goes to school. In: *Public Choice*. vol. 93. n. 1 e 2. 1997, p. 99-118; ROMMER, Thomaz; ROSENTHAL, Howard. Bureaucrats versus voters: on the political economy of resource allocation by direct democracy. In: *Quarterly Journal of Economics*. vol. 93. Winter, November, 1979, p. 563-587; DUNLEAVY, Patrick. *Democracy, bureaucracy and public choice*. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1991.

de domínio da agenda política.⁵²⁶ Os burocratas impulsionam o crescimento do setor público, na medida em que favorecem ações que levam a uma dimensão pública excessiva, em face do seu poder de agenda e de sua interferência nas implementações de decisões públicas.⁵²⁷

A análise proposta pela teoria da escolha pública assume uma visão apoiada na racionalidade dos agentes e nas características das instituições políticas⁵²⁸. Além de possibilitar o confronto entre o mercado político e o mercado econômico, a sua combinação permite apreender o melhor comportamento em cada um desses níveis. Ao unir o político e o econômico, o estudo da escolha pública chama a atenção para o desenvolvimento do processo de decisão coletiva inserido naquilo que a teoria denomina de mercado político.

Ainda que se afirme que os modelos de influência dos políticos e burocratas sejam incompletos para enfrentar todas as formas de escolha pública que se desviam da vontade da maioria⁵²⁹, pelo menos até o momento, a análise revela que é um caminho que não pode ser desconsiderado.

Afinal, a decisão que se produz num contexto político, no qual prevalece a situação de concorrência imperfeita no mercado político entre grupos de interesse, a informação está assimetricamente distribuída e que, não raro, consubstancia-se em programas públicos cujos custos são dispersos para toda a população, mesmo que a soma dos custos difusos seja muito superior à dos benefícios, gera ineficiência do Estado a ser combatida.

Em suma, de acordo com a proposta da teoria da escolha pública, não se deve perder de vista que o interesse próprio incentiva a formação de grupos de interesse e que o sistema político fornece o contexto interativo para sua ação. Ademais, a teoria revela a importância de se descrever os mecanismos pelos quais as escolhas dos indivíduos racionais em determinado ambiente institucional pode levar a resultados políticos não desejados pela maioria ou ainda, irracionais.⁵³⁰

É, pois, sob essa perspectiva que defende-se que o modelo organizacional da Administração deve considerar alguns conceitos sensíveis, tais como a relação com o

⁵²⁶ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 51.

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 131.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁵²⁹ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 48.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 55.

ambiente institucional, notadamente a separação entre política e administração, a função administrativa essencial, a discricionariedade, o controle e a forma de relacionamento com o cidadão.

A preocupação, entretanto, revela-se no que diz respeito ao necessário enquadramento jurídico-político da organização administrativa do Estado, que atualmente tem se traduzido na intensa politização do poder administrativo e na crescente interferência do poder político sobre as sociedades de economia mista.

Note-se, aliás, que a sociedade empresarial estatal, objeto de estudo, não escapa da possibilidade de sujeição a um comportamento oportunista do acionista controlador público, capaz de provocar prejuízo ao patrimônio societário, como por exemplo, por meio da realização de práticas condenáveis de clientelismo político e no desvirtuamento do seu objeto estatutário visando a atender metas de política macroeconômica a ele estranhas.⁵³¹

Denota-se que o empresário-político atua assumindo a liderança na disputa contra determinados grupos de interesse, impondo-lhes restrições públicas onerosas, todavia aceitas pela generalidade da opinião pública, em troca do apoio da maioria.⁵³² Na procura por apoio, os empresários políticos podem fornecer aos eleitores informações sobre outras ineficiências do setor em que atuam e sobre os acréscimos de bem-estar decorrentes da mudança do *status quo*, de tal forma a incentivar a pressão para mantê-la.

Em face da incidência desses fatores, os estudos referentes à organização administrativa passam a ganhar importância que anteriormente não se outorgava.⁵³³

Compreende-se claramente que a adoção de um ou outro modelo de organização administrativa tem reflexos imediatos na relação do cidadão com a Administração assim como nas relações entre os demais entes administrativos. Enfim, não existe neutralidade na organização administrativa.⁵³⁴

Nesse cenário, os desafios impostos à Administração Pública na atualidade são impulsionados, em grande parte, pela busca do equilíbrio e da interdependência entre poder político e poder administrativo e sua crescente problematização sob o

⁵³¹ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 71.

⁵³² FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 73.

⁵³³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 65. [tradução livre]

⁵³⁴ MONCADA, Luís S. de Cabral. *A relação jurídica administrativa*, p. 557.

âmbito das decisões do Estado, diante de um processo que propugna por uma menor intervenção do Estado e pela busca de maior eficiência e tecnicismo da gestão administrativa.

2.2 SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: CONVENIÊNCIA, CONTROLE E TENDÊNCIAS DISFUNCIONAIS

É sabido que as empresas estatais apresentavam movimentos que as colocavam ora como sujeito ora como objeto da política econômica, tais como suas políticas de preços, de venda e de investimentos.⁵³⁵

Fato é que a diversidade de lógicas de atuação, suas inserções setoriais e outros elementos estranhos à sua gênese, contribuem para desmanchar a ilusão de convergência, obediência e liderança das empresas estatais brasileiras no caso de um ciclo expansivo econômico.⁵³⁶

Ainda que as empresas estatais tenham sido utilizadas como instrumento de política econômica, e com frequência o foram, no Brasil a ação estatal não se concentrou na sua liderança e sim em seu poder absoluto como grande empresa vencedora, compradora, subsidiadora da economia, sem contudo, exercer uma ação articulada econômica em conjunto.⁵³⁷

Afirma-se que, em sua apresentação teórica, o Estado pode ser visto como o soberano legal a controlar a atividade econômica, como o juiz que regula conflitos econômicos, como um agente econômico ou como um agente político que promove ou obstaculariza o desempenho econômico.⁵³⁸

Fato é que a análise de objetivos e metas se associa a disputas técnicas sobre formas adequadas e a direção da intervenção da economia, bem como evidencia as disputas políticas dela decorrentes sobre o papel do Estado na alocação e distribuição de recursos.

⁵³⁵ DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 16.

⁵³⁶ DAIN, Sulamis. *Op. cit.*, p. 17.

⁵³⁷ *Id.*

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 25.

2.2.1 Incentivos e alinhamento de interesses: algumas possíveis disfunções estruturais na exploração econômica estatal por meio de sociedades comerciais

É preciso reconhecer que houve significativa mudança no contexto social e econômico brasileiro que justificou no passado a criação de sociedades de economia para a exploração de atividades econômicas.

Conforme já introduzido⁵³⁹, naquele momento histórico vislumbrava-se o desenvolvimento econômico de setores sensíveis do mercado, notadamente em face de gravames sociais, bem como da interdependência de empresas internacionais no setor industrial que se operava num ambiente de capitalismo tardio.

Naquela época, compreendia-se necessária a atuação coordenada das empresas estatais com os demais setores da Administração pública, objetivando sua aderência à uma política econômica mais abrangente e ao plano governamental.⁵⁴⁰ Ainda que, a princípio, visualiza-se que a proposta pareça estar alinhada à função ordenadora estatal da economia, propõe-se refletir se o mesmo grau e modelo de intervenção ainda se faz prescindível no atual contexto econômico do país⁵⁴¹.

Repise-se que a sociedade de economia mista sujeita-se a, no mínimo, duas tendências disfuncionais, quais sejam: *(i)* em face de sua composição societária, à priorização do resultado financeiro em detrimento da persecução do legítimo interesse público que fundamentou sua criação, e *(ii)* a captura dos administradores por interesses alheios aos da corporação.⁵⁴²

Tratam-se de questões inerentes ao comportamento da sociedade de economia mista, notadamente da sua lógica estrutural de empresa privada integrante do mercado de capitais⁵⁴³, que por vezes, pode colocar em dúvida a conveniência da

⁵³⁹ Cf. enfrentado no item 1.1.3.

⁵⁴⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁴¹ “De motor da industrialização nacional e instrumento de política econômica, característicos da combinação de capitalismo retardatário com instabilidade monetária a empresa estatal no Brasil busca agora assumir novas atribuições em ambiente de mercado competitivo com dimensão global (...) Tudo isso modificou sensivelmente a inserção da empresa estatal no cenário econômico e o padrão de relacionamento com a empresa privada, cabendo ao operador do direito apontar o novo sentido e alcance de sua atuação”. (*Id.*)

⁵⁴² PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 4; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Rosângela do Socorro, *Op. cit.*, p.30.

⁵⁴³ Refere-se à comercialização de ações de sociedades estatais nas bolsas de valores.

presença e da manutenção do controle acionário do Estado na composição do capital empresarial.⁵⁴⁴

Ademais, não se pode perder de vista a vocação originária da sociedade de economia mista de servir à finalidades publicistas⁵⁴⁵. Significa dizer que a atuação da empresa estatal deve estar limitada à realização do respectivo objeto social e ao interesse público específico que originou a sua criação. Fora dessa moldura poderá afirmar-se que se trata de uma intervenção econômica estatal ilegítima.

De fato, a empresa estatal enfrenta intensa crise de identidade, inerente às incertezas sobre seu papel e à natureza dos interesses que ela deve servir no atual cenário econômico brasileiro.⁵⁴⁶

Veja-se, por exemplo, a recente intensificação do acesso ao mercado de capitais mediante a intensificação de ofertas públicas primárias e secundárias de ações, realizadas pelas empresas estatais nos últimos anos, visando ou a transformação das mesmas em companhias abertas listadas em bolsa de valores no Brasil e no exterior, ou apenas o aumento de base acionária existente da sociedade comercial estatal. O movimento sugere ser a expectativa de lucro o fator propulsor.

Além disso, a atuação no mercado de capitais exige melhores práticas de governança⁵⁴⁷, as quais objetivam, dentre outros fatores, assegurar o compromisso com a gestão eficiente das sociedades empresariais estatais e reforçar o compromisso com a lucratividade, colocando em dúvida a efetiva realização do interesse público.^{548,549}

Em tese, o cumprimento do propósito institucional da sociedade de economia mista está assentado no duplo antagonismo de que (i) a missão pública deve coexistir com a finalidade lucrativa inerente ao modelo societário e de que (ii) o

⁵⁴⁴ “Há um *vício* congênito, comum às grandes empresas e sociedades comerciais de capital integral ou majoritariamente detido pela administração central: o de serem verdadeiramente geridas pelos membros do Governo da tutela; é que são estes que nomeiam os administradores, os membros dos órgãos fiscalizadores, e os representantes que votam, segundo instruções precisas, nas respectivas assembleias gerais”. (MORENO, Carlos. *O sistema nacional de controlo financeiro: subsídios para sua apreciação crítica*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1997, p. 66-67).

⁵⁴⁵ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁴⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 4.

⁵⁴⁷ “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”. (*Id.*)

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁴⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CHEDE, Rosângela do Socorro Alves. *Op. cit.*, p. 29-31.

interesse público inerente ao objeto social, simultaneamente, não deve colocar em risco a sustentabilidade financeira da companhia.

Na prática, defende-se que essa dualidade de objetivos necessita ser analisada sob a lógica da permanência da sociedade estatal no mercado, vale dizer, na continuidade da exploração de atividades econômicas pelo Estado no atual contexto de desenvolvimento econômico e sob os efeitos dela decorrentes.

Os efeitos da exploração de atividades econômicas estatais, quando analisados sob a ótica do poder e do peso econômico das sociedades empresariais estatais é ainda mais agravado perante setores produtivos de negócios significativamente rentáveis que ainda são, em determinadas situações, explorados sob a forma de monopólios públicos.^{550,551}

Sob esse aspecto, alega-se que a configuração do mercado produtivo por meio de monopólios⁵⁵² naturais decorre da especificidade estrutural⁵⁵³ que o mercado possa apresentar, tal como quando se verifica a existência de efeitos de gargalo ou engarrafamento monopolístico.⁵⁵⁴

Ocorre que, nesse modelo de estrutura de exploração de mercado, evidencia-se que a geração de recursos para financiar atividades tipicamente governamentais⁵⁵⁵ tende a ser a razão de sua permanência. Por isso, não se pode perder

⁵⁵⁰ Também denominado pela doutrina por *monopolies naturals*. O monopólio natural é formado pela influência da estrutura produtiva de custos médios decrescentes, que ocorre nestas infraestruturas face à sua elevada capacidade de suporte à prestação de serviços relevante e que tornam o custo de prestação de uma unidade adicional quase negligível. (LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 77).

⁵⁵¹ Para aprofundamento sobre a análise histórica e a sustentabilidade do monopólio natural, sugere-se, dentre outros: SHARKEY, Willian W. *The theory of natural monopoly*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; LUCARELLI, Bill. *Monopoly Capitalism in Crisis*. New York: Palgrave Macmilian, 2004.

⁵⁵² “Não se pode nunca esquecer que, quer o modelo de concorrência perfeita, quer o modelo de monopólio, não são mais do que arquétipos, de substrato eminentemente teórico, a que se reconduz uma realidade mundana, em termos melhor ou pior adaptados”. (LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 36).

⁵⁵³ “A identificação de um monopólio natural deverá estar fundamentada na existência de custos marginais de longo prazo decrescentes e, conseqüentemente, da redução sucessiva dos custos médios de longo prazo”. (*Ibid.*, p. 78). Trata-se de situações de mercado nas quais o ambiente estrutural que regula a oferta não justifica a presença de mais de um produtor.

⁵⁵⁴ “Existirão estruturas segmentares em determinadas redes com características de monopólio e, nesse enquadramento, quem detiver esse segmento de rede poderá condicionar decisivamente todo o tráfego concorrencial, quer a montante quer a jusante ao nível da estrutura e ao nível dos serviços. (...) o conceito de engarrafamento monopolista tende a coincidir com o substrato doutrinário que suporta a teoria das infra-estruturas essenciais (*essential-facilities*) em sede de direito da concorrência, ou os modelos regulatórios de desintegração setorial em diversos mercados.” (*Ibid.*, p. 69-71).

⁵⁵⁵ Mario Engler Pinto Junior discorre que a geração de recursos para financiar atividades governamentais teria sido um dos dois motivos históricos da criação das empresas estatais. O outro, segundo o autor, seria a promoção do desenvolvimento industrial. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 14). Todavia, no

de vista que os agentes econômicos quando efetuaram suas escolhas no passado, efetuaram-nas em função do contexto socioeconômico que naquele momento se desenvolvia.

De fato, o exercício de pretensões totalitárias de determinados agentes no mercado, na qual inclui-se o Estado empresário, pode criar condições favoráveis para o exercício de comportamentos anticoncorrenciais por parte dos agentes detentores dessas posições privilegiadas.⁵⁵⁶

Ou seja, quando as condições naturais não proporcionam o exercício de poderes significativos de mercado, os agentes econômicos, incluído os estatais, podem alterá-las no sentido de seus interesses, tendo em vista a sua elevada complexidade e adaptabilidade.⁵⁵⁷

Compreende-se que compete ao Estado promover o funcionamento econômico eficiente dos setores econômicos e garantir o acesso de todos os cidadãos aos serviços essenciais, com padrões adequados de qualidade. Todavia, a intervenção, apesar de essencial, deve ser cautelosa.⁵⁵⁸

Porém, a exploração econômica por sociedades comerciais estatais nessas condições estruturais de mercado são extraordinariamente complexas, notadamente em face do regime de exclusividade. Se essa exclusividade for intrínseca ao próprio mercado, estar-se-á na presença de um monopólio natural⁵⁵⁹, perante o qual o decisor público deverá, norteados pelo princípio da eficiência, promover a correção eficiente do mercado.⁵⁶⁰

Fato é que nesse ambiente as potenciais práticas anticoncorrenciais adquirem um campo fértil para seu desenvolvimento⁵⁶¹, como por exemplo, a prática de exercício de poder dominante por parte do detentor do segmento do mercado, que, neste caso, é exercido pela sociedade comercial estatal.

cenário administrativo contemporâneo acredita-se que, atualmente, a geração de receita governamental pode ser a principal razão da permanência do Estado na exploração da atividade econômica.

⁵⁵⁶ LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁵⁷ LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁵⁸ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁵⁹ Richard Posner afirma que o monopólio natural não se refere ao número de produtores presentes no mercado, mas à relação existente entre a procura e a tecnologia da oferta. (POSNER, Richard. *Op. cit.*, p.1).

⁵⁶⁰ LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 71.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 72.

De fato, a cristalização de posições dominantes em determinados setores, parece não se ajustar à atual dinâmica do mercado concorrencial, principalmente quando ocorrem inovações tecnológicas mais eficientes nesses setores.⁵⁶²

Por esse motivo, a problemática da exploração de atividades econômicas pelas sociedades comerciais estatais, dos monopólios naturais e os seus efeitos em sede de bem-estar social, numa ótica de concorrência dinâmica são questões que deseja-se suscitar reflexões. Com efeito, a constante mutação dos sistemas econômicos demanda atenção permanente.

Afinal, o contorno da intervenção pública nada mais é do que o reflexo das concepções econômicas dominantes em cada momento histórico, e é nelas que residem os seus fundamentos legitimadores.⁵⁶³

Originalmente justificada para garantir o atendimento das necessidades coletivas, ou a superação de estrangulamento de setores produtivos, como também alguns aspectos de caráter macroeconômico mais gerais, nos quais o Estado se viu compelido a assumir atividades estratégicas, hoje o cenário parece reclamar novas formas estruturais para o desenvolvimento econômico.⁵⁶⁴

Importante enfatizar que a ausência de coordenação entre os vários setores da Administração Pública brasileira, a qual jamais foi adaptada e organizada para formular e executar política de desenvolvimento continuada, evidencia que a sua

⁵⁶² “Neste ambiente de mudança permanente qualquer posição de monopólio é apenas transitória; resultando de intensa concorrência empreendedora, novos métodos de produção e novos bens estão permanentemente a surgir desafiando e vencendo os antigos, frustrando qualquer tentativa de estabelecer monopólios de longa duração. Um mercado, qualquer mercado é um processo dinâmico de mudança conduzido pela atenção e vigilância prospectivas de empreendedores inovadores que procuram nova informação e descobrem novas oportunidades de negócio, novas soluções técnicas e de gestão (...) A procura incessante pela novidade impede que o mercado cristalize alguma vez uma forma atemporal e definitiva; a rajada permanente de destruição criativa impede monopólios de longa duração”. (SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 53). A idéia da destruição criativa é explicitada por Joseph A. Schumpeter, como sendo o processo contínuo de inovação tecnológica, responsável pela formação de monopólios a curto prazo e pelo desenvolvimento econômico capitalista. (SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. 3rd ed. New York: Haper, 1950, p. 43).

⁵⁶³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 28.

⁵⁶⁴ “É perfeitamente possível imaginar-se uma terceira via, que combina ao mesmo tempo esforços para melhoria do ambiente de negócios, com pró-atividade do Estado em relação a empreendimentos de maior relevância socioeconômica e o favorecimento de mecanismos de coordenação coletiva como complemento aos estímulos de mercado”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 14).

estrutura e a sua atuação precisa ser transformada, na busca de uma política essencial para o desenvolvimento.⁵⁶⁵

Compreende-se que as questões jusconcorrenciais que se impõe são complexas e variadas, todavia, deseja-se discutir a importância de averiguar se os custos sociais da exploração de atividades econômicas pelo Estado, por meio das sociedades de economia mista, principalmente daquelas que operam em regime de monopólio⁵⁶⁶, em comparação com os custos da sua mitigação, numa ótica de mercado, não reclama a mudança do modelo até então sedimentado.

Numa perspectiva temporal, é forçoso reconhecer que os mercados evoluem permanentemente e, principalmente nos setores em que o modelo de organização estrutural tende mais fortemente para a exploração de atividades econômicas pelo Estado, a decisão deverá remeter-se a uma análise neutra de eficiência, a qual porém, repise-se, deverá ser dinâmica.⁵⁶⁷

Com efeito, não se deve perder de vista que é a prossecução do interesse público subjacente ao modelo constitucional de Estado e às suas tarefas fundamentais que justificam a iniciativa econômica pública.⁵⁶⁸

Nesse sentido, a análise da entrada ou da permanência da Administração em determinado setor econômico, deve fundamentar-se no interesse público que justifica sua existência, extraindo-se dessa ilação duas consequências: (i) será inválido o exercício da iniciativa econômica pública visando a simples obtenção do lucro⁵⁶⁹, sem fundamento na prossecução do interesse público, e (ii) será inválida a criação de uma

⁵⁶⁵ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) *Políticas públicas: reflexão sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 148.

⁵⁶⁶ “Os efeitos perversos de desequilíbrio do mercado verificam-se quando é concedido um monopólio a uma sociedade comercial, quer a um indivíduo ou a uma corporação. Adam Smith é particularmente crítico no tocante aos privilégios exclusivos concedidos a estes agrupamentos sócio-profissionais, formas de monopólio em sentido lato...”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 32).

⁵⁶⁷ LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 172.

⁵⁶⁸ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 126. O autor afirma que “o interesse público constitui-se um elemento estruturante da configuração do sector empresarial público”. (*Ibid.*, p. 131).

⁵⁶⁹ Aqui cabe uma ressalva: não se desconhece que a obtenção de lucro por empresas públicas seja desejável, mesmo quando refira-se àquelas empresas estatais de regime jurídico de direito público. Afinal, o princípio constitucional da eficiência exige uma gestão pública eficaz. Todavia, o lucro não deve ser o único resultado pretendido por uma empresa pública, em especial no caso concreto das sociedades comerciais estatais, cujo resultados servem como fonte de receita para o fim de financiamento estatal das diferentes esferas de governo da federação.

empresa estatal sem que a atividade que lhe é inerente tenha em vista prosseguir finalidades públicas, nem se integre nos fins da entidade instituidora.⁵⁷⁰

Sedimentado o entendimento da vinculação fundamentada no interesse público de toda e qualquer intervenção econômica pública, tem-se que cessado aquele em determinada situação concreta sem que se verifique um outro interesse público digno de tutela, desaparece a causa justificadora da intervenção estatal, devendo gerar um movimento em sentido inverso, qual seja, a desintervenção pública.⁵⁷¹

Todavia, uma vez admitida a redução de intensidade de intervenção pública por reconhecimento das alterações das condições do mercado, esta deve ser acompanhada de uma nova modulação de intensidade dos instrumentos ordenadores do mercado, tendo em vista a necessária concretização de um mercado mais eficiente e de uma sociedade mais justa.⁵⁷²

Ademais, a concretização do interesse público não envolve sempre, ou pelo menos, necessariamente, uma intervenção pública direta em termos econômicos, sendo passível de obter sua satisfação por meio da iniciativa econômica privada.⁵⁷³

Para tanto, o Estado deve estar atento às necessidades da coletividade, captando-as, hierarquizando-as e desenvolvendo meios para a sua satisfação, de tal forma a exercer uma função reordenadora e, por isso mesmo transformadora da sociedade, visando uma distribuição justa dos rendimentos e da riqueza⁵⁷⁴, bem como o desenvolvimento econômico e social por meio de um crescimento equilibrado e contínuo.

⁵⁷⁰ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, p. 129.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 167.

⁵⁷² LOBO, Carlos Baptista. *Op. cit.*, p. 32.

⁵⁷³ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, p. 166.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 15.

2.2.2 Renda econômica e renda política: intervenção econômica pública e níveis de apropriação

A noção de renda foi originalmente utilizada pelos economistas clássicos para designar o ganho associado à posse da terra⁵⁷⁵, no sentido de indicar que o custo de oportunidade de seu uso era nulo, ou seja, para demonstrar que não haveria custo de aquisição pelo fato da posse da terra dar-se sem necessidade de qualquer trabalho e, portanto, qualquer que fosse a magnitude do ganho que ela proporcionasse, seria sempre um ganho anormal, ocioso.⁵⁷⁶

Posteriormente, o termo evoluiu para abarcar qualquer recurso disponível existente que é dado sem custos e que não é produzido.⁵⁷⁷

O significado do termo, para a economia do bem-estar neoclássica^{578,579}, é utilizado para designar o resultado de ineficiência de alocação de recursos, de distorção

⁵⁷⁵ “Ricardo sustentava que apenas a melhor terra, a terra mais fértil, com menores custos de produção era utilizada quando os preços dos cereais eram baixos. Mas, à medida que os preços aumentavam, os proprietários das terras mais improdutivas, de custos mais elevados colocavam-nas também na produção de cereal, uma vez que com aqueles preços a produção era lucrativa. A curva de longo prazo da oferta de cereal era pois inclinada positivamente devido aos custos crescentes associados à utilização de terra cada vez menos fértil. Ao preço de equilíbrio, os proprietários das terras de custos baixos e médios, obtinham lucros de longo prazo, os produtores marginais obtinham lucro econômico nulo e os produtores que utilizavam terras de custos muito elevados eram eliminados do mercado dos cereais porque obtinham prejuízos. Os lucros das explorações mais férteis eram sustentáveis no longo prazo porque reflectiam um retorno de um recurso único de terra de custo mais baixo. A entrada de novos produtores não podia eliminar estes lucros supra competitivos mesmo no longo prazo. A soma destes lucros de longo prazo constituem o excedente de longo prazo do produtor. A renda ricardiana é consequência de propriedade de *inputs*, a terra de baixo custo. Se a terra de baixo custo estivesse disponível a uma oferta infinitamente elástica, não existiria qualquer renda”. (SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 57). O autor refere-se à construção de pensamento construído por David Ricardo, contido na obra: RICARDO, David. *The principles of political economy and taxation*. London: J.M. Dent and Son, 1965.

⁵⁷⁶ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 57.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁷⁸ “A parte da teoria microeconômica chamada de *economia do bem-estar* explora a forma como a decisão de muitos indivíduos e empresas interagem e afetam o bem-estar dos indivíduos como um grupo. A economia do bem-estar é muito mais filosófica do que outros temas da teoria microeconômica. Aqui se levantam as grandes questões sobre as políticas públicas. (...) Uma das questões mais importantes na economia do bem-estar tem sido a derivação de uma função de bem-estar social geral, que agrega preferências individuais em preferências sociais. O Teorema da Impossibilidade de Arrow, uma das realizações intelectuais mais significativas da ciência moderna, sustenta que uma função de bem-estar social com propriedades minimamente desejáveis não pode ser construída”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 62-64). [com destaque no original]

⁵⁷⁹ “Insistamos que a *análise do bem-estar* é essencialmente quantitativa e assente em pressupostos utilitaristas deliberadamente simplificados, e que, embora se possam alicerçar nela proposições *normativas*, ela não pretende ser uma descrição detalhada e realista da miríade de fatores de que depende aquele bem-estar que falamos em linguagem corrente, aquele plano de equilíbrio e de satisfação espiritual, corporal, social para que tendem os projectos da nossa realização individual e colectiva. Mas isso não quer dizer que a ciência queira, deva ou possa alhear-se do tema mais vasto da *felicidade* para

de preços e quantidades, decorrentes de imperfeições de funcionamento dos mercados.⁵⁸⁰ Na presença de imperfeições os ganhos dos produtores não decorrem de alguma razão útil e os produtores podem estabelecer preços acima do custo de oportunidade dos seus recursos disponíveis, obtendo um lucro econômico anormal, denominado renda.⁵⁸¹

Portanto, o conceito de renda para a economia do bem-estar neoclássica significa a rentabilidade extra obtida acima do custo de oportunidade dos recursos, superior à taxa de rentabilidade reconhecida como justa e que seria obtida caso o mercado fosse perfeitamente competitivo. É o lucro, o ganho líquido obtido do uso dos recursos acima do seu custo de oportunidade e do seu custo marginal. Nesse contexto, o monopólio natural representa a situação extrema de ineficiência de alocação de recursos e criação de renda.⁵⁸²

Para a corrente de pensamento austríaca⁵⁸³, a renda também pode resultar do controle total da oferta de determinado recurso escasso, uma vez que proporciona uma imunidade total a ameaças de concorrentes no mercado.

qual esse <<patamar mínimo>> do bem-estar das trocas tão decisivamente contribui (em especial na nossa sociedade ávida e materialista). Essa ponderação da *felicidade* é decisiva em termos políticos, para se aferir o grau <<líquido>> de satisfação que decorre de decisões coletivas em que os interesses de uns são deferidos e de outros indeferidos; é decisiva para se determinar o limite de sacrifícios suportáveis nesse rumo; é decisiva para se compreender a intensidade e a generalidade com que se manifestam propensões como a da <<aversão ao risco>> e a <<preferência pelo presente>>; é decisiva para entender a complexa relação que se estabelece entre a liberdade dos agentes e a sua confiança nas instituições econômicas que tolhem essa liberdade; é decisiva ainda, num plano mais vasto, para se aceitar a necessária subordinação dos juízos econômicos a valores que a ciência econômica não pode, não deve, nem quer encontrar por si mesma, e antes pode, deve e quer acolher e servir – valores de uma *humanidade* que deseja ser feliz, no sentido mais amplo e multiforme que possível seja, aqui neste planeta”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 232-233). [com destaque no original]; “O conceito de utilidade – a aptidão para satisfazer necessidade atribuída a um bem ou serviço –, por toda a relevância que tenha tido na história do pensamento econômico e no desenvolvimento da ciência econômica, peca contudo por ser insusceptível de medição em termos objectivos e unívocos, mais a mais porque, promanando de motivações pessoais recônditas, é capaz de se enredar em todos os artificios e insinceridades que podem apresentar-se na trajetória que conduz de uma intenção íntima a uma conduta exteriorizada”. (*Ibid.*, p. 213).

⁵⁸⁰ “Renda passou a ter conotações normativas; era o ganho anormal que resultava do afastamento do funcionamento dos mercados do ideal de concorrência perfeita. As condições de concorrência perfeita conduzem a um equilíbrio de mercado que anula o montante de renda e maximiza o bem-estar social. Nestas condições cada produtor obtém apenas o lucro econômico nulo, isto é, o montante de receitas necessário para pagar todos os custos incluindo o custo do capital; os proprietários obteriam, da aplicação dos seus recursos, apenas uma taxa de rentabilidade conhecida por taxa de remuneração justa (*fair rate of return*). (SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 58.)

⁵⁸¹ *Id.*

⁵⁸² SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁸³ “Nesta perspectiva, partilhada por economistas austríacos, renda é o ganho resultante da imposição de restrições à soberania de mercado do consumidor; consiste no retorno extra, acima do custo de oportunidade, resultante do controlo da oferta total de um recurso produtivo escasso, controlo que permite estabelecer preços de monopólio (...) mais do que um atentado contra a eficiência locativa, contra o bem-

Por outro lado, para economistas simpatizantes de uma síntese entre as escolas austríacas, escolha pública e institucional⁵⁸⁴, a renda pode ser definida a partir de uma perspectiva dos direitos de propriedade, decorrente da detenção do monopólio de recurso, cuja visão descreve os objetivos de muitos indivíduos e grupos que procuram modificações nos direitos de propriedade, de modo a obter renda.⁵⁸⁵

Afirma-se que as diferenças sobre a noção de renda existentes entre as linhas de pensamento dos economistas neoclássicos e dos economistas austríacos decorrem de diferentes entendimentos acerca da concorrência, vale dizer, de diferenças na concepção das funções e funcionamento do mercado.^{586,587}

Com efeito, a escola neoclássica considera uma visão estática de mercado de afetação de recursos e não de um mercado como processo dinâmico resultante de empreendedores na procura de novidades. Enquanto, os economistas da escola austríaca consideram o mercado como um processo evolutivo dinâmico, em permanente desequilíbrio, no qual os preços são sempre provisórios e os custos subjetivos, pois os ganhos obtidos decorrem da atitude dos empreendedores, o que denominam de lucro empresarial ou quase renda.⁵⁸⁸

estar social medido estaticamente, o controlo sobre a posse de recursos produtivos é uma violação da soberania do consumidor (...) enquanto para os economistas neoclássicos renda é sinónimo de algo socialmente pecaminoso e ineficiente que é preciso eliminar, para os economistas austríacos é apenas sinónimo de uma consequência indesejada de um conflito de interesses entre proprietários de recursos e consumidores”. (SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 58.)

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 59. O autor enumera os economistas James Buchanan e Bruce L. Benson como simpatizantes da síntese por ele referenciada.

⁵⁸⁵ BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert; TULLOK, Gordon. *Towards a theory of the rent-seeking society*, p. 1303-1306.

⁵⁸⁶ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 60.

⁵⁸⁷ “A perspectiva neoclássica centra-se na análise dos efeitos da concorrência subvalorizando os aspectos comportamentais a ela subjacentes. (...) A economia neoclássica, baseada nos pressupostos de minimização dos custos e de maximização dos lucros como orientadores da atuação da empresa, remete para a análise de eficiência dos mercados concorrenciais. (...) A presença das ideias *neoclássicas* foi dominante a partir da década de trinta do sé. XX. O comportamento económico é avaliado em termos de eficiência alocativa e técnica (eficiência estática) face o cenário irrealista delimitado, nos extremos opostos, pela concorrência perfeita e pelo monopólio. (...) Em síntese, os *economistas neoclássicos* continuaram – à semelhança dos clássicos – a acreditar nos efeitos benéficos da concorrência sobre a riqueza, mas deixaram de a ver como um processo, passando a analisá-la enquanto situação”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 105-107). [com destaque no original]

⁵⁸⁸ “A noção estrita de renda decorre, como vimos, da ideia neoclássica de concorrência perfeita, enquanto a noção de lucro empresarial ou quase-renda decorre de uma visão de mercado enquanto processo concorrencial diferenciado. A única renda que se pode criar em mercados económicos é a renda de monopólio de recursos que decorre da acção estratégica de um proprietário, que possuindo controlo exclusivo sobre a oferta de recursos, rarefaz a oferta, mantendo fora do mercado, ocioso, um determinado montante de recursos produtivos. Todo resto é lucro empresarial resultante de concorrência diferenciada, que não afasta nenhum empreendedor do uso do recursos produtivos”. (SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 60-62).

A dissonância desses entendimentos possibilitou apreender que a verdadeira concorrência não se resume a uma disputa entre unidades idênticas de um mesmo produto, pois é na presença de diversidade distintiva que os compradores escolhem racionalmente os vendedores de acordo com a sua preferência⁵⁸⁹. Significa dizer, obtém mais lucro na concorrência o produtor que melhor se diferencia de seus rivais no mercado, representando um incentivo para a busca da originalidade e um estímulo para a inovação.

Portanto, a real concorrência é o oposto da concorrência perfeita⁵⁹⁰ construída pela teoria neoclássica e consiste numa disputa entre bens diferenciados que contenham determinado grau de originalidade como tentativa de despertar o interesse de maior número de consumidores e, por isso mesmo, ganhar mais quota de mercado e lucro. Denota-se, portanto, que o estímulo à concorrência é o lucro empresarial.⁵⁹¹

Ademais, a noção de quase renda construída pela escola austríaca possibilita compreender que a procura de quase renda atua como uma força de destruição criativa⁵⁹², pois é dinamicamente eficiente e se situa muito próximo do ideal de concorrência perfeita. Com efeito, é a ausência de barreiras à entrada e à saída, que impede a formação de cartéis e a perpetuação de rendas pelo mesmo produtor.⁵⁹³

Ocorre que a noção de rendas, que resulta do sistema de funcionamento de preços no mercado concorrencial, pode também ser resultado da intervenção política do governo sobre os mercados, situação na qual se cria uma renda artificial.⁵⁹⁴

Enquanto o lucro empresarial ou quase renda é sinônimo de lucro econômico ou renda econômica, a renda artificial resultante da intervenção governamental equivale a uma renda política, *a priori*, de redistribuição e dissipação de riqueza social.⁵⁹⁵

⁵⁸⁹ Deve-se à Friederich Hayek a separação do conceito de competição como processo e competição como resultado de um processo: HAYEK, Friederich A. *Individualism and economic order*. 3. Impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958, p. 92-111. Disponível em: <<http://mises.org/books/individualismandeconomicorder.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2013.

⁵⁹⁰ Para Schumpeter a concorrência perfeita, além de não ser atingível não pode ser considerada como medida de eficiência. (SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁹¹ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 61-62.

⁵⁹² SCHUMPETER, Joseph A. *Op. cit.*, p. 43.

⁵⁹³ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 63.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁹⁵ *Id.*

A renda política é consequência de ações e atividades estatais no mercado e é definida por burocratas nomeados pelo governo⁵⁹⁶, que agem sob a alegação de corrigir imperfeições ou falhas de mercado e que, ao não considerar o sistema de preços relativos, ocasionam desvirtuamento. Ou seja, a renda política é gerada a partir de restrições colocadas à entrada ou à saída nos mercados, da imposição de licenciamentos, enfim, de restrições estatais ao livre funcionamento dos mercados.^{597,598}

Por essa razão, a teoria da escolha pública⁵⁹⁹ considera que a renda artificial resultante da intervenção estatal na economia cria um mercado competitivo que pode dissipar parte ou até mesmo todo o valor da renda criada, eis que geram rendimentos pecuniários sem produzir bens ou serviços correspondentes.

As atividades de procura de rendas políticas são socialmente ineficientes na medida em que dissipam recursos econômicos que contém custos de oportunidade, e por serem empreendidas no mercado político e não no mercado econômico.⁶⁰⁰

Em síntese, a procura de renda que acontece no sistema de preços do mercado econômico é socialmente útil, pois é o resultado da procura do lucro econômico que serve de incentivo à criação de riqueza, enquanto a procura de renda resultante da intervenção estatal na economia, denominada de renda política, é socialmente ineficiente, pois dissipa recursos econômicos. Os economistas da escola austríaca consideram que a verdadeira renda é política.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ “Como é muito evidente em todos os regimes democráticos, o financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais constitui um <<toma lá, dá cá>> em que cada uma das contribuições busca contrapartida privadas sob a forma de subsídios, privilégios e isenções e regulação favorável, numa <<mercantilização da decisão política>> - concorrendo a eles com a dimensão de suas contribuições, ainda que uma falha de mercado (a assimetria informativa) tenda a beneficiar os políticos, seja para libertá-los do estribo <<*quid pro quo*>>, seja pra lhe conferir a iniciativa na <<captura>> dos fundos que constituem a <<renda dos políticos>>”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 609). [com destaque no original]

⁵⁹⁷ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 65.

⁵⁹⁸ “...muitos dos entraves à liberdade de entrada e saída do mercado são *artificiais*, no sentido de serem barreiras jurídico-políticas deliberadamente colocadas em benefício de uns e em prejuízo de outros (...) É difícil criar ou manter barreiras à concorrência sem o apoio do Estado, mas é fácil encontrar motivos aparentemente justificativos desse apoio estadual”. (ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 315). [com destaque no original]

⁵⁹⁹ Sobre a análise dos custos sociais de renda política ver, dentre outros: TULLOK, Gordon. The welfare cost of tariffs, monopolies and theft. In: *Western Economic Journal*, vol. 5, n. 2, jun. 1974, p. 335-358. Disponível em: <http://cameroneconomics.com/tulloch%201967.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2013; POSNER, Richard. Theories of economics regulation. In: *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, outono, p. 335-358. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~carlosfr/ses/Posner.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

⁶⁰⁰ SOARES, José Fernando. *Op. cit.*, p. 65.

⁶⁰¹ *Id.*

De fato, a captação de renda – *rent seeking*⁶⁰², representa todo esforço de desvio, para proveito próprio, de uma remuneração que ultrapassa o custo de oportunidade dos recursos empregues na atividade. Tende a causar desvios de meios para fins improdutivos, que deixa prevalecer condutas distorcivas e abusivas, que mantém as partes reféns de sua ambiguidade ou da falta de alternativa, e que explora ao máximo os efeitos de assimetria informativa.⁶⁰³

A abordagem do *rent seeking* revela que o Governo não representa uma instituição que privilegia o bem-estar social, mediante a produção de bens públicos e correção de externalidades. Pelo contrário, revela que o sistema político equivale a um mercado de consumo e oferta de riqueza, no qual se transfere rendas entre grupos de interesse de poder diferente, de forma semelhante ao mercado de um bem privado.⁶⁰⁴

Sustenta-se que será o meio institucional, a captura de renda e a troca de favores políticos no mercado da escolha pública que ditarão, em última análise, se o poder local é capaz de captar investimentos ou antes se esforça para rejeitá-los visando preservar eventuais distorções distributivas a custo da estagnação econômica e da preservação do poder.⁶⁰⁵

Por isso, especialmente importante tem sido a influência da perspectiva econômica quando enaltece que não é apenas a ampla liberdade do mercado que pode propiciar custos sociais elevados. Ao conferir ênfase na necessidade de reforma do sistema político que tem propiciado a corrupção, o oportunismo e o parasitismo, permite visualizar que essas iniciativas de procura de renda visam substituir o custo de produção pelo esforço de apropriação.⁶⁰⁶

O problema ganha especial significado quando está em causa o Estado no exercício de atividade de natureza empresarial, inserido no contexto de um modelo constitucional de mercado concorrencial entre empresas do setor público e do setor

⁶⁰² “O conceito de <<rent-seeking>> abarca, em sentido próprio, todas as situações colectivas em que se dissipam recursos na disputa por alguns valores ainda não apropriados e susceptíveis de <<captura>>. O <<rent-seeking>> consiste no esforço de transformação de recurso comuns em recursos privados, individualmente apropriados – uma transformação não isenta de custos, mormente quando ela é contestada e não presidida por critérios normativos de adjudicação que sejam universalmente aceites, o que por si só determina uma dissipação <<friccional>> dos ganhos em jogo”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, p. 57); BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert; TULLOK, Gordon. *Towards a theory of the rent-seeking society*. In: *Journal of Political Economy*, p. 1303-1306.

⁶⁰³ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 602.

⁶⁰⁴ CRUZ, José Neves. *Op. cit.*, p. 63.

⁶⁰⁵ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 603.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 604-605.

privado, no qual ao próprio Estado é conferida a competência de garantir o equilíbrio concorrencial do mercado.⁶⁰⁷

Trata-se, em bom rigor, de analisar se é adequada a continuidade da prossecução dos interesses públicos, sob formas jurídicas de organização privada, notadamente as disciplinadas pelo Direito Comercial, dotadas de uma débil autonomia e integradas a nível orgânico na estrutura de uma pessoa política.⁶⁰⁸

Afinal, nesse desenho estrutural, assiste-se a uma interpenetração obscura entre o setor público e o setor privado da economia⁶⁰⁹ que dificulta o controle finalístico da atividade estatal.

Denota-se, contudo, que a intensa busca de rentabilidade no setor empresarial estatal, pelos gestores públicos, tem suprimido as tênues diferenças entre os objetivos do setor privado e do setor público, podendo afastar-se da efetiva concretização do interesse público que fundamentou a criação da sociedade comercial estatal.⁶¹⁰

Repise-se, o confronto entre duas lógicas diferentes, nem sempre coincidentes, de um lado a lógica empresarial inerente à sociedade comercial estatal que visa a rentabilidade da atuação do modelo tipicamente privado e, por outro lado, a lógica do Estado que deve visar a maximização do interesse público⁶¹¹, pode colocar o problema de saber se o interesse público não terá sido substituído pelo interesse na maximização da renda política.⁶¹²

⁶⁰⁷ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, p. 266.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 220.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 227.

⁶¹⁰ Algumas empresas estatais foram utilizadas, por exemplo, para contrair empréstimos externos para além de suas necessidades, de forma a financiar os crescentes déficits em conta corrente do país...”. (MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 7.

⁶¹¹ OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, p. 212-213.

⁶¹² “O partido no poder se apressa a ocupar os cargos públicos, que reparte entre os seus seguidores. (...) A luta eleitoral decide quem será o beneficiário das rendas do Estado. (...) O poder se expande em um procedimento de metástase acelerada porque desde o aparato público se vão ocupando inexoravelmente as empresas públicas, as sociedades estatais (...) Se o substantivo do Estado necessitasse de um adjetivo capaz de identifica-lo (...) chegaríamos ao *Estado Negócio* (...) Nos tempos em que arte e futebol já são um negócio, não há que se estranhar que a política também o seja e as rendas do Estado se convertam em ganância dos que participam, individualmente ou por grupos, desde caciques até salteadores (...) se tem inventado uma refinada estratégia de desorganização do governo com o objetivo de se fazer possível esse desgoverno tão rentável”. (NIETO, Alejandro. *La ‘nueva’ organización del desgobierno*. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1997, p. 14-15). [tradução livre]

A tensão entre a prestação universal de determinadas atividades econômicas e a racionalidade dessa prestação em nome de uma rentabilidade não predatória, ou em desfavor das classes menos favorecidas, se apresenta como discurso legitimador para a permanência das sociedades comerciais estatais na exploração de atividades econômicas.

Entretanto, ainda que seja possível afirmar que a preocupação com o desenvolvimento não dispensa a atuação do Estado no campo econômico, entende-se necessário discutir uma agenda de transformação estrutural das atividades econômicas exploradas pelo Estado brasileiro, para o fim de buscar a conciliação necessária entre as categorias de agentes econômicos e entre os interesses em jogo.

A intensidade e a modalidade da intervenção estatal na economia, notadamente por meio da sociedade comercial estatal, que atua mediante exclusividade ou em regime de concorrência com o setor privado, não é isenta de custos para a sociedade.

Perdas de bem-estar também podem decorrer de erros de decisão⁶¹³ e a transposição dos contributos da ciência econômica para o domínio da organização administrativa do Estado, pressupõe, necessariamente, adaptações operativas.

3 DESESTATIZAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS: A EMERGÊNCIA DE UMA AGENDA DE TRANSFORMAÇÃO ESTRUTURAL

Integra a característica de cada modelo de Estado a intensidade e modalidade de sua intervenção na sociedade, mediante ações destinadas a regular e fiscalizar atividades, a sancionar condutas, a prestar serviço e a produzir bens.

Os Estados ocidentais, com maior ou menor intensidade, se caracterizam por serem economias de mercado na modalidade mista, por meio da qual se reconhece a atividade econômica pública junto com a atividade econômica privada. Admitindo-se, eventualmente, a reserva ao setor público de recursos ou serviços essenciais.⁶¹⁴

⁶¹³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 103.

⁶¹⁴ PANIAGUA, Enrique Linde. Presupuestos constitucionales de la intervención de la administración en la sociedade. In: PANIAGUA, Enrique Linde. (coord.). *Parte especial del derecho administrativo: la intervención de la Administración en la sociedade*. Barcelona: Colex, 2007, p. 103.

Enfim, cada Estado pode utilizar os meios que considere oportunos para levar adiante os objetivos e as limitações que lhe são impostas pela Constituição.⁶¹⁵

Com efeito, a função determinante da intervenção estatal na economia deve garantir que as atividades econômicas e o mercado permitam um desenvolvimento pleno das relações interprivadas e, ao mesmo tempo, garantir que não sejam desvinculadas de compromissos sociais.⁶¹⁶

Contudo, a retirada do Estado da atividade econômica, despublicizando-as, pode justificar-se pontualmente em relação a atividades em que, como consequência dos avanços tecnológicos ou outras circunstâncias, decaia a proteção especial⁶¹⁷ que proporcionou, originalmente, a exploração de determinada atividade econômica pelo Estado, ou mesmo a qualificação desta como um serviço público.

A questão está afeita aos critérios que devem determinar quando procede, por exemplo, constituir um serviço público sobre uma atividade econômica determinada e o Estado monopolizar sua prestação, assim como, em que circunstâncias é recomendável liberalizar determinada atividade econômica ou prestação de um serviço público da exploração estatal.⁶¹⁸

É indubitável que a invocação do interesse público subordina a intervenção econômica estatal ao dilema entre a eficiência e a equidade⁶¹⁹, todavia, a indeterminação do conceito corresponderá, sempre, a uma escolha subjetiva de alternativas.

⁶¹⁵ PANIAGUA, Enrique Linde. *Presupuestos constitucionales de la intervención de la administración en la sociedad*, p. 105.

⁶¹⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e sua justiça no século XXI*, p. 20.

⁶¹⁷ PANIAGUA, Enrique Linde. *Op. cit.*, p. 106.

⁶¹⁸ *Id.*

⁶¹⁹ “Ora, quando é exigido o sacrifício da primeira, seria desejável dispor de critérios genéricos de avaliação comparativa, isto é, de escala de valores destinadas, designadamente, a estabelecer entre vários objetivos de justiça equacionáveis, qual o que deve prevalecer, por representar a solução de maior eficiência social”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 81).

3.1 INTERESSE PÚBLICO NA ESTRUTURA DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: (RE)POSICIONAMENTO E FORMA DE PERSECUÇÃO

Não rara vezes, em nome do interesse público, o Estado procura justificar ações e atividades no setor econômico, nem sempre legítimas⁶²⁰. Todavia, esse enigmático conceito responde à dinâmica da sociedade que molda-lhe a fisionomia, o que, ao contrário do que se pensa não implica a sua socialização, mas, a sua possível privatização⁶²¹, entendida não apenas como venda de empresas públicas, senão como a devolução de atividades para a iniciativa social.⁶²²

Ademais, é o que sugere a mutação pela qual passa a Administração Pública na atualidade. Refere-se à tendência para abdicação do Estado da execução própria de algumas tarefas anteriormente qualificadas como de interesse público, movimento que vem acompanhado do incremento da atuação reguladora do Estado, em diversos países.⁶²³

⁶²⁰ “No entanto, à actividade decisória está sempre associada a faculdade de distribuir, de forma diferenciada, as vantagens e encargos dela decorrentes, pelo que a actuação de alguns terá, justamente como incentivo a oportunidade de apropriação de um benefício diferenciado”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 70).

⁶²¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e sua justiça no século XXI*, p. 20-21.

⁶²² ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre el significado actual de la noción de servicio public y su regimen jurídico. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara. LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. (Coords.) *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 18. “Até meados do século XIX tudo o que hoje chamamos serviços públicos sociais (a educação, a saúde, a beneficência, a assistência social, a arte e a cultura, etc.) eram atividades não assumidas pelo Estado senão pela sociedade (ainda que reguladas por aquele). Quando, como consequência do individualismo liberal, se produz um progressivo desvertebramento social e quando politicamente o indivíduo é deixado sozinho perante o Estado, este se encontra na necessidade de assumir muitas dessas tarefas, que foram abandonadas por seus antigos gestores, e de declarar que tais atividades lhe são próprias. Com o progresso técnico e a primeira Revolução industrial surgem os primeiros serviços públicos de caráter econômico que chegam a nossos dias”. (*Ibid.*, p. 21). [tradução livre]

⁶²³ “Se o desenvolvimento do Direito Administrativo nos últimos vinte anos tem mostrado uma redução do papel econômico do Estado na produção direta de bens e na prestação de serviços, falando-se na rotura do ‘compromisso keynesiano’ do ‘Estado Providência’ e num processo de liberalização, o certo é que, todavia, e algo contraditoriamente, isto não tem significado uma redução no intervencionismo regulador do Estado, antes se registrou, muito pelo contrário, um crescimento da regulação jurídica da economia: a liberalização fez o ‘Estado prestador’ converter-se em ‘Estado regulador’”. (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 301).

A consolidação de um modelo de Estado regulador exprime a ideia de um modelo de Estado limitado ou contido em termos de intervencionismo econômico. Afirma-se que há uma certa anorexia do interesse público nesse modelo de Estado.⁶²⁴

Com efeito, a circunstância na qual uma atividade deixe de ser deficitária desponta como um fator determinante, por exemplo, para o encerramento de monopólios de execução de atividades pelos entes estatais.⁶²⁵ Assim, se uma atividade pode ser prestada em um mercado livre e competitivo, no qual os direitos dos cidadãos-consumidores estejam garantidos, não parece que existam razões para reter essa mesma atividade no setor público.

Não se desconhece que a liberalização de uma atividade, ainda que possa ser justificada por uma perspectiva econômica, pode não ser por outras perspectivas, nas quais podem concorrer fatores de maior relevância que o econômico. Vale dizer, fatores que justifiquem determinada prestação da atividade pela Administração, ou mesmo para sua permanência.⁶²⁶

De fato, a análise da questão deve passar pela mensuração dos efeitos do resultado de eventual supressão do monopólio⁶²⁷ dessas atividades pelo Estado, se por exemplo, não violaria valores superiores das sociedades democráticas.⁶²⁸

Observa-se, contudo, que as técnicas de organização pública são substancialmente constantes, independente do partido que governa⁶²⁹, revelando-se, na maioria das vezes, atemporais.⁶³⁰

⁶²⁴ A observação é Luís Filipe Colaço Antunes: “Com uma pontualização, a actividade reguladora do Estado não só tem convertido o interesse público numa noção porosa, porque crescentemente indeterminada, como passou a regular e a valorar preventivamente, actividades desenvolvidas pelos particulares na prossecução do interesse público, como é visível na figura dos concessionário de poderes públicos. (...) Se é certo que há uma certa anorexia do interesse público no Estado mínimo regulador, também é verdade que o ambiente e, de modo geral, os interesses difusos surgem como uma espécie de espelho consciencial de um interesse público debilitado pela cura de emagrecimento a que tem estado sujeito”. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Op. cit.*, p. 20-22).

⁶²⁵ PANIAGUA, Enrique Linde. *Op. cit.*, p. 108.

⁶²⁶ Refere-se, por exemplo, ao monopólio da segurança pública e da jurisdição, no caso do Estado Brasileiro. “Por várias razões se tem chegado ao convencimento de que uma atuação excessiva do Estado, pela via da planificação e da gestão direta é, no momento presente, um fator de distorção do crescimento da atividade econômica”. (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*, p. 25).

⁶²⁷ “Existe também uma forma <<economista>> de contemplar os serviços públicos intimamente relacionada com a idéia de <<monopólio natural>> (...) Esta visão encontra-se periodicamente submetida a reconsideração, e hoje está recebendo fortes ataques desde o auge das tendências privatizadoras”. (MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara. Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara. LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 67). [tradução livre]

⁶²⁸ PANIAGUA, Enrique Linde. *Op. cit.*, p. 108.

Porém, deve-se abrir caminho para novas realidades, mais competitivas, diferenciadas, inovadoras, que são exigidas pela atual realidade econômica e social, como, por exemplo, a redução da ideologia da política econômica, a melhoria dos serviços e de sua prestação.

Considerando-se a ligação entre interesse público e sua forma de persecução pelo Estado, a questão que legitimamente se coloca consiste em identificar o modelo de estrutura administrativa que melhor se ajusta para a execução da atividade concreta da Administração Pública na atualidade. Em especial, identificar e delimitar o espaço de atuação e da função administrativa no âmbito das atividades econômicas, no atual estágio de evolução socioeconômico brasileiro.

E, tudo isso, sem abdicar às conquistas históricas, basicamente, a existência de um serviço universal⁶³¹ a todos os cidadãos em seus níveis básicos como obrigação do Estado. Repensar o modelo, exige reconhecer a necessidade de formulação de um novo conceito de serviço público e, por consequência, um novo modelo de regulação econômica.⁶³²

Ainda que seja possível afirmar que existe um entendimento comum sobre o serviço público, é preciso reafirmar que existem diversas percepções. Por exemplo, para o cidadão comum os serviços públicos são percebidos como serviços oferecidos ao

⁶²⁹ “Do verbo governar se tem extraído múltiplas derivações com as quais a ciência política e a linguagem comum pretendem precisar matizes diferenciais de ações e resultados substancialmente próximos. O mais conhecido tem sido sempre o adjetivo governável. Disse-se que um indivíduo (pessoa, animal ou coisa) ou grupo é governável quando é susceptível de ser governado, é dizer, quando pode ser ordenado ou endereçado até o fim proposto; ingovernável é um autônomo. (...) De Governo não se deriva (ao menos até agora) ingoverno, pelo que deve se dizer <<sem governo>> ainda que as qualidades do governo se descrevam adjetivando o substantivo (bom ou mal governo). Desgoverno não é, portanto, antônimo de governo senão uma variedade de mal governo caracterizada pelo prefixo <<des>>, que evoca desordem: *de onde vem a conexão tradicional entre desorganização e desgoverno, cuja equivalência resulta exatamente na organização deliberadamente perversa que aqui se chama de contraorganização*”. (NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 8-9). [tradução livre]

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁶³¹ “Por serviço universal deve entender-se aquele dirigido a toda a coletividade ou, o que é o mesmo, o que é exigível por todos os cidadãos em condições de igualdade. (...) De forma resumida, a universalidade está temperada pela <<prova da razoabilidade>> anglosaxônica ou pelos princípios – mais continentais – de proporcionalidade e congruência das medidas com os fins a que são dirigidas”. (MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. *Aproximación a la regulación de servicio público*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 100). [tradução livre]

⁶³² ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*, p. 24. [tradução livre]

público e definido como tal em algum documento oficial.⁶³³ Nesse sentido, o serviço público nada mais é que uma atividade econômica em sentido estrito com regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado.⁶³⁴

Para o político, o serviço público significa o poder sobre determinada área social. Esse poder pode ser redistributivo, no sentido de ajudar aos que menos possuem, o poder de conformidade social, entendida como satisfação de necessidades sociais, porém, representa uma parcela concreta de poder público que é político e que se pode manejar.⁶³⁵

O economista, ao visualizar o serviço público de sua perspectiva e examinar as decisões que sobre ele são adotadas, percebe que a mão invisível que o movimenta é a poderosa mão pública, com todas as suas virtudes e defeitos, inevitavelmente marcados. Em seguida, observa que o serviço público é uma exceção à liberdade de mercado e que as decisões adotadas nem sempre seguem a lógica do *homo economicus*.⁶³⁶

Contudo, se referido economista integra o setor governamental, ele tenderá a afirmar que a teoria do monopólio natural definirá a situação ótima do setor, na qual uma única empresa preste a totalidade do serviço. Por outro lado, no caso de tratar-se de um economista liberal, ele tenderá a afirmar que criar serviços público é uma exceção apenas admissível em situações extremas, nas quais a comercialização ordinária seja absolutamente impossível.⁶³⁷

O verdadeiramente importante é que não mais se pode explicar o setor de serviços públicos como aquela atividade de titularidade estatal necessariamente gerenciada em regime de monopólio público.⁶³⁸

⁶³³ MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. Tres postulados el nuevo servicio publico. In: ORTIZ, Gaspar Ariño. MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 125. [tradução livre]

⁶³⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 134.

⁶³⁵ MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. *Tres postulados el nuevo servicio publico*, p. 126. [tradução livre]

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 127. [tradução livre]

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ “O serviço público está morto; o que nos resta é dar-lhe um enterro digno. (...) Está morto o serviço público um dia sacralizado como Deus *ex machina* do Estado bem feito, derrubado conjuntamente com dito Estado pela escassez de dinheiro e pelo corporativismo mesquinho de seus gestores. Está morta uma ideia que pretendeu recobrir toda atuação pública com uma auréola de santidade, e morreu de morte natural, porque os assuntos humanos, sociais, políticos e econômicos nunca esteve em mãos de santos. (...) o certo é que não há porque discutir sobre uma noção que está <<desacralizada>>, posto que sobre o sagrado não cabe discussão. Perdida a fé, temos que esperar o novo, desde o princípio, a restabelecer

Destaca-se que um dos problemas básicos do modelo atual de serviço público é que seus protagonistas encontram-se sujeitos à decisões importantes, todavia, as empresas gestoras e os usuários não conseguem saber quando e como uma decisão política pode alterar as tarifas e o conteúdo das prestações, uma vez que, por exemplo, a utilização de novas tecnologias depende do poder discricionário de difícil fiscalização. O essencial é a exigência de segurança jurídica, a qual é tão necessária no serviço público como em qualquer outro âmbito da vida social.⁶³⁹

Ocorre que a ausência de segurança jurídica nos serviços públicos estatais decorre, muitas vezes, da falta ou da inadequação de regulamentação do próprio serviço, a qual é produto da vontade mutável, repise-se, do Governo.⁶⁴⁰

A proposta de mudança consiste, basicamente, na passagem da titularidade pública sobre as atividades econômicas, sobre as concessões fechadas, sobre os direitos de exclusividade, sobre os preços administrativos fixados e regulação total da atividade para um sistema aberto, com liberdade de empresa. Em suma, na retirada das barreiras de entrada ao mercado das atividades econômicas exploradas pelo Estado, como qualquer outra atividade comercial ou industrial, em que se deve lutar pelo cliente, sem mercados reservados ou cidadãos cativos.⁶⁴¹

Significa, por isso mesmo, reconhecer a passagem de uma Administração de prestação^{642,643} para uma Administração de garantia⁶⁴⁴, com relativa atenuação das

nosso conhecimento”. (MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara. *Tres postulados el nuevo servicio público*, p. 112-114). [tradução livre]

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 134. [tradução livre]

⁶⁴⁰ “Os serviços públicos se converteram em um dos mais claros paradigmas da discricionariedade governamental”. (*Ibid.*, p. 136). [tradução livre]

⁶⁴¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*, p. 25. [tradução livre]

⁶⁴² “Vivia-se então uma época de *responsabilidade administrativa máxima* (...) à Administração pública não se pedia que *garantis*se a satisfação de certas necessidades colectivas, mas que *assumis*se o encargo ou a responsabilidade de *exercer* as actividades que as satisfaziam. Os resultados deste modelo de Administração pública, titular de uma responsabilidade administrativa máxima, são sobejamente conhecidos: crescimento exponencial do aparelho administrativo e das despesas públicas, ineficiência da actuação administrativa, constantes aumentos de impostos. (...) Para evitar a previsível falência do Estado, só há um remédio: reduzir o Estado (...) desiderato que se obtém mediante a *externalização dos fins estaduais e a privatização (material e organizatória) das tarefas públicas*”. (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 8). [com destaque no original].

⁶⁴³ “Com efeito, a Administração de prestação deve preocupar-se cada vez mais com uma eficiente gestão de recursos e de pessoal, a fim de garantir uma implementação óptima das suas decisões ao nível material. Os particulares surgem como verdadeiros *clientes* do serviço público, devendo assumir um papel interactivo no sentido da indicação de padrões de conduta sobre os *produtos* que a Administração põe a seu dispor. (...) Embora atuando ‘sob reserva do possível’, a Administração tem um dever acrescido de estar à altura das expectativas criadas, sob pena de ter que responder pelo incumprimento dos seus

responsabilidades públicas.⁶⁴⁵ Entretanto, essa transição deve fazer-se mediante a fixação de determinadas obrigações ou cargas de serviço universal.^{646,647}

Faz-se necessário projetar um novo *modus operandi* da Administração Pública que consiste em reposicionar o interesse público em seu interior e encontrar formas organizativas adequadas para a sua persecução. De tal forma a promover maior indução do setor privado para a prossecução de tarefas públicas, criando uma via intermédia de atuação, que não é propriamente privada, nem pública, mas que se posiciona entre as antinomias Estado/sociedade, liberdade/imposição, cooperação/subordinação, direito privado/direito público.⁶⁴⁸

Com efeito, não se desconhece que algumas das razões que justificaram a execução direta pela Administração de atividades econômicas ainda continuam a existir e, é exatamente por esse motivo que a Administração ainda não deve se eximir de garanti-las. O compromisso, contudo, passa a ser institucional⁶⁴⁹, deixando de ser executivo.⁶⁵⁰

deveres legais”. (GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 260). [com destaque no original]

⁶⁴⁴ “...o Estado se obriga a *assegurar* ou *garantir* a existência e o exercício efectivo da tarefa, continuando empenhado nos seus resultados, assumindo a designada *responsabilidade-garantia*.” (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, p. 9). [com destaque no original]

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁴⁶ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Op. cit.*, p. 25. [tradução livre]

⁶⁴⁷ Está para além dos objetivos deste estudo discutir sobre o tema da evolução do conceito de serviço público, seu desdobramento e novas conceituações, bem como das possíveis formas desestadualização. Todavia, para a aproximação sobre a experiência europeia e o marco legal de serviços de interesse económico geral, incluindo a estratégia para a liberalização dos serviços, sugere-se, dentre outros, interessante artigo apresentado na *FOURTH ANNUAL CONFERENCE ON COMPETITION AND REGULATION IN NETWORK INDUSTRIES*, realizada na data de 25 de novembro de 2011, em Bruxelas, Bélgica, de autoria de: RUCCIA, Nicola. *The legal framework of services of general economic interesse in the european union*. Disponível em: <<http://www.crninet.com/2011/c9a.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

⁶⁴⁸ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, p. 9.

⁶⁴⁹ “...por se entender que o dever de assegurar a existência da tarefa pode não ser suficiente, considera-se conveniente que a Administração assegure que ainda no exercício da tarefa (privada) pelos privados, são observadas as ‘determinações’, ‘orientações’ ou ‘obrigações’ que ela própria impõe. Assim, se chama a atenção para um outro vetor deste tipo de responsabilidade administrativa, que pressupõe a atribuição à Administração de uma *competência de programação, de orientação e de moderação* da entidade privada a quem foi confiado (*rectius*, ‘autorizado’) o exercício da tarefa”. (*Id.*) [com destaque no original]

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 10.

Para tanto, precisam ser superados *slogans* e ideias feitas como a de que a intervenção pública, por ser *pública*, seria necessariamente mais vantajosa para os cidadãos.⁶⁵¹

Destaca-se que o degrau intermediário da concretização dos tradicionais serviços públicos, posicionado entre os setores público e privado que essas atividades ocupam, tem determinado uma redução da área do público e, por consequência uma atenuação da responsabilidade da Administração Pública, que deve garantir as prestações.⁶⁵² No Brasil, a (re)estruturação do setor elétrico faz prova disso e será enfrentada de forma mais detalhada em momento posterior⁶⁵³.

Com efeito, o conceito de Administração de garantia está relacionado com a privatização material de tarefas públicas, num processo de deslocamento da atividade do Estado para a sociedade, de conversão da atividade pública em atividade privada mediante a observância de normas jurídico-públicas.⁶⁵⁴ Sucede, porém, que o dever de salvaguardar o interesse público é de titularidade do Estado.⁶⁵⁵

Para tanto, sugere-se conceber uma estrutura organizacional que contemple uma Administração Mista, integrada por distintos titulares de poderes e competências administrativas, sem contudo, que sejam da mesma ou de diferente organização, para cooperação – formal e material – na persecução do interesse público.⁶⁵⁶

Afinal, as novas exigências que enfrenta o Estado transcendem à figura da Administração como instrumento primário da ação de configuração e integração social, ao mesmo tempo em que sinaliza uma ruptura da imagem de unidade da Administração.⁶⁵⁷

Não se ignora, que a Constituição brasileira reconhece o Governo como órgão superior da Administração Pública, todavia, resulta claro que isso não induz a que o interesse público deva ser atendido exclusivamente pelas entidades públicas ou por empresas controladas pelo Estado.

⁶⁵¹ PORTO, Manuel. O sentido da intervenção do Estado: experiências recentes em Portugal. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 1031.

⁶⁵² GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, p. 11.

⁶⁵³ Conforme desenvolvido no item 3.1.2.

⁶⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, p. 12.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 176.

⁶⁵⁶ ALFONSO, Luciano Parejo. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁵⁷ *Id.*

De fato, reconhece-se que a efetividade dos direitos econômicos e sociais é dependente de um enquadramento geral dos direitos dos cidadãos ao estabelecimento normativo visando uma adequada prestação de atividades econômicas, em especial dos serviços qualificados como essenciais à subsistência humana. Compete ao legislador a complexa tarefa constitutiva a esse respeito.

Porém, também faz parte a estruturação de uma organização administrativa apta ao desenvolvimento das tarefas em causa, mediante a abertura à iniciativa privada neste domínio, indispensável à respectiva concretização do interesse público.

3.1.1 A permeabilidade do sistema administrativo: a administração do interesse público pelo setor privado

A problemática jurídico-administrativa do interesse público, conduz a um caminho cheio de dificuldades na procura da individualização e qualificação dos interesses em causa e, ao mesmo tempo, reflete que a noção de interesse público⁶⁵⁸ tem, inevitavelmente, uma carga historicista.⁶⁵⁹

Fortemente influenciado pelo plano social, afirma-se que foi a partir do desmantelamento do modelo de Estado liberal⁶⁶⁰ que o conceito de interesse público sofreu um alargamento, obrigando a Administração a assumir responsabilidades diretas

⁶⁵⁸ “...o interesse publico não é um interesse abstracto ou um bem que pertença a uma esfera totalmente distinta da esfera do cidadão: <<o interesse público é, sem perder a sua qualidade de interesse superior, nem se resolver na soma desses interesses, a sublimação numa unidade da qual, todavia, os interesses particulares são coeficientes>>”. (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955, p. 103).

⁶⁵⁹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e sua justiça no século XXI*, p. 33-34.

⁶⁶⁰ “Efectivamente, foi no século XX que os estados construíram e consolidaram o actual estado social (...) Um estado social que, em rigor, começou a ser erguido no fim da Primeira Guerra Mundial. Pois, como se sabe, os estados por força do próprio conflito, tiveram que intervir e intervir fortemente na economia, a qual, em certa medida, foi objeto de uma verdadeira militarização. Assim, quando se chegou ao fim do conflito, em 1918, pôs-se o problema de saber o que fazer: voltar ao estado liberal anterior ou continuar com o intervencionismo de guerra, o qual, entretanto, deixara de fazer sentido. Ora, nenhuma das soluções era viável. Retornar ao estado liberal anterior era muito difícil, pois havia muitas actividades que o estado assumira, que não podia mais abandonar. Por sua vez, continuar como estavam, era continuar desnecessariamente uma economia de guerra quando o que era preciso era uma economia de paz voltada para o crescimento e desenvolvimento económicos ao serviço do bem-estar dos cidadãos. (...) os estados que optaram por manter o intervencionismo, assumiram, em sede económica, uma feição dirigista e, em sede política, um carácter autoritário ou totalitário, como aconteceu em diversos países europeus nos anos vinte e trinta do século passado. Foi, todavia, depois da Segunda Guerra Mundial, que se conseguiu assumir positivamente o intervencionismo económico do estado, compatibilizando-o com o estado de direito e com o estado democrático”. (NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 62-63).

na satisfação de necessidades públicas em domínios diversos, com a exigência de resultados concretos para a realização dos novos direitos econômicos, sociais e culturais garantidos a todos os cidadãos.⁶⁶¹

Ao atribuir o Estado a realização de certos fins, o Direito impõe-lhe a obrigatoriedade de sua realização. Com efeito, a funcionalização implica que o fim a ser atingido prepondera sobre o interesse pessoal e a conveniência do governante.⁶⁶² Por essa razão, ao titular da função são atribuídos poderes mais intensos visando a realização desses interesses superiores, pois toda função, nada mais é do que uma atividade dirigida para um fim determinado.⁶⁶³

Todavia, repise-se, a execução da administração dos interesses públicos não é monopólio do Estado⁶⁶⁴. Como consequência, haverá Estado apenas onde sua presença seja moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável.⁶⁶⁵ Por essa razão, promover o interesse público apresenta a natureza de uma função.⁶⁶⁶

A intensa vinculação do particular com a atividade administrativa, ora como usuário de serviços públicos, ora na qualidade de beneficiário de prestações sociais, ora como titular de direitos e interesses que se interrelacionam com o próprio interesse público, e outras vezes como colaborador da Administração na realização da tarefa pública, faz ampliar a complexidade e abrangência dos fins a perseguir.⁶⁶⁷

Para enfrentar essa complexa e contínua gestão de equilíbrio de interesses, originários de cidadãos diferentes uns dos outros e agrupados em razão de múltiplos interesses específicos, o Estado tem perfeita consciência de que não pode, nem deve,

⁶⁶¹ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Op. cit.*, p. 23.

⁶⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 36.

⁶⁶³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 87. [tradução livre]

⁶⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 125.

⁶⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

⁶⁶⁶ "...o conceito de função em sentido finalístico complementa-se pela integração de três aspectos diversos, a saber: a) a titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse a promover a obtenção de um fim; c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 34).

⁶⁶⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Op. cit.*, p. 23.

fazer tudo.⁶⁶⁸ Afinal, nos dias atuais a realidade nos mostra que até mesmo os interesses da esfera pública são heterogêneos.⁶⁶⁹

Porém, diz-se ser público porque representa aquilo que interessa ao Estado ou à comunidade⁶⁷⁰. Por essa razão, a noção e conteúdo concreto do interesse público deve guardar vinculação com o sistema político-jurídico vigente, bem como ao sistema de valores da sociedade que lhe confere razão ao seu conteúdo, ou seja, ao que importa, ao que é importante.⁶⁷¹

Esse interesse não é exclusivo ou próprio de uma ou poucas pessoas, senão que para um significativo número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada e que pode chegar a ser identificado como sendo de todo o grupo, inclusive daqueles que, individualmente, podem ou não compartilhá-lo.⁶⁷²

Para tanto, é imprescindível que a valoração que qualifica determinado interesse como público seja uma valoração consciente e livre, uma vontade razoável que o torne desejável e pretendido como uma coisa importante.⁶⁷³

Ademais, pode ocorrer a possibilidade de que determinada parte da comunidade não reconheça como sendo seu próprio interesse individual, ou inclusive, pode ocorrer situações em que o interesse dessa mesma parcela da comunidade entre em colisão com o interesse público eleito.

Ora, os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual serão constrangidos a aceitá-lo e a contribuir inclusive para a sua concretização, em razão de que ao fazer parte de determinada comunidade, a vontade majoritária lhe é imposta obrigatoriamente, já que outros interesses públicos que esses

⁶⁶⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 124. [tradução livre]

⁶⁶⁹ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1993, p. 111. [tradução livre]

⁶⁷⁰ “O interesse, em consequência, é sempre dentro do terreno que nos movemos, supõe a existência de algo, que pode ser uma coisa ou um bem, que é importante para uma pessoa, porque lhe significa um valor, um proveito ou uma utilidade, na ordem moral ou material, que essa pessoa aprecia como tal e que deseja adquirir, conservar, acrescentar ou manter, para sua própria esfera de valores”. (ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 237). [tradução livre]

⁶⁷¹ *Id.*

⁶⁷² *Ibid.*, p. 238. [tradução livre]

⁶⁷³ “O interesse público encontra sempre sua origem no querer axiológico dos indivíduos. (...) O interesse público, em consequência, coisa ou bem valioso querido e pretendido por cada indivíduo, tradução da influencia social do passado e do presente com pretensões de vigência para o futuro, modificado pelos mesmos em um querer predominante que se identifica com toda a comunidade, surge como algo que em cada componente da sociedade, pelo retorno, reconhece e identifica seu próprio querer e sua própria valoração positiva”. (*Ibid.*, p. 238-239). [tradução livre]

indivíduos reconhecem como seu próprio interesse individual, são impostos à outros indivíduos que não participam dele, e assim sucessivamente.⁶⁷⁴

Trata-se do reconhecimento do princípio de igual distribuição e participação dos efeitos, exigência e resultado da vontade social, no sentido da prevalência da vontade majoritária dos componentes da comunidade, que determina a sua imposição sobre aqueles indivíduos que não participam do mesmo, exteriorizando-se por meio de um nítido sentimento de solidariedade e integração social.⁶⁷⁵

Implica reconhecer que é justamente a coincidência majoritária de interesses individuais como resultado de uma vontade livre e consciente que outorga a determinado interesse a qualificação de ser público.

Nesse sentido, a imposição forçada aos componentes de uma comunidade, de um interesse de Estado, de partido, de Governo, de Administração Pública não o qualifica como público, eis que não há a aquiescência de significativo número de membros da comunidade.⁶⁷⁶

Reconhece-se, ainda, que o interesse público não possui uma entidade ontológica, substancial, diferente do que apresenta o interesse individual. Sob este aspecto, ambos são similares, entre eles inexistente uma diferenciação qualitativa, senão quantitativa. Significa dizer que o interesse público pertence a uma quantidade preponderante de indivíduos em determinada comunidade, que se consideram unidos por meio de uma valoração e uma decisão que entendem comum, o que o torna predominante pelo fato de se reconhecer nele muitos interesses individuais coincidentes.⁶⁷⁷

Esse entendimento, todavia, não induz a que o interesse público seja uma entidade superior ao interesse privado, tampouco que exista uma contraposição entre ambos. O interesse público é apenas prevalente com relação ao interesse privado, porém não o aniquila.

⁶⁷⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 239-240. [tradução livre]

⁶⁷⁵ “Reconhecemos como plausível a existência de uma representação da comunidade pelo número majoritário e coincidente de seus componentes, porém não deixa de ser um arbítrio que contradiz, em essência, a formação da consciência e da vontade social, através de sistemas que reconhecem sua origem na presença de um contrato ou pacto social que requer a presença do consentimento de todos, sem exceções, como condição de um verdadeiro consentimento”. (*Ibid.*, p. 240). [tradução livre]

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 241. [tradução livre]

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 243. [tradução livre]

Alude-se que o interesse público não é um conceito carente de conteúdo concreto, eis que seu conteúdo deve ser reconhecível e determinável, consistindo em uma coisa ou um bem que é perceptível para qualquer componente da sociedade. O interesse público não pode ser algo abstrato, senão será mera aparência, quando, na verdade, deve ser uma realidade.⁶⁷⁸

Ademais, o conteúdo concreto do interesse público não é fixo, mas variável. Significa dizer que, dependendo das condições políticas, sociais, econômicas, morais e culturais vigentes em determinado espaço de tempo e lugar, poderá modificar-se, assim como acontece com o próprio interesse particular ou privado, como consequência da alteração das condições que lhe deram origem.⁶⁷⁹ É a exigência da atualidade que confere a efetiva vigência ao interesse público.⁶⁸⁰

Desse modo, para que determinado interesse público seja assim reconhecido, deve ser possível subsumi-lo das grandes finalidades estabelecidas no preâmbulo e demais normas constitucionais, evitando-se com isso que se constituam como interesses públicos meros interesses setoriais ou de grupos, de partidos ou de ideologias que não sejam simétricas com nossa organização político-social.⁶⁸¹

Nesse sentido, o interesse público é frequentemente apresentado como se possuísse conteúdo positivo, mas é de fato utilizado quase sempre como conteúdo normativo. Reconhece-se que a ambiguidade da utilização do termo é consequência da impossibilidade de se definir, numa perspectiva econômica, interesse público.⁶⁸²

De fato, há consenso de que a base e o fundamento de todo agir estatal deve ser o interesse público, reconhecido como resultado de um conjunto de interesses individuais coincidentes e majoritários, atribuídos à sociedade.⁶⁸³ Contudo, é preciso

⁶⁷⁸ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 245. [tradução livre]

⁶⁷⁹ *Id.*

⁶⁸⁰ “Porém, pode ocorrer que tal interesse somente chegue a ser eventual ou potencial, enquanto alguns indivíduos não sintam esse necessidade no momento presente, porem compreendem e sentem que haverá de aparecer ou poderá apresentar-se, necessariamente ou não, em algum momento futuro (...) se identifica como um interesse atual, ainda quando em si mesmo possa qualificar-se como eventual ou potencial”. (*Ibid.*, p. 248). [tradução livre]

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 261. [tradução livre]

⁶⁸² “Os melhores esforços têm tentado identificar interesse público como uma função social de bem-estar eficiente no sentido de Pareto. (...) Todavia, num mundo real de mudanças incessante, existe sempre alguém que é afectado negativamente pelas escolhas públicas. (...) não é possível escolher entre resultados que servem o interesse público utilizando um critério estático”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 178-179).

⁶⁸³ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 245. [tradução livre]

compreender que não é possível definir equivocadamente interesse público, assim como escolher, sem ambiguidades, políticas públicas.⁶⁸⁴

Não obstante, interesse público deve ser sinônimo de acordo temporário sobre um conjunto comum de objetivos estabelecidos entre decisores econômicos, público e privados.⁶⁸⁵ E, para tanto, o interesse público deve ser alcançado e as necessidades públicas satisfeitas do melhor modo possível, sendo esse o fator de decisão preponderante na eleição de quem deverá satisfazê-lo.

Assim, no âmbito de uma Administração Pública desejável haverá alguns interesses que, por exemplo, poderão ser atendidos pela Administração direta, outros de forma descentralizada ou por via da concessão, e inclusive alguns que possam ser atingidos por meio da colaboração mista entre Estado e sociedade.

É indubitável que a outorga da concretização de interesses públicos ao setor privado pode, eventualmente, potencializar os riscos de intromissão de interesses privados nas tarefas públicas, mas, importa dizer que estes riscos não estão ausentes quando os interesses públicos são concretizados pelo setor público.

A escolha dependerá das necessidades que tenham que ser satisfeitas, da capacidade, das condições e circunstâncias que se apresentem, da índole do interesse público inerente ao mesmo, da capacidade econômica dos cidadãos demandantes e de muitos outros fatores semelhantes que necessitem ser de forma ponderada e objetivamente consideradas.^{686,687}

Se, por um lado, compreende-se que o Estado apenas deve fazer o que a iniciativa se mostre incapaz de assegurar⁶⁸⁸, por outro lado, vislumbra-se que os interesses públicos devem ser perseguidos, na medida do possível, em um nível mais

⁶⁸⁴ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 489.

⁶⁸⁵ *Id.*

⁶⁸⁶ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 124. [tradução livre]

⁶⁸⁷ “Atualmente, todavia, os particulares são chamados a assumir responsabilidades de execução de tarefas *nucleares* do Estado, que correspondem, em certa medida, à mais profunda razão de ser – e de existência – do próprio Estado: a gestão global das prisões, a manutenção da ordem e da tranquilidade públicas e a definição de parâmetros e o controlo das condições de segurança técnica são alguns exemplos de tarefas de ‘policy making’ em que os particulares espontaneamente se envolvem ou se vêem estrategicamente envolvidos. Como já foi observado com precisão, o aspecto verdadeiramente inovador das actuais formas de *contracting out* do Estado, reside no espetacular alargamento do universo de funções delegáveis e na percepção da delegabilidade de certas missões públicas”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 16-17). [com destaque no original]

⁶⁸⁸ O tema está afeito à atuação subsidiária do Estado, na economia. Interessante abordagem sobre a subsidiariedade no Estado brasileiro encontra-se na obra de: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p.155-242.

próximo dos cidadãos.⁶⁸⁹ Essa noção de interesse é, ao mesmo tempo, interesse geral de toda a comunidade e interesse individual de cada um de seus componentes que está inserido e refletido nele.⁶⁹⁰

Com efeito, ainda que o setor privado não possua uma tradição institucional de servir ao interesse público, não se pode negar que há profunda crença nos bons resultados que a contribuição privada pode trazer para a realização dos fins públicos.⁶⁹¹

Esse cenário, representa um novo desafio para o Direito pátrio: compreender o sentido e o alcance de algumas transformações que estão evidenciando a permeabilidade do sistema administrativo para a execução de tarefas públicas por entidades privadas.⁶⁹²

Por isso mesmo, a caracterização pública de interesses deverá ser resultante de uma declaração juspolítica, expressa formalmente em lei que também disporá sobre as formas e modos de satisfazê-los, daí que a atividade de administração de interesses públicos necessita ser estudada, de forma simultânea, sob o ângulo da sua definição política e da sua definição jurídica, conduzindo ao reconhecimento inevitável desse imbricamento.

3.1.2 Intervenção pública evolucionista: a necessidade de transformação estrutural do Estado

As constantes alterações na agenda do desenvolvimento e avaliações negativas de desempenho estatal interagem com mudanças no ambiente ideológico e intelectual para trazer ao centro do debate sobre o desenvolvimento a questão do Estado permanecer, ou não, como um agente econômico ativo.⁶⁹³

⁶⁸⁹ “...pela região, apenas se a intervenção municipal se revelar insuficiente; pelo Estado, somente se a actividade regional não for bastante; por uma entidade supraestatal, unicamente se o Estado não puder promover eficazmente a satisfação de tais interesses”. (CAUPERS, João. Sobre o estado do Estado. In: CAUPERS, João. *AB VNO AD OMNES: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 273).

⁶⁹⁰ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 194. [tradução livre]

⁶⁹¹ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 23.

⁶⁹² “Pela nossa parte, o contributo que oferecemos passa, fundamentalmente, pela tentativa de compreender o sentido e o alcance de algumas das transformações que estão se verificando, conferindo, nesse contexto, um especial destaque ao fenómeno que se traduz na delegação de poderes públicos de autoridade em entidades privadas que participam no desempenho da função administrativa”. (*Id.*)

⁶⁹³ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 108.

Afirma-se que, sob o ponto de vista econômico, o Estado brasileiro estaria classificado em um nível intermediário entre os tipos *predatório*⁶⁹⁴ e *desenvolvimentista*⁶⁹⁵. A imagem do Estado como problema surgiu, em parte, devido ao seu fracasso em realizar as tarefas que lhe foram confiadas, porém, o remédio não está no desmantelamento do Estado, mas sim na sua reconfiguração.⁶⁹⁶

Reconhece-se que o Estado deve propiciar incentivos desequilibradores visando induzir o setor privado a investir e ao mesmo tempo estar pronto a aliviar gargalos que estejam criando desincentivos ao investimento.⁶⁹⁷

Entretanto, conforme já destacado, o setor empresarial estatal brasileiro possui peso e posição relevante no sistema econômico, representando, por isso mesmo, um locus de poder, recursos e interesses.^{698,699}

⁶⁹⁴ “A ‘orientação para a renda’, conceituada em termos mais primários como ‘corrupção’, tem sido sempre uma faceta bem conhecida da operação dos Estados do Terceiro Mundo. Alguns aparelhos de Estado consomem o excedente que extraem, incentivam atores privados a mudarem de atividades produtivas para a improdutiva ‘orientação para a renda’ e fracassam em fornecer bens coletivos. Não possuem mais nenhum respeito por suas sociedades do que um predador por sua presa e são legitimamente chamados ‘predatório’”. (EVANS, Peter. *Op. cit.* p. 113). Para Peter Evans, o Estado desenvolvimentista se caracteriza pela coerência corporativa da burocracia, pela seletividade da ação estatal e pela vigência da autonomia inserida (*embedded autonomy*): “Extraem excedente mas também fornecem bens coletivos. Fomentam perspectivas empresariais de longo prazo entre elites privadas mediante o aumento de incentivos ao engajamento em investimentos transformadores e a redução dos riscos envolvidos em tais investimentos”. (*Ibid.*, p. 117).

⁶⁹⁵ “Uma abundância de pesquisas históricas e contemporâneas esclarece as diferenças entre o Brasil e o tipo ideal de “Estado desenvolvimentista”. As diferenças começam na simples questão de como as pessoas ocupam cargos no governo. (...) As consequências negativas do apadrinhamento são exarcebadas pelo caráter dos padrões de carreira que um tal sistema promove. Em vez de afinados com os ganhos de longo prazo via promoções baseadas em desempenho organizacional relevante, os burocratas brasileiros enfrentam carreiras em *staccato*, pontuadas pelos ritmos de mudança na liderança política e gestão periódica de novas organizações (...) É uma estrutura que não somente dificulta a coordenação política, como estimula o recurso a soluções personalíssimas (...) Problemas gerados por divisões entre elites econômicas dominantes foram agravados pela natureza das estruturas do Estado. A falta de uma estrutura burocrática estável também complica o estabelecimento de laços regulares com o setor privado do tipo ‘orientação administrativa’ e joga a interação público-privado para canais individualizados”. (*Ibid.*, p. 141-143).

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁶⁹⁸ “...em 1980, o cadastro da SEST apresentava 560 empresas que empregavam mais de 1,4 milhões de pessoas e cujo ativo total representava o dobro do PIB e o quádruplo do orçamento da União em 1981. Já a década de 90 presenciou a transferência, para a iniciativa privada, do controle acionário de diversas empresas antes controladas pelo Estado. (...) Como decorrência deste processo, o número de empresas estatais que constam do cadastro do Ministério do Planejamento é de 103 empresas, dados de 31 de dezembro de 2001...”. (MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 1).

⁶⁹⁹ Em 31/12/2012, apenas no âmbito do Governo federal o setor empresarial contava com 141 empresas (46 controladas diretamente e outras 95 controladas indiretamente pela União, dentre elas 108 têm a origem e a aplicação dos recursos inseridas no Programa de Dispêndios Globais – PDG, cujo desempenho é acompanhando sob diferentes aspectos, notadamente em relação aos limites orçamentários, ao resultado fiscal e ao nível de endividamento externo), empregando 922.157 pessoas, com ativo total de 1 bilhão e 828 milhões de reais. O investimento do setor público, em percentual do PIB, apenas das estatais federais,

Resultado da ação fortemente interventiva do Estado como agente econômico direto, esse cenário conformou a atividade administrativa pública de execução do ordenamento econômico, modernamente conceituada como uma atividade da Administração de caráter disciplinativo ou substitutivo da ação da sociedade no campo econômico.⁷⁰⁰

Contudo, compreende-se que o novo papel do Estado deve ser o de facilitador da economia⁷⁰¹, para que a mesma se torne internacionalmente competitiva, fornecendo os meios financeiros e administrativos para que sua economia e, por consequência, o mercado, se desenvolva de forma satisfatória e coordenada com seus deveres constitucionais.

Com efeito, no que diz respeito à intervenção na modalidade empresarial estatal, tem-se que os processos de privatização até aqui vivenciados e, mais recentemente, a condução do modelo de reforma adotado para o setor elétrico brasileiro⁷⁰² servem para comprovar a existência de disfunções⁷⁰³ e fragilidades na

foi de 2%. O resultado operacional foi de R\$ 46.035 milhões de reais, com destaque para o prejuízo noticiado de aproximadamente R\$ 7 milhões de reais para as empresas do grupo Eletrobrás, em face, dentre outros, da prorrogação antecipada dos contratos de concessão vincendos, com compromisso de redução de tarifas a partir de 2013. O lucro líquido consolidado do Petrobrás registrou uma queda de 36% em relação ao ano anterior (2011). Importante destacar ainda que, apenas entre 2008 e 2013, portanto, durante os Governos do Presidente Lula e Dilma Rouseff, foram criadas mais 14 empresas estatais federais, e o número de empregados registrados, apenas no quadro de pessoal próprio, aumentou em 17,4%, no mesmo período. Não existem dados consolidados e agrupados referentes às estatais do âmbito dos estados federados e dos municípios. Cf. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais*, 2012. Brasília: MP/SE/DEST, 2012. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2012/Perfil_2013_ano_base_2012.pdf>. Acesso em 22 dez. 2013.

⁷⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 119.

⁷⁰¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do serviço público*, v.120, n.1, 1996, p. 7-40.

⁷⁰² Sobre o detalhamento do processo de reforma do setor elétrico brasileiro, recomenda-se: ROSA, Luiz Pinguelli. SENRA, Paulo M.A. *Participação privada na expansão do setor elétrico ou venda de empresas públicas?* Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1995; ROSA, Luiz Pinguelli. *Resumo executivo do relatório da COPPE- UFRJ : sobre a análise de aspectos críticos da gestão compartilhada da CEMIG com o sócio estratégico*. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2000; ROSA, Luiz Pinguelli. TOLMASQUIM, Maurício T. *O estado do Rio de Janeiro e a privatização do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Energia, 1996.

⁷⁰³ “No caso da CEMIG (...), uma série de projetos altamente prioritários para o mercado da empresa e para o setor elétrico jamais saiu do papel, com o descumprimento sistemático dos prazos de implantação definidos pelo poder concedente. A justificativa apresentada pelos representantes do sócio estratégico privado era a falta de financiamentos. Entretanto, a política de dividendos foi diametralmente oposta ao tratamento reservado aos investimentos; por proposição da Diretoria Executiva, em 1997 foram distribuídos a título de dividendos e de juros sobre o capital próprio um total de R\$ 273 milhões (88% do lucro do exercício) contra um investimento líquido (além da depreciação) de R\$ 316 milhões, sendo que para 1998 o total alcançou R\$ 558 milhões (116% do lucro líquido) contra um investimento líquido de R\$ 177 milhões. (...) o planejamento dos anos subsequentes previa um volume crescente de dividendos,

gestão das empresas estatais, como por exemplo, a manipulação das tarifas dos serviços, um dos fatores responsáveis pela deterioração financeira de várias sociedades comerciais.⁷⁰⁴ Trata-se da prática de utilização dos denominados preços políticos, anteriormente referidos.

Ainda, a visível instabilidade do equilíbrio de forças entre elites burocráticas e econômicas induz o reconhecimento de que a margem de manobra dos burocratas em face do poder político, na disputa pelo poder e no interior de sociedades estatais, oscila de acordo com o resultado da disputa pelos recursos e poder disponíveis.⁷⁰⁵

Essa constatação reflete a discussão que afeta, em maior ou menor medida, todos os setores econômicos intervencionados pelo Estado brasileiro e representa um ponto de partida para questionar se a intervenção na modalidade de sociedade comercial estatal está, efetivamente, voltada à consecução de fins socialmente desejáveis.

Apenas para tornar esse raciocínio mais compreensível, é possível formular uma equação praticamente silogística, no sentido de que quanto mais adequada for a intervenção governamental, menos recursos públicos e privados tendem a ser desperdiçados, permitindo otimizar e priorizar as alocações orçamentárias de forma alternativa ou cumulativamente para a redução da carga tributária e, conseqüentemente, para alavancar o próprio incremento dos investimentos sociais.⁷⁰⁶

No caso concreto das sociedades comerciais estatais, retorna-se à temática da ambiguidade de objetivos presente na sua composição acionária, que consiste na eventual existência de conflitos de interesses e objetivos entre o sócio privado e sócio público. Essa ambiguidade dificulta a mensuração dos resultados finalísticos da sociedade estatal.

mostrando uma clara orientação de reduzir o tempo de retorno dos investimentos realizados pelos acionistas privados na compra de sua participação acionária na empresa". (MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 31).

⁷⁰⁴ "...porque somente após a privatização se está garantindo um mecanismo de remuneração para as empresas elétricas de uma forma que nunca foi feita quando eram estatais? Além disso, é esperado que a remuneração do capital atinja 20% ao ano, enquanto antes era legalmente de 10% a 12% e na realidade 5% ou menos". (*Ibid.*, p. 18.); ROSA, Luiz Pinguelli. SENRA, Paulo M.A. *Participação privada na expansão do setor elétrico ou venda de empresas públicas?*, p. 36-49.

⁷⁰⁵ Veja-se, a título de exemplo, o caso da sociedade de economia mista Petrobrás. Os reajustes tarifários dos combustíveis no mercado brasileiro não seguem a lógica empresarial, mas governamental.

⁷⁰⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 8.

Ademais, a impossibilidade de aferição dos efeitos da intervenção econômica e social do Estado para além dos meros resultados empresariais contábeis e financeiros divulgados, pouco revelam para além da suposta distribuição de dividendos e não permite visualizar a efetividade e a adequabilidade da intervenção.⁷⁰⁷

Isso sugere que diferentes cursos da ação estatal resultam da correlação de forças e interesses⁷⁰⁸, com cada um buscando alcançar os objetivos que lhe são caros, como a maior lucratividade ou maior desenvolvimento econômico⁷⁰⁹. Objetivos aparentemente antagônicos que convivem tão proximamente, em um movimento pendular que oscila entre incentivos e alinhamento de interesses.⁷¹⁰

A dúvida consiste em identificar se os custos associados à existência da sociedade comercial estatal não excedem os benefícios eventualmente obtidos.

Ora, quando os objetivos empresariais são ambíguos, como no caso da sociedade comercial estatal, o controle⁷¹¹ da gestão empresarial e de seus respectivos resultados torna-se impreciso e difícil. Nessa situação, o controle se afasta da tecnicidade e passa a ser político, dependente das estruturas de poder e da capacidade do pessoal de topo em criar um processo de negociação interessante para as partes. O quadro se complica ainda mais devido às assimetrias informacionais existentes entre os segmentos da burocracia, do empresariado e da classe política.⁷¹²

⁷⁰⁷ “Até o momento, os acionistas podem ser vistos como os grandes beneficiários deste processo, tendo em vista a generosa política de distribuição de lucros adotadas pelos controladores. Como consequência, reduz-se o volume de capital disponível para investimentos”. (MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 19).

⁷⁰⁸ Nos termos da proposição construída pela *Public Choice*, conforme anteriormente introduzido.

⁷⁰⁹ “Há, porém, uma questão que precede logicamente afirmativas desta natureza: como aferir a eficácia da ação estatal? O que explica o fato de que nem todos os Estados são igualmente bem-sucedidos em estabelecer regras vinculatórias para as interações econômicas e sociais e em desempenhar as funções que lhe são próprias?” (COTTA, Tereza Cristina. *Burocracia, capacidade de Estado e mudança estrutural*. In: *Texto para discussão*. v. 21. Brasília: ENAP, 1997, p. 5).

⁷¹⁰ De acordo com Peter Evans, a excelência da intervenção estatal seria dependente de uma rara combinação, praticamente inatingível: de um lado, das características estruturais do setor público e dos perfis das carreiras burocráticas e, por outro lado, do alcance de um nível ótimo de permeabilidade do Estado com a sociedade civil organizada. (EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 135).

⁷¹¹ A teleologia normativa da criação da sociedade empresarial sugere a obrigatoriedade do controle da sociedade de economia mista pelo Estado. A disposição normativa se encontra expressa no art. 238 da Lei de Sociedades Anônimas: “Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. (BRASIL. Lei Nº 6404, de 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494consol.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013).

⁷¹² COTTA, Tereza Cristina. *Op. cit.*, p. 5. A temática da assimetria de informações será objeto de maior enfrentamento a seguir.

Em regra, as organizações possuem meios de (re)solver tais ambiguidades, transformando as incertezas externas em certezas internas.⁷¹³ Porém, ao invés de se institucionalizarem, as relações se individualizam, assumindo a forma relacional de anéis burocráticos⁷¹⁴ constituídos de grupos de indivíduos do setor privado vinculados igualmente a pequenos grupos de burocratas, em geral por meio da articulação de algum detentor de cargo público.⁷¹⁵

Com efeito, ao longo da história a tarefa tradicional dos governos tem sido de redistribuição de riqueza entre os grupos sociais. Contudo, uma vez que existe um processo político a escolha de transferência de riqueza tem maximizado a maioria de apoio político sem ocupar-se da minimização dos custos sociais.⁷¹⁶

Em termos gerais, essa leitura da estrutura interna dos laços e da operação do Estado Brasileiro evidencia sua ineficácia de, até mesmo, cumprir suas funções mínimas de Governo.⁷¹⁷ Com efeito, a persistência de características clientelistas e patrimoniais tem impedido a construção da coerência corporativa estatal.⁷¹⁸

A falta de seletividade na intervenção do Estado sobrecarrega a burocracia e contribui para impulsionar a erosão das instituições do Estado.⁷¹⁹ Assim, com capacidade burocrática menos desenvolvida, os aparelhos intermediários estatais enfrentam estruturas sociais cada vez mais complexas e divididas.⁷²⁰

Resta evidente que o Estado brasileiro tem tentado fazer coisas demais e tem se mostrado incapaz de selecionar estrategicamente um conjunto de atividades à altura de sua capacidade.⁷²¹

Alude-se a que as primeiras concepções sobre o Estado desenvolvimentista consideravam que os recursos necessários para empreender novas tarefas seriam

⁷¹³ MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 32.

⁷¹⁴ A expressão é utilizada por Fernando Henrique Cardoso: CARDOSO, Fernando Henrique. *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975, p. 143.

⁷¹⁵ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 143.

⁷¹⁶ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 172.

⁷¹⁷ SCHNEIDER, Ben R. Framing the State: economy policy and political representation in post authoritarian Brazil. In: WIRTH, John D. NUNES, Edson de Oliveira. BOGENSCHILD, Thomas E. *State and society in Brazil: continuity and change*. Boulder, Colo.: Westview Press, 1987, p. 230-231.

⁷¹⁸ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 145.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 148.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 149.

⁷²¹ “A primeira e mais óbvia lição a ser tirada desses casos é que a burocracia está em *escassez* de oferta e não em excesso. (...) Existe uma abundância de organizações regulamentadoras ou administrativas, mas a maioria não dispõe nem da capacidade de adotar metas coletivas de uma forma previsível e coerente nem de interesse em fazer isso. (...) A segunda lição é uma extensão da primeira. A capacidade do Estado de desempenhar funções administrativas e outras deve ser abordada como um bem escasso”. (*Ibid.*, p. 150).

automaticamente gerados pelo desempenho dessas próprias atividades, fazendo-se uma analogia com a situação da expansão das vendas que gera mais produção. Entretanto, a analogia se mostrou falsa, tendo em vista que o alargamento das incumbências estatais comprovou que a capacidade do Estado cresce de modo muito mais lento do que a expansão de suas tarefas.⁷²²

O abismo entre a capacidade estatal necessária e disponível revela e ameaça a execução eficaz de tarefas do Estado⁷²³. Alavancado pela inadequação de suas estruturas administrativa, o baixo desempenho estatal resultante dificulta a geração de recursos financeiros necessários para aumentar sua capacidade para fazer frente às demandas sociais.

O argumento que aqui se levanta consiste em salientar que a seletividade das tarefas estatais é uma necessidade. Por conseguinte, ao mesmo tempo joga luz na necessidade de remodelação da atual construção institucional brasileira que ainda mantém o Estado no papel diretamente produtivo mediante a utilização de estratégias que se revelam menos adaptadas ao mercado e mais severamente condicionadas ao jogo político.

Com efeito, mesmo que o Estado aceite um repertório mais limitado, ainda assim existe a possibilidade de que as demandas da ação estatal excedam o que pode ser solvido pela sua capacidade existente.⁷²⁴ Repise-se, o que se propõe é um (re)pensar do Estado como agente econômico e não o desmantelamento do Estado.

Reconhece-se que a existência do Estado é essencial ao crescimento econômico⁷²⁵ e que os mercados estão sempre inevitavelmente inseridos em uma matriz que abrange, ao mesmo tempo, entendimentos culturais e sistemas sociais compostos de laços individuais polivalentes.⁷²⁶

Para tanto, a construção de uma rede administrativa, construída de modo a consolidar laços que vinculem o setor estatal ao privado se mostra imprescindível para atingimento da eficácia do Estado. Afinal, essa não decorre apenas de sua capacidade

⁷²² EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 151.

⁷²³ *Id.*

⁷²⁴ *Id.*

⁷²⁵ NORTH, Douglass C. *Structure and change in economic history*. Nova York: Norton, 1981, p. 20.

⁷²⁶ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 114.

inerente, mas, da complexidade e estabilidade de interação com os demais atores do mercado.⁷²⁷

Por óbvio que compreende-se que a construção de uma adequada estrutura organizacional administrativa capaz de gerar incentivos suficientes para induzir todos a adotar metas coletivas sustentáveis, deve ser realizada segundo uma análise conjunta do Estado e de suas estruturas sociais⁷²⁸. O sucesso de qualquer agenda de ajuste estrutural estatal exige contrapartes sociais complementares.

Nesse contexto, para a construção de um ambiente desenvolvimentista, o Estado deve ser seletivo em suas intervenções. Nele, a burocracia deve operar como um mecanismo filtrante, com foco na ação política planejadora e no estímulo ao setor privado para concentrar-se em produtos e processos fundamentais para o crescimento econômico futuro.⁷²⁹

Frequentemente, os argumentos em favor do papel central do Estado na economia aplicam-se com maior intensidade às situações nas quais a transformação estrutural está na ordem do dia. Porém, o ajuste estrutural exige mais do que uma mudança gradual.⁷³⁰

Todavia, compreende-se que não há um modelo único de substituição do Estado como agente econômico, mas vários.⁷³¹

As funções que o Estado pode desempenhar em sistemas evolutivos que exibem uma dinâmica contingente e irreversível em que os resultados são incertos à partida e cuja consequência das intervenções não podem ser completamente antecipadas. Descarta-se, desde logo, o atual Estado onisciente que pode ser substituído por um Estado evolucionista consciente de seu papel de facilitador do

⁷²⁷ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 120.

⁷²⁸ “Em compensação, reconstruir o Estado é uma tarefa amorfa e frustrante, um projeto para décadas, senão para gerações. Apesar disso, a capacidade ampliada do Estado continua a ser uma exigência da política econômica eficaz, inclusive do ajuste estrutural sustentável. Buscar outra alternativa seria uma forma perigosa de utopismo. Transformar o Estado de problema em solução deve ser um item central em qualquer agenda política realista para o Terceiro Mundo”. (*Ibid.*, p. 155-156).

⁷²⁹ “Contudo, a seletividade parece ser uma característica geral do Estado desenvolvimentista”. (*Ibid.*, p. 134).

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 118.

⁷³¹ “...desde a intervenção indirecta do Estado até a pura e simples <<desintervenção>> e, dentro desta, desde a intervenção a cargo de entidades públicas autónomas até à que cabe a entidades independentes mistas e mesmo privadas. O leque é variado. Uma coisa é certa à <<desregulação>> estatal não sucedeu o caos”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Económico*, p. 428-429).

funcionamento do mercado e disseminador de informação relevante que promova a coordenação das interações individuais na direção de um objetivo coletivo comum.⁷³²

O quadro contemporâneo das atividades administrativas evidencia a necessidade de limitar a hipertrofia que alcançaram os modelos dominantes de Estado, visando reduzir suas intervenções nos processos espontâneos da sociedade. A adoção de uma postura estatal orientadora e estimuladora da economia, isenta de coação, oferecedora de modelos alternativos de adesão, racionais e razoáveis, de coordenação de esforços para o desenvolvimento, se afigura necessária.

De fato, a forma errada de intervenção estatal pode ser muito mais prejudicial à sociedade do que a ausência da mesma, assim como sua atuação adequada é capaz de gerar inegáveis benefícios.⁷³³ Não se pode omitir que há a necessidade de analisar os custos e benefícios de cada medida, e, por conseguinte, dos gastos governamentais dela decorrente, a fim de que se possa alcançar a maior efetividade possível.

Delimitar qual o objeto de atuação do Estado em muito ultrapassa o objetivo desta tese. A incitação para discutir o escopo do Estado e a necessidade de sua (re)estruturação é aqui utilizada apenas para evidenciar que (i) o protagonismo do setor produtivo estatal, notadamente a permanência da(s) figura(s) da sociedade comercial no âmbito da estrutura administrativa brasileira necessita ser sopesada sob a lógica econômica da sua relação custo/benefício para a sociedade e que, (ii) a seletividade⁷³⁴ de exploração de atividades econômicas é um dever que se impõe ao Estado brasileiro, em face da disposição constitucional expressa no art. 174 da Constituição Federal que ordena a alteração da intervenção estatal na economia.

⁷³² “Este Estado desempenha funções mais modestas, mas também mais difíceis, complexas e criativas do que a mera correção de falhas de mercado. Por outras palavras, um Estado evolucionista tem de reconhecer que a evolução dos sistemas sociais é contingente e irreversível; que o sistema económico pode terminar num resultado imprevisível à partida dado existirem múltiplos equilíbrios possíveis; que os decisores são racionalmente limitados incluindo ele próprio”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 386-387).

⁷³³ STIGLITZ, Joseph. *Joseph Stiglitz and the World Bank: the rebel within*. New York: Anthem Press, 2001.

⁷³⁴ “Na verdade, essa seletividade permite um direcionamento maior das atividades governamentais para objetivos distributivos”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 43).

3.2 FUNDAMENTOS PARA REDUÇÃO DO ESTADO PRODUTOR

As atuais tendências administrativas buscam alcançar maior efetividade estatal, redução de custos e maior proximidade com a sociedade, de tal forma a minimizar as distorções causadas pelas falhas de intervenção, conforme anteriormente debatido.

Todavia, dentre os maiores desafios da contemporaneidade encontra-se a necessária avaliação dos resultados das ações governamentais, para além da apenas redução de custos de produção e distribuição dos serviços e bens oferecidos à sociedade.

De fato, a medida da eficiência do agir administrativo e, por conseguinte de sua eficácia, é muito mais complexa do que no setor privado, esta última avaliada, em regra, em função da sua lucratividade, porquanto as prestações administrativas não são frequentemente mensuráveis e falta-lhe uma medida comum de valores.

O significado da eficácia como critério da atividade administrativa não é, portanto, o da mera eficiência econômica, senão uma eficácia co-participante de um quadro geral de referentes axiológicos que coloca complexas questões retiradas da Constituição e de elementos de decisão política.⁷³⁵

As atividades de prestação econômica da Administração Pública brasileira encontram-se distribuídas em setores muito variados, cada qual possuindo critérios de eficiência diferenciados. Sugere-se como critério de aferição a avaliação do nível de satisfação dos objetivos da Administração, que, ainda assim tende a ser relativo eis que as informações necessárias para uma efetiva percepção não estão disponíveis no nível adequado, revestindo-se em um problema de assimetria de informação.

No âmbito da organização empresarial estatal cada vez mais se requer capacidade de adaptação a um cenário em mudança econômica permanente, indicando que os fins a perseguir não estão, nem podem estar, definidos de uma única vez, eis que a eficiência demanda constante adaptação e inovação no setor produtivo.

Com efeito, no cenário contemporâneo os pressupostos do agir administrativo não dependem apenas dos objetivos a perseguir, mas também da

⁷³⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 166-170.

capacidade de responder adequadamente às contingências. A capacidade de adaptação ao cenário de economia dinâmica requer modificações profundas no estilo e na estrutura organizacional administrativa, de tal forma a superar a gestão ineficiente do setor estatal.^{736,737}

3.2.1 Assimetria informacional: uma provável restrição ao agir eficiente estatal

O efeito decorrente da informação imperfeita pode ser assemelhado ao das outras falhas de mercado, na medida em que os indivíduos, sem a informação adequada, não possuem condições para valorar aquilo que, no âmbito do mercado, resultaria na prestação de determinado serviço ou no fornecimento de um bem com qualidade ou quantidade ótima⁷³⁸. A ausência de informações adequadas restringe a capacidade de agir de forma eficiente.

Com efeito, em um ambiente de informação assimétrica, o usuário de determinado serviço ou o adquirente de um bem, não tem plena consciência sobre todas as características inerentes ao processo de produção e distribuição do produto, conferindo oportunidade ao prestador para que atue em um nível subótimo a fim de auferir mais lucros. Ou seja, o ambiente de informação assimétrica gera incentivos para condutas oportunistas.

Diversos fatores podem contribuir para a falta de informação em uma transação. Algumas vezes as pessoas mentem ou sonegam informações a fim de obter alguma vantagem, outras vezes as pessoas deixam de transmitir a informação para economizar custos de comunicação, pois talvez o custo seja elevado ou o receptor não a

⁷³⁶ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*, p. 166-170.

⁷³⁷ “...ineficiências que são ditadas pela particular organização do Estado, e que não podem deixar de existir enquanto se entender necessária a subsistência do Estado. Enumeremos algumas dessas ineficiências: - A subordinação da actuação estadual a requisitos de estrita legalidade (...) por exemplo, os imperativos de transparência e da contenção de custos, a imposição do recurso a concursos públicos, a impugnabilidade judicial das decisões-, - A perceptível dificuldade de manutenção de compromissos a longo prazo, face à possibilidade de alternância no poder de partidos opostos (...) – As regras de anualização orçamental (...) – A irresponsabilização que advém, para a administração estadual e para os gestores do sector público, do facto de ser muito difícil chegar-se à insolvência do Estado, podendo por isso contar com maior cobertura de ineficiências do que aquela que é possível no sector privado (...) enquanto que no sector público se conta com o saco sem fundo do financiamento estadual (aquilo que se designa por <<soft budget constraint>>)...”. (ARAÚJO, FERNANDO. *Introdução à Economia*, p. 628).

⁷³⁸ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 27-28.

compreenda.⁷³⁹ Nessa hipótese, a ignorância racional é reconhecida como o grau ótimo de informação incompleta.⁷⁴⁰

De fato, a assimetria na informação, pode favorecer uma das partes em uma determinada relação e causar efeitos gravosos decorrentes, como por exemplo, o estímulo à seleção adversa e ao risco moral.^{741,742,743}

Fernando Araújo leciona que é usual contrapor-se a seleção adversa e risco moral como se fossem, respectivamente, dos domínios *ex ante* e *ex post* de manifestação de assimetria informativa, porém, aduz o autor que seria mais adequado abstrair-se a questão temporal e associar-se o conceito de seleção adversa às assimetrias informativas que se reportem a uma variável exógena, não manipulável pela parte que se beneficia da assimetria informativa e, de outro lado, associar-se o risco moral às assimetrias informativas que digam respeito à uma variável endógena, manipulável pela parte que se beneficia da assimetria.^{744,745}

⁷³⁹ Para uma análise mais aprofundada sobre a análise econômica do custo-benefício da informação, recomenda-se, dentre outros: KINGMA, Bruce R. *The Economics of Information: a guide to economic and cost-benefit analysis for informatios professional*. Second edition. Englewood, Colorado: Libraries Unlimited, Inc., 2001, p. 75-88; CAMPBELL, Donald E. *Incentives: motivation and the economics of information*. Second Edition. Cambridge: Univesity Press, 2006; BIRCHLER, Urs; BÜTLER, Monika. *Information Economics*. London: Routledge, 2007.

⁷⁴⁰ “Em geral, a ignorância é racional quando o custo da aquisição da informação excede o benefício que se espera do fato de estar informado”. (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. cit.*, p. 233); ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, p. 281.

⁷⁴¹ “O termo seleção adversa, conhecido também como <<mercado de limões>> (...) refere-se à troca de mercados desiguais e ineficientes causadas por diferenças na informação possuída por cada uma das partes participantes. O vendedor possui melhor informação sobre o bem ou produto do que o comprador (...) A seleção adversa refere-se a situações, onde um dos lados do mercado não pode observar o tipo ou a qualidade dos bens do outro lado do mercado. Por isso, esse problema é também conhecido como problema da informação escondida. Por seu lado, o risco moral refere-se a situações onde um dos lados do mercado não é capaz de observar as acções do outro. Por isso, o problema é também conhecido como problema da acção escondida”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 176).

⁷⁴² “A seleção adversa reflete resultados ineficientes advindos de informação assimétrica entre compradores e vendedores. Isso porque a informação assimétrica aumenta a probabilidade de que produtos ou consumidores inadequados sejam selecionados”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 28).

⁷⁴³ “O risco moral é hoje aceite como um problema universal, detectável nas mais diversas situações e nos mais remotos recantos das relações econômicas e jurídicas. (...) O risco moral é um efeito potente e persistente, alastra para lá dos domínios em que se equaciona o alinhamento de interesses e condutas através de incentivos remuneratórios, pode <<minar>> qualquer relação estratégica com ou sem configuração contratual...”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, p. 287).

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 286.

⁷⁴⁵ Para uma análise mais aprofundada acerca dos efeitos da distribuição assimétrica da informação, entre os agentes econômicos, sugere-se, dentre outros: MACHO-STADLER, Inés. PÉREZ-CASTRILLO, J. David. *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Second Edition. Translated by Richard Watt. Oxford: University Press, 2001.

Todavia, é importante enfatizar que os problemas gerados pela assimetria informativa não se limitam apenas à seleção adversa e ao risco moral, embora sejam essas suas patologias mais características.⁷⁴⁶

De forma mais ampla, afirma-se que a assimetria informativa deriva para o problema de controle da situação, uma vez que, representando a violação de um valor social por meio de uma estratégia dominante, um controlador é demandado para observar e impedir essa violação. Pode ocorrer, entretanto, que esse controlador desvie-se da sua esperada diligência visando capturar renda da situação formada, gerando então o duplo risco moral.⁷⁴⁷

As situações em que os custos de obtenção de informação são elevados, tornam ineficiente a busca da informação completa⁷⁴⁸. Esse inacabamento informativo, quando detectado, pode ser remediado, pela parte fragilizada, por meio da abertura de um processo de renegociação.⁷⁴⁹

Como em qualquer processo de decisão, a insuficiência na informação converte-se em custo de transação⁷⁵⁰, pois interfere numa divisão adequada de toda a informação entre as partes, diminuindo a eficácia dos incentivos que promoveriam a adequada harmonização dos interesses e das condutas.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ “Pense-se, por exemplo, no <<efeito de catraca>> (o *ratchet effect*) que se manifesta nas situações de <<contratação dinâmica>>: o agente esforça-se para esconder, em cada período do contrato, o seu verdadeiro <<tipo>> de modo a impedir que o principal use esse <<tipo>> como base das exigências contratuais no período seguinte – não se tratando pois de <<esconder a ação>>, como no risco moral, mas sim de <<esconder o tipo>>, como na seleção adversa”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, p. 290).

⁷⁴⁷ *Id.*

⁷⁴⁸ “Dado que os problemas decorrentes da insuficiência e da assimetria informativas, a seleção adversa e o risco moral sugerem, como remédio, muito simples e linear, a aumento da informação disponível, ou ao menos o nivelamento da informação entre as partes. Mas como a aquisição de informação se faz com um custo (é esse o problema de base, lembremo-lo), torna-se necessário otimizar esse remédio assegurando a obtenção da informação relevante ao custo mínimo”. (*Ibid.*, p. 290-291).

⁷⁴⁹ “...a assimetria informativa é um dos fatores que impede a verificação do <<mundo ideal coseano>>, o mundo <<não-friccional>> que serve de padrão arquetípico ao Teorema de Coase (juntamente com outros fatores como <<efeitos de rendimento>> ou a divergência nas atitudes perante o risco)”. (*Ibid.*, p. 284).

⁷⁵⁰ “Deve-se à primeira vaga do Institucionalismo a ênfase no conceito de <<transaction>>, e o muito peculiar sentido que passou a estar-lhe associado (...) O conceito teria caído no limbo das ideias teoricamente interessantes (...) se não fosse a intervenção de Ronald Coase, que no seu artigo de 1937 recuperou os <<transaction cost>>, colocando-os a serviço de uma outra comparação...”. (*Ibid.*, p. 197). O conceito e sua utilização serão aprofundados na continuidade desta tese, por ora, importa reter que é a elevação dos custos de transação que requer maior presença da solução jurídica, de tal forma a tornar mais eficiente a afetação inicial de recursos.

⁷⁵¹ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, p. 283.

Uma das principais contribuições da Teoria dos Custos de Transação consiste no fato de que os agentes econômicos devem levar em consideração os custos incorridos nas transações em que estiverem envolvidos, para tentar maximizar seus resultados. Custos de transação muito elevados podem inviabilizar determinados mercados, quando então o papel das instituições passa a ser fundamental para auxiliar, por exemplo, na procura de parceiros, de acesso às informações, na elaboração de contratos e no monitoramento de seu cumprimento.

Em um ambiente de assimetria informacional, instituições⁷⁵² e processos influenciam decisivamente a trajetória de evolução e o resultado dos processos econômicos e sociais. De fato, o conjunto de instituições, formais e informais, afeta o comportamento dos indivíduos, na medida em que altera os seus incentivos, uma vez que os agentes econômicos se encontram obrigados a procurar formas específicas de organização que os protejam contra os problemas que possam surgir das relações estabelecidas nesse ambiente.⁷⁵³

As organizações nada mais são do que grupos de indivíduos – políticos, econômicos, sociais, entre outros – ligados por um objetivo comum de atingirem determinado objetivo e são o reflexo da matriz institucional vigente, que determina a conformação das relações de troca específicas no meio.⁷⁵⁴

Ora, é indubitável que em qualquer ambiente de troca a informação possui um valor intrínseco e pode ser influenciada pelo contexto institucional e de fato no qual os comportamentos se integram.

Nesse sentido, o reconhecimento de que os custos da informação são custos de oportunidade traz como consequência o fato de que não se pode desconsiderar os efeitos da assimetria informativa.⁷⁵⁵ Percebe-se, a título ilustrativo, como políticos, burocratas e empreendedores modificam o seu comportamento à medida em que as

⁷⁵² “Assumindo o pressuposto da *racionalidade limitada*, o institucionalismo conclui que a maior parte dos comportamentos *não decorre de cálculos utilitários*, mas, sim, de práticas usualmente tidas como corretas (*‘taken for granted’*). A informação incompleta e as limitações intelectuais em a processar determinam o constrangimento à interação humana e à estrutura de trocas. Surge assim, enfatizada a importância dos aspectos psicológicos, sociais e políticos, até então ignorados pelas análises econômicas tradicionais centradas na escassez dos recursos, na tecnologia e nos sistemas de produção. (...) Portanto, as instituições são estruturas e atividades de natureza cognitiva, normativa e regulatória que conferem estabilidade e coerência ao comportamento social, no âmbito das quais se formam organizações”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 120). [com destaque no original]

⁷⁵³ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 174.

⁷⁵⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁵⁵ ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, p. 281.

instituições evoluem,⁷⁵⁶ de tal forma a manter um comportamento orientado para a renda.⁷⁵⁷

Nesse sentido, a imperfeição da informação ainda pode ser considerada um fator criador de descobertas empreendedoras, uma vez que a incompletude da informação obriga os empreendedores a competir por uma melhor informação, gerando um processo dinâmico de descobertas e aprendizagem. Todavia, em um mercado de plena rivalidade, a vantagem obtida é apenas transitória, eis que dura apenas o tempo necessário para os rivais oferecerem o mesmo serviço.⁷⁵⁸

De fato, evidencia-se que a insuficiência de informação que resulta da própria dimensão do Estado produtor, culmina por insensibilizar o cidadão quanto à sua capacidade de reagir às iniciativas estatais que sejam maximizadoras do bem-estar, ao mesmo tempo em que favorece em deixar o ambiente de governança à mercê de perversões de resultados e de consequências inesperadas.⁷⁵⁹

Quanto maiores forem as assimetrias de informação, maiores tenderão a ser a ineficiência estatal e o poder dos grupos de interesse que dela se beneficiam. Importa destacar que no mercado concorrencial, muitas das falhas de informação são superadas pelo próprio mercado.⁷⁶⁰

No cenário contemporâneo é possível imaginar que um Estado possa adquirir uma vontade própria dissociada da sociedade, deixando de agir em razão de

⁷⁵⁶ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 267.

⁷⁵⁷ “Os ocupantes de cargo podem distribuir recursos diretamente aos apoiadores, ora mediante subsídios, empréstimos, empregos, contratos ou funcionamento de serviços, ora usando sua autoridade regulamentadora para criar rendas para grupos privilegiados pela restrição da capacidade de atuação das forças de mercado. O controle sobre o câmbio, as restrições à entrada no mercado pelo credenciamento de produtores e por meio de tarifas, ou restrições quantitativas sobre importações são forma de gerar rendas. Os ocupantes de cargos também podem cobrar uma parcela de renda para si próprios”. (EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 112).

⁷⁵⁸ “O entendimento diverso sobre a natureza da informação e do papel do tempo constitui a principal diferença que separa os economistas austríacos e economistas da Nova Economia da Regulação. A escola de regulação de Toulouse vê a assimetria da informação como uma inevitabilidade que é preciso domesticar de modo a minimizar os efeitos negativos do afastamento das condições de equilíbrio único maximizadoras de bem-estar social. (...) Os economistas austríacos, ao contrário, vêem a imperfeição da informação como factor de descobertas empreendedoras. (...) Dito de outra maneira, a incompletude (assimetria) de informação desequilibra o mercado proporcionando assim os incentivos empreendedores necessários para o aparecimento de vagas de destruição criativa geradoras de novidades”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 259).

⁷⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. *Introdução à economia*, p. 630.

⁷⁶⁰ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 79.

uma falha de mercado e pautando sua ação administrativa em função de outro interesse qualquer, razão pela qual a intervenção não resultaria em maximização de eficiência.⁷⁶¹

Nesse contexto, com o objetivo de escapar dos efeitos nocivos da ação do Estado, a ciência econômica recomenda que a esfera de atuação deste como agente produtor econômico seja reduzida a um mínimo e o controle burocrático, sempre que possível, deve ser substituído por mecanismos de mercado.⁷⁶²

Com efeito, a proposta de redução da função do Estado produtor está mais associada a uma tentativa de redução das falhas de governo, do que refletir simples movimento de redução do tamanho da estrutura administrativa.⁷⁶³ Ademais, a propriedade pública dos meios de produção não se justifica como um fim em si mesmo.⁷⁶⁴

Obviamente que a estratégia de dar um passo adiante e examinar padrões anteriores de transformação do Estado como agente econômico não deve ser tomada como uma afirmação de que a criação de instituições estatais eficazes seja invariante o resultado ao longo do processo de desenvolvimento econômico.

Algumas das características institucionais que contribuíram com o desenvolvimento podem até ter sido disfuncionais, em determinados momentos. A propósito, um sistema organizacional bom e eficiente em determinado momento e circunstância, pode resultar inapropriado e ainda contraproducente em outra circunstância e momento distinto.⁷⁶⁵

Nos dias atuais, é inegável que existe uma aparente correlação entre o inadequado desempenho do Estado em torno de uma agenda de desenvolvimento e sua estrutura organizacional administrativa.⁷⁶⁶ É importante equacionar o conceito em

⁷⁶¹ “O exemplo utilizado pela doutrina para exemplificar essa situação é o 18 de Brumário de Luís Bonaparte, um exemplo de um Estado autônomo da sociedade, que desenvolveu um sistema de propriedade e de tributação com o objetivo de maximizar sua receita líquida, inexistindo qualquer classe ou grupo social com poder suficiente para intervir”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 45-46). Esse cenário corresponde ao modelo de Estado autônomo preconizado pelo autor.

⁷⁶² EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 113.

⁷⁶³ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 44.

⁷⁶⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 14. “A *propriedade pública* de sectores tradicionalmente tidos como monopólios naturais foi, até a década de oitenta do séc XX entendida como a melhor solução pela generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus. No entanto, à detenção pública estão normalmente associadas dificuldades de obtenção de níveis óptimos de eficiência, pela ausência do incentivo de maximização do lucro”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 76). [com destaque no original]

⁷⁶⁵ ESCOLA, Héctor Jorge. *Op. cit.*, p. 65. [tradução livre]

⁷⁶⁶ EVANS, Peter. *Op. cit.*, p. 110.

termos dinâmicos, isto é, considerando a realidade circundante e a necessária transitoriedade de toda intervenção estatal.

Intervir, ou não o fazer, implica uma análise dos efeitos dessas opções. A permanência do Estado produtor, na modalidade de sociedade comercial deve ser (re)ponderada à luz de seus valores conflitantes e, em apenas última instância, constituir-se de uma decisão de viés político. E, neste último caso, sempre com a indelével transparência de seus efeitos perante a sociedade, principalmente, dos seus custos.

Afinal, a crescente complexidade, dinamicidade e diversidade de nossa sociedade deve ser um dos principais fatores impulsionadores de movimentos reformadores⁷⁶⁷ da Administração Pública, notadamente de sua estrutura e interações.

3.2.2 Uma presumível disfunção administrativa estatal: o Estado-lucrador

Ao revisitar a intervenção do Estado na economia, justificada pela existência de falhas de mercado, é inevitável se deparar com a probabilidade de atuação desvirtuada por parte da Administração Pública.⁷⁶⁸

A par das considerações até aqui expostas e especificamente se referindo às sociedades comerciais estatais, verifica-se que o reconhecimento da existência das clássicas falhas de intervenção evidencia que, quando o Estado intervém no *design* do mercado, seja explorando diretamente atividades econômicas em regime de concorrência com o setor privado ou criando, aumentando ou protegendo posições de monopólio, tende a aumentar os lucros dos grupos favorecidos com a intervenção, em regra, às expensas de seu consumidores.

De fato, a maximização do lucro resultante da atividade econômica protegida pelo Estado, tende a se converter em atividade de procura de renda⁷⁶⁹ (*rent*

⁷⁶⁷ “As estruturas podem funcionar por meio de mecanismos de hierarquia (governo), mecanismos autorregulados (mercado) e mecanismos horizontais de cooperação (comunidade, sociedade, redes). As interações dos três tipos de estruturas são fluídas, com pouco ou nenhuma distinção clara entre elas”. (SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: *Revista de Administração Pública*. FGV: Rio de Janeiro, 2009, p. 347-369. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013). O autor apresenta interessante comparação entre modelos organizacionais utilizados nas recentes reformas da Administração Pública brasileira.

⁷⁶⁸ “Embora esse tipo de circunstância (ou problema) possa também ocorrer no setor privado, e não apenas no setor público...”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 47).

seeking) pelo grupo favorecido pela intervenção estatal. Assim, a ineficiência que resulta do sucesso do fenômeno *rent seeking* desponta como uma consequência direta dos benefícios concedidos pelo Estado, bem como dos gastos para convencer o governo a manter a intervenção.⁷⁷⁰ Daí a substituição da falha de mercado pela falha de intervenção, também denominada de falha de governo, conforme já introduzido.

As falhas de governo representam as distorções da atuação do Estado e a procura ou a maximização de renda é possível mediante a utilização de meios políticos.⁷⁷¹

Com efeito, há uma forte presunção de que as medidas governamentais de intervenção no mercado implicam restrições à concorrência que estão geralmente associadas à redução de eficiência o que, por vezes, pode ser resultado da atuação de grupos de interesse.⁷⁷²

A cooperação governamental no ambiente de mercado representa um incentivo poderoso para empresas com potencialidades produtivas em adquirirem posições de mercado relevantes, uma vez que garante a detenção de poder de controle no setor de mercado intervencionado.⁷⁷³

Além disso, não resta dúvida de que toda intervenção estatal tem custos, assim como, analogicamente, os direitos têm custos.⁷⁷⁴

Nesse sentido, é importante analisar como essa ineficiência do agir administrativo estatal afeta a persecução do interesse público. Mais especificamente, analisar se e em quanto o Estado produtor onera a sociedade ao perseguir, ele próprio, o lucro de sua atividade econômica. Em síntese, ponderar os custos da permanência da sociedade estatal na exploração de atividades econômicas com a sua respectiva efetividade.

⁷⁶⁹ BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert; TULLOK, Gordon. *Towards a theory of the rent-seeking society*, p. 1303-1306.

⁷⁷⁰ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 48.

⁷⁷¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁷² RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 61.

⁷⁷³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 76.

⁷⁷⁴ “Que ninguém se engane. É preciso tributar para gastar. E as recentes discussões sobre reforma tributária no Brasil revelam que há limite para quanto o governo poderá tributar a sociedade, mesmo levando-se em consideração a demanda por direitos econômicos e sociais (além dos mais recentes direitos difusos, como o meio ambiente)”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 73).

Para maior enfrentamento sobre o tema do custo dos direitos, sugere-se: GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direito não nasce em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005; SUSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1995.

A proposta é no sentido de submeter a apreciação dessa situação a um balanço econômico, vale dizer, a uma ponderação entre eficiência e efeitos da medida interventiva estatal. A transformação operativa dessa noção passa, inevitavelmente, a estar ligada à ponderação de valores constitucionais econômicos e sociais.

Não seria despiciendo considerar que a discussão envolve considerações sobre a sustentabilidade empresarial e a compreensão sobre a escassez de recursos estatais e que essas considerações estão imbricadas com objetivos de eficiência e de equidade, a qual basicamente possui a função de garantir a universalização de acesso à serviços. Porém, tudo isso tem custos que serão repartidos entre contribuintes ou consumidores.

Ademais, no que se refere ao Estado brasileiro, atualmente sua capacidade de investimento para financiar obras de infraestrutura⁷⁷⁵ evidencia a dificuldade da alocação de recursos dentro de um ambiente de escassez.⁷⁷⁶ A concorrência desses gastos com gastos sociais denota a ausência e a intermitência de investimentos nesses setores e, mesmo considerando-se a remuneração dos serviços públicos por meio da tarifa⁷⁷⁷, a discussão permanece.

Por essa razão os custos adicionais que são impostos à toda a sociedade, decorrentes das falhas de governo, devem ser levados em consideração no âmbito do Estado produtor. Para tanto, o fundamento normativo é o princípio constitucional da eficiência. Ora, a melhor forma de definir a alocação de recursos escassos passa, inevitavelmente, por considerações econômicas. Repise-se, ainda que não sejam esses os únicos argumentos a serem ponderados sob a ótica constitucional quando se alude a empreendimentos sociais, nas situações de conflito.⁷⁷⁸

De fato, o enquadramento de determinada atividade econômica precisa ser analisado e definido por um contexto normativo e institucional amplo, no qual se

⁷⁷⁵ “O Brasil investiu de maneira insuficiente em infraestrutura durante três décadas e somente em 2007 os índices de investimentos em infraestrutura passaram a aumentar lentamente. As necessidades de infraestrutura são mensuráveis em quase todos os setores. É provável que, no estágio atual de desenvolvimento, o País se beneficie com os grandes gastos em infraestruturas”. (OCDE. *Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2010*. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 32)

⁷⁷⁶ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 74.

⁷⁷⁷ “O dilema dos custos dos direitos e, conseqüentemente da escassez de recursos aplica-se mesmo quando o financiamento parcial de tarifas envolve um subsídio cruzado entre categorias de consumidores”. (*Id.*)

⁷⁷⁸ SUSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. *Op. cit.*, p. 121.

inserem as atividades econômicas exploradas pelo Estado, como forma de conformação de comportamentos de agentes econômicos e dos efeitos dela decorrentes.

A verificação da adequabilidade de determinada atividade administrativa é passível de ser aferida por meio do critério da eficiência econômica,⁷⁷⁹ e representa tarefa essencial para a compreensão dos incentivos orientadores da decisão pública e privada⁷⁸⁰, essenciais para a conformação de um cenário de desenvolvimento econômico. Ademais, toda conduta econômica é conformada por incentivos.

Nesse contexto, o paradigma dos custos de transação orienta para as eficiências associadas às relações organizacionais, em determinado ambiente institucional. Vale dizer, evidencia a economia de custo ou ganho de eficiência que se procura obter por meio delas.⁷⁸¹

A análise dos custos de transação, desenvolvida por Coase⁷⁸² e aperfeiçoada por Williamson⁷⁸³, demonstra que, dependendo da forma de organização da produção, os custos de produção podem ou não ser determinantes no custo final da transação econômica.⁷⁸⁴ É possível visualizar com mais nitidez o impacto que cada arranjo institucional – contratos com fornecedores de bens e serviços, subcontratação, integração horizontal ou vertical na cadeia produtiva - provoca no custo final, e assim permitir uma melhor organização da atividade econômica, “os custos de transação são a contrapartida do atrito na economia.”⁷⁸⁵

⁷⁷⁹ “Essa compreensão pode ser extraída de experiências estrangeiras de princípios similares, considerando a pouca idade da eficiência no Brasil, como, por exemplo, o princípio do bom andamento, previsto na constituição italiana, que igualmente tem por propósito a melhora da qualidade administrativa”. (RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Op. cit.*, p. 78).

⁷⁸⁰ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 122.

⁷⁸² COASE, Ronald H. The problem of social cost. 3º *Jornal of Law and Economics*, p. 1-44, out. 1960. O economista inglês e ganhador do Premio Nobel de Economia em 1991, Ronald Coase, evidenciou que toda a sociedade arca com determinados custos ao utilizar os mercados e que esses custos influenciam em como deve ser organizado o sistema de produção de bens e serviços, seja dentro de uma mesma empresa ou por meio de troca entre produtores inseridos no mercado. A esses custos Coase denominou de custos de transação os quais decorrem, precipuamente, da interação humana nas transações econômicas.

⁷⁸³ WILLIAMSON, Oliver E. *The economic instituicons of capitalismo: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

⁷⁸⁴ Por opção metodológica deixa-se de apresentar abordagem detalhada sobre a evolução histórica do conceito. Sobre os demais autores que enfrentaram a temática de desenvolvimento do conceito e suas divergentes concepções, acessar interessante abordagem histórica apresentada por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi : PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. cit.*, p. 62.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 61.

Ademais, a perspectiva da teoria dos custos de transação⁷⁸⁶ permite enfrentar algumas questões que escapam, frequentemente, de uma análise de operações econômicas desenvolvidas em ambiente de concorrência perfeita.⁷⁸⁷ Comprova, por exemplo, que a eficiência econômica não pode ser vista como estando ligada exclusivamente ao mercado, uma vez que, frequentemente o contexto de domínio de empresas conformado pelo ambiente institucional pode influenciar essas transações.⁷⁸⁸

No que se refere às empresas estatais, notadamente de suas sociedades comerciais, a partir dos pressupostos trazidos pela teoria dos custos de transação, torna-se possível discutir se o poder de mercado que elas representam nos setores produtivos nos quais atuam, afetam, ou não o desenvolvimento de um mercado eficiente em termos de crescimento e desenvolvimento econômico. E, principalmente, se a sua forma organizacional representa, ou não, ganhos de eficiência econômica para sociedade.

Afinal, a maximização da eficiência econômica ocorre quando são diminuídos os custos de transação.⁷⁸⁹

Em um ambiente de concorrência dinâmica de mercado⁷⁹⁰, verifica-se que determinado setor de atividade, no seu conjunto, tende a avançar para um plano de decisão empresarial ótima. Significa dizer que a decisão ótima não é o resultado do processo de evolução presente ao nível de determinado setor econômico, e não apenas da conduta isolada da empresa. Por essa razão, os princípios marginalistas de maximização de lucro somente são aplicáveis em um setor de atividade no seu todo e não às empresas individualmente.⁷⁹¹

⁷⁸⁶ “...a <<Teoria dos Custos de Transação>> visa examinar os constrangimentos que para as partes advêm da circunstância de elas, munidas de racionalidade limitada e dotadas de informação incompleta e assimetricamente repartida, deverem adicionalmente lidar com um apoio institucional lacunar e frágil, limitado também ele por fatores cognitivos e racionais que o impedem de vir em socorro de uma parte contextualmente fragilizada para lá de um limite – do limite daquilo que se aceite como justo”. (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, p. 207-208).

⁷⁸⁷ “...frequentemente, operam-se significativas reduções de custos, quando as transações deixam de ser efetuadas nesse contexto e passam para o domínio da empresa”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 119).

⁷⁸⁸ *Id.*

⁷⁸⁹ *Id.*

⁷⁹⁰ Conforme anteriormente introduzido, para os fins propostos neste trabalho, adota-se o conceito de concorrência dinâmica, por entender-se superado a noção clássica de mercado estático. “As escolas Austríaca e Evolucionária contribuíram para a contestação da noção clássica de concorrência estática, avançando para a percepção de que se trata de um processo dinâmico em que os empresários procuram novas oportunidades de lucro, num contexto em constante alteração”. (*Ibid.*, p. 123); NORTH, Douglass C. *Economic performance through time*, p. 359-368.

⁷⁹¹ ALCHIAN, Armen Albert. Uncertainty, evolution and economic theory. *Journal of Political Economy*. n. 58, 1950. O autor afirma a existência de uma espécie de força evolutiva que determina se as empresas

Isso justifica a razão da permanência da sociedade comercial no mercado, pois sua sobrevivência depende muito menos da sua atuação eficiente e mais da sua posição favorável e pacífica no mercado, decorrente dos efeitos da intervenção. Mesmo possuindo ineficiências operativas, seu lugar está garantido.

As diferentes formas de atuação interna de cada empresa, como por exemplo, a tecnologia adotada, suas competências e procedimentos são fatores que permitem às mesmas alcançarem soluções diferenciadas no ambiente concorrencial equilibrado. Logo, o nível de performance interna da empresa se manifesta sob a forma de diferentes custos de produção interna, eis que cada empresa concorre no mercado para a venda no mercado de um bem de forma, em princípio, homogêneo. Ou seja, as capacidades formais e informais, competências e recursos produtivos combinam-se de forma única em cada empresa, permitindo-lhe obter vantagens sustentáveis.⁷⁹²

Assim, no ambiente de concorrência dinâmica afirma-se que os dispositivos organizacionais contribuem na formação de ativos estratégicos, despontando como fundamento de vantagens concorrenciais em determinados setores de mercado. Atento ao seu caráter estrutural, a respectiva apropriação encontra-se muito mais dependente do processo de aprendizagem do que da apropriação dos regimes de propriedade.⁷⁹³

Essa análise permite compreender a noção e a forma de concentração de determinados setores do mercado exercido por sociedades comerciais estatais. Na medida em que atuam em concentração de poder de mercado e que não precisam dispendir esforços para disputar vantagens concorrenciais, existe forte presunção de que essas empresas não otimizem sua performance interna produtiva, eis que não necessitam entrar em disputa no mercado, gerando ineficiência econômica.

Reconhece-se, contudo, que nem todas as expressões de poder de mercado se traduzem, inevitavelmente, em danos para o bem-estar.⁷⁹⁴

conseguirão ou não ter sucesso no mercado, e que não são, necessariamente, os esforços conscientes por parte dos donos de empresas ou operadores que determinarão a maximização dos lucros. Segundo o autor, o resultado de circunstâncias fortuitas podem também influenciar. Esse autor inicia o desenvolvimento da teoria evolucionista contemporânea ao considerar a existência de uma seleção natural entre as empresas, no sentido de que as mais lucrativas permanecem mais tempo no mercado do que as menos lucrativas; FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 123.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 124-125.

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 125.

⁷⁹⁴ “Sob esta perspectiva, o ordenamento jurídico deve desenhar-se de forma a garantir a dinâmica competitiva e a permitir uma apreciação casuística, capaz de ponderar possíveis ganhos de eficiência futuros”. (*Id.*)

Fato é que a permanência da sociedade comercial estatal no mercado necessita ser analisada sob o ponto de vista da concorrência e da eficiência econômica dinâmica. Afinal, com recursos cada vez mais escassos, a ineficiência econômica gera custos sociais indesejáveis.

Para tanto, sugere-se revisitar a perpetuação do poder e peso econômico no mercado da atividade econômica estatal brasileira, sob a perspectiva de se ponderar possíveis ganhos de eficiência futuros advindos da alteração de fatores estruturais, com foco nas inovações tecnológicas, no desenvolvimento da organização e na capacidade de diferenciação da oferta, como fatores susceptíveis de criarem vantagens ao nível dos custos e da qualidade ofertados. A estagnação empresarial produtiva conduz a ineficiência operativa, pois culmina com a redução de seu ativo.

Não se deve perder de vista que é a obtenção e a conservação de vantagens competitivas que justifica a permanente (re)configuração da empresa e o seu próprio comportamento.⁷⁹⁵ No âmbito de uma estrutura de mercado na qual está presente uma sociedade comercial estatal, em razão da acentuada ingerência política e pressão de grupos de interesses interdependentes, essa lógica não é passível de ser aplicada, conforme comprovado pelos representantes da *Public Choice*.

É inegável que a presença do Estado coloca em risco o livre desenvolvimento do setor do mercado no qual atua. A eficiência pode ser reduzida pela atuação empresarial estatal que, beneficiando-se de alegadas imperfeições de mercado, procura nele ganhar um peso relativo para a maximização de sua lucratividade: daí a figura do Estado-lucrador.

Compreende-se que a exigência da eficiência insculpida no texto constitucional reclama o resultado lucrativo da atividade empresarial estatal. Entretanto, o que se questiona é a congruência do Estado explorar atividades econômicas altamente lucrativas e a deformação estrutural que essa ação provoca no mercado. Afinal, a principal justificativa para a intervenção econômica estatal sob a forma empresarial tem sido a da correções de falhas de mercado, em setores nos quais, por exemplo, não

⁷⁹⁵ “O desenvolvimento económico depende, não apenas de vantagens comparativas, mas em grande medida de vantagens competitivas. Esta conclusão é ilustrada pela análise das vantagens comparativas no sector industrial do reino Unido, superadas pelas vantagens competitivas da Alemanha, alcançadas através do investimento na diferenciação da produção, no *marketing* e na gestão”. (FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 126).

haveria incentivos adequados para a iniciativa privada ou do qual emergiria risco de gravames sociais.

Mas, é necessário averiguar a possível substituição das falhas de mercado por falhas de governo, de forma permanente. O mercado apresenta uma dinamicidade incompatível com a perenização que decorre da estrutura de mercado construída para operar com sociedades comerciais estatais definidas na década de 60 do século XX, imposta por meio do Dec. lei n. 200/67⁷⁹⁶. O lapso temporal já confere, por si só, a presunção de que reformas são necessárias, ou ao menos, que sua conformidade ao cenário econômico necessita ser atestada.

De fato, no atual cenário socioeconômico brasileiro a sociedade comercial estatal brasileira evidencia uma provável disfunção que necessita ser afastada. Compreende-se que a lógica empresarial da sociedade por ações pressupõe a divisão dos lucros entre os acionistas, pois o modelo de gestão empresarial pressupõe como foco principal a captação de recurso perante o setor privado e geração de valor para os acionistas. Lucro a ser repartido entre o acionista privado e o acionista público, conforme anteriormente introduzido.⁷⁹⁷

Porém, essa mesma lógica recomenda que parte dos lucros seja reinvestido na própria atividade econômica para garantir sua sustentabilidade.⁷⁹⁸ Todavia, há sérias evidências de que o sócio estatal brasileiro utiliza-se das receitas geradas pelo lucro dessa atividade para fins distintos daqueles definidos para a sociedade estatal, não raro,

⁷⁹⁶ Posteriormente modificado no ano de 1969 e nas Constituições que o sucederam.

⁷⁹⁷ “Sob o ponto de vista econômico, o lucro é responsável pela geração de excedentes financeiros, que, por sua vez, possuem duas finalidades básicas: (i) remunerar o capital do acionista, sob a forma de distribuição de dividendos; e (ii) financiar a realização de novos investimentos para a expansão da capacidade produtiva. No setor privado, a remuneração considerada adequada para o chamado capital próprio (que corresponde aos aportes realizados pelos acionistas) leva em conta essencialmente o risco associado à atividade empresarial e o custo de oportunidade em face de outras aplicações alternativas. No setor público, não faz sentido justificar a obtenção do lucro simplesmente para remunerar a participação acionária do Estado, ainda quando o empreendimento esteja estruturado sob a forma de sociedade anônima. Embora a expectativa de retorno financeiro seja determinante para a decisão privada de investimento, o mesmo não se pode dizer em relação ao investimento público. Para este último, importa menos o fator rentabilidade e mais a geração de externalidades sociais positivas.” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 356).

⁷⁹⁸ O Banco Mundial manifestou-se sobre o risco de deixar ao critério dos administradores a decisão sobre o excedente acumulado das empresas estatais, uma vez que poderia culminar com alocações pouco eficientes: Cf. THE WORLD BANK. *Held by the visible hand: the challenge of SOE corporate governance for emerging markets*. Paris: OCDE, May, 2006, p. 14. Disponível em: <http://www.energytoolbox.org/library/water_utility_corporatization/references/Held_by_Visible_Hand.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2013.

para suportar despesas correntes da própria Administração direta⁷⁹⁹, quando essas, *a priori*, já deveriam ser suportadas por outras fontes de arrecadação, por exemplo, pelos tributos. Percebe-se que, inúmeras vezes, os valores retirados pelos sócios extrapolam a simples divisão de lucro decorrente do dividendo, configurando até mesmo antecipações de receita.

Dessa forma, vislumbra-se que sociedades comerciais estatais podem estar sendo utilizadas para fins distintos daqueles que fundamentaram sua criação, logo, não

⁷⁹⁹ “Consideradas uns dos principais instrumentos do governo para compensar a queda de arrecadação, as parcelas dos lucros das estatais repassadas ao Tesouro Nacional enfrentam uma forte pressão para cumprir esse papel. A desaceleração da economia no primeiro semestre e resultados negativos em empresas como a Petrobras, que registrou o primeiro prejuízo trimestral em dez anos, põem em dúvida a capacidade de os dividendos das estatais garantirem o equilíbrio das contas públicas em 2012. (...) Recentemente, o governo elevou em R\$ 3 bilhões – de R\$ 23,5 bilhões para R\$ 26,5 bilhões – a estimativa de pagamento de dividendos de estatais em 2012. Esse dinheiro ajudará a compensar a queda de R\$ 13,3 bilhões esperada na arrecadação federal de impostos em relação ao valor originalmente projetado no orçamento. Especialistas, no entanto, questionam se essa previsão é factível. De janeiro a junho, o Tesouro Nacional recebeu R\$ 7,956 bilhões em dividendos, o que significa que o governo teria de requisitar cerca de R\$ 8 bilhões de lucros das estatais no segundo semestre para alcançar a estimativa.” (MAXIMO, Wellton. Economia põe em dúvida repasse de lucro das estatais. *Revista Exame*. São Paulo, 19 ago. 2012) Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/economia-poe-em-duvida-capacidade-de-estatais>>. Acesso em: 13 dez. 2013; “O BNDES é considerado o caso mais gritante da ‘máquina de conversão mágica’ criada pelo governo, segundo apontam os economistas José Roberto Afonso e Gabriel Leal de Barros, do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV). Nela, entram títulos públicos de um lado e saem receitas de outro (...) O estudo Receitas de Dividendos, Atipicidades e (Des)Capitalização mostra que, nos últimos três anos, aumentou a dependência do Tesouro em relação à receita de dividendos. De 1% da receita em 2005, elas chegaram ao pico de 4% em 2009 e em 2011 ficaram em 3%. Com um agravante: até 2009, os pagamentos foram feitos sobre lucros registrados no ano anterior. De 2010 em diante, o banco passou a antecipar pagamentos para o próprio exercício. Remessa de dividendos supera os lucros de estatais. Em quatro dos últimos cinco anos o volume de dividendos pagos pelo BNDES ao Tesouro superou os lucros auferidos em cada exercício, chegando aos 163% em 2009 e 158% em 2012. Dinâmica semelhante ocorreu com a Eletrobrás em 2009 e com a Caixa Econômica em 2010 e 2012, onde a remessa de dividendos superou o lucro do período”. (Remessa de dividendos supera os lucros de estatais: em quatro dos últimos cinco anos, valor enviado pelo BNDES ao governo foi maior que o lucro registrado pelo banco. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 08 jul. 2013. Disponível em: <<http://estadao.br.msn.com/economia/remessa-de-dividendos-supera-os-lucros-de-estatais>>. Acesso em: 13 dez. 2013). “Segundo dados preliminares consultados pela Folha, a União recolheu no mês passado das empresas que controla R\$ 4,9 bilhões em dividendos, como são chamadas as parcelas do lucro distribuídas aos acionistas”. (PATU, Gustavo. Lucro das estatais infla superávit do governo. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 21 mar. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/32498-lucro-de-estatais-infla-superavit-do-governo.shtml>>. Acesso em: 13 dez. 2013). “O lucro da Petrobras deverá superar R\$ 20 bilhões neste ano, afirmou o ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, ao ser questionado se os resultados da estatal poderiam ser afetados pela defasagem de preços dos combustíveis no Brasil em relação às cotações externas. No ano passado, a estatal lucrou R\$ 21,18 bilhões, uma queda de 36,42% em relação ao obtido em 2011 (R\$ R\$ 33,313 bilhões), e o menor resultado nos últimos oito anos. (...) Para equilibrar suas contas, a estatal busca um reajuste de preços dos combustíveis. Para isso, no entanto, depende do aval de seu acionista controlador, o governo federal. Num momento em que a inflação preocupa, o governo vem tentando adiar esse aumento de preço”. (Lucro da Petrobrás deverá superar R\$ 20 bi em 2013, diz Lobão. *Revista Exame*. São Paulo, 03 set. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/lucro-da-petrobras-devera-superar-r-20-bi-em-2013-diz-lobao-3>>. Acesso em 13 dez. 2013).

haveria legitimidade para sua atuação no mercado. Poder-se-ia até mesmo questionar a legalidade da atuação lucrativa, como prática de gestão condenável quando se afasta do interesse público circunscrito no objeto da atividade econômica.

Neste domínio, é relevante que não se trate de explorações acessórias para a cobertura das próprias necessidades.⁸⁰⁰ Trata-se de situação que merece atenção especial, notadamente para identificar se é hábil de ser juridicamente provada a simetria constitucional da atividade administrativa atípica pelo ente estatal.

Ademais, a limitação insuportável da liberdade de concorrência dos privados não pode ser tolerável no âmbito de um estado de direito constitucional fundamentado na liberdade de iniciativa. Na mesma linha de entendimento, é necessário que sejam verificados eventuais desafinamentos das posições de monopólio estatal. Ambas as situações podem ser diretamente aferidas a partir do balanceamento econômico entre meios e fins estabelecidos constitucionalmente.

Por oportuno, não se deve esquecer que o privilégio constitucional tributário pretende precisamente libertar a Administração da participação na concorrência empresarial privada como forma de financiar a prossecução de suas funções.⁸⁰¹

Entretanto, caso a opção pela permanência da sociedade empresarial estatal se configure social e economicamente adequada, exsurge nítida a necessidade de avaliar a política de dividendos do setor empresarial estatal⁸⁰², no sentido de identificar se é legítimo determinado setor produtivo do mercado custear políticas públicas não compreendidas no seu objeto social, ou outras ações do Governo central, por meio do resultado obtido na atividade econômica empresarial.

Cabe uma reflexão, por exemplo, para a hipótese de se estar diante de uma sociedade comercial estatal prestadora de serviço público que atua no mercado por meio de tarifa, questionando se seria socialmente justo para o usuário do serviço público, para além de sua carga tributária compulsória atribuída pelo Governo e do pagamento do serviço fornecido mediante a tarifa definida, ser esse mesmo usuário obrigado a

⁸⁰⁰ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 299.

⁸⁰¹ “Antes pelo contrário, o Estado e os seus entes de administração autónoma devem obter as suas receitas pela via da participação nos respectivos valores de rendimento e de troca das prestações privadas...” (*Ibid.*, p. 301).

⁸⁰² O direito dos acionistas ao recebimento está previsto na Lei das Sociedades Anônimas (Lei no 6.404/1976). No que se refere à empresas estatais federais, o Decreto no 2.673/1998, determina a obrigatoriedade da inclusão de dispositivos nos seus estatutos sociais que determinem a remuneração aos acionistas, de, no mínimo, 25% do lucro líquido ajustado.

contribuir para ações do Governo central como um agente gerador de lucros que serão revertidos na forma de dividendos.

A questão volta-se ao ponto nuclear desta tese no sentido de estimular a discussão crítica sobre a gestão das sociedades comerciais estatais, notadamente no sentido de analisar se é econômico e socialmente adequada a permanência do Estado na exploração de atividades econômicas lucrativas com o fim de obtenção de receita.⁸⁰³ Vale dizer, questionar a admissibilidade da figura do Estado-lucrador diante da Constituição vigente.

É consenso que a concorrência com empresas privadas contribui para a redução da ineficiência estatal.⁸⁰⁴ Pode-se afirmar, ainda, que a partir do enfraquecimento da concorrência geram-se benefícios privados à custa da diminuição do bem-estar social e efeitos negativos sobre a eficiência estática e dinâmica do sistema econômico. Inversamente, assume-se que existe um nível de concorrência eficaz para assegurar uma alocação eficiente e socialmente desejável de recursos.⁸⁰⁵

A influência política indevida na gestão empresarial, a passividade do conselho de administração no cumprimento da missão institucional, a inadequada transparência e prestação de contas são apenas algumas das outras disfunções associadas à gestão da sociedade comercial estatal.⁸⁰⁶

Finalmente, importa destacar que uma parcela do pensamento jurídico nacional já se manifestou acerca da inadequação da estrutura da sociedade de economia mista na organização estatal, em razão da contradição insuperável entre o interesse público a ser concretizado pelo Estado e a finalidade lucrativa almejada pelo sócio privado.⁸⁰⁷ Para essa corrente, a empresa estatal controlada integralmente pelo Estado representa a alternativa mais acertada para a realização de investimentos públicos.

⁸⁰³ “De resto, em princípio, só são oportunas as dúvidas sobre a admissibilidade se a Administração, no âmbito da aplicação das formas de atuação e organização de direito privado, agir com fim lucrativo e, assim, pretender agir como empresário, visando antes de mais nada, o lucro. (...) Nos setores de atividade econômica lucrativa não são perseguidas funções intrinsecamente administrativas”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 297-298). [com destaque na original]

⁸⁰⁴ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 72.

⁸⁰⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Op. cit.*, p. 130.

⁸⁰⁶ PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 80.

⁸⁰⁷ Nesse sentido, destaca-se: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Op. cit.*, p. 182; PINTO, Olavo Bilac. Declínio das sociedades de economia mista: o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 32, p. 5-6, abr./jun. 1953, p. 5-6; LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* São Paulo: Renovar, 2007, p. 135.

De fato, a estrutura da sociedade comercial estatal empresarial necessita ser revisitada.⁸⁰⁸ O setor público empresarial é muito representativo no contexto econômico e é fundamental para o desenvolvimento econômico criar um ambiente concorrencial de competição equilibrada entre atores públicos e privados.

Nesta medida, as opções essenciais estruturantes do sistema econômico pátrio devem ser associadas aos esforços de avaliação do impacto econômico da permanência da sociedade comercial estatal nos setores em que essas atuam, de tal forma a conformar os incentivos voltados aos agentes econômicos em prol do desenvolvimento econômico.

Com efeito, a expansão e a contração da intervenção estatal deve espelhar a procura de um equilíbrio, apenas alcançável a partir da aferição dos custos e benefícios econômicos e sociais, em concreto, essenciais para a proteção da liberdade dos concorrentes e da eficiência do próprio sistema econômico.

4 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL ADMINISTRATIVA DO ESTADO: PERSPECTIVAS

O Estado, de forma crescente, procura se liberar das tarefas públicas que demandam grandes investimentos, tendo em vista sua notória dificuldade de arcar com elevados custos para realizá-los. A estrutura centralizadora de gestão político-administrativa sofre um significativo amoldamento, de tal forma a permitir a necessária aproximação do setor privado na execução de tarefas públicas.

A trajetória histórica da intervenção do Estado na economia, na qualidade de executor de atividades econômicas, demonstra uma dinamicidade pendular que contrasta com a técnica jurídica voltada ao seu estudo e controle finalístico. Portanto, a temática está afeita ao posicionamento do interesse público na organização administrativa do Estado.

⁸⁰⁸ “A falta de um foco claramente determinado impede a identificação da figura do principal (interesse público incorporado no Estado), abrindo espaço para que os agentes (administradores societários) sejam capturados por grupos poderosos representando interesses subalternos, ou passe simplesmente a agir no seu próprio interesse. O impasse restaria superado se a figura do principal fosse entendida como sendo a própria companhia, e não qualquer das partes relacionadas (*i.e.*, o Estado como acionista controlador, o conjunto de acionistas vinculados pelo objetivo de lucro, ou outros grupos de interesses também afetados pela atividade empresarial)”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. cit.*, p. 80).

Para esse mister, é necessário investigar possíveis configurações que permitam a execução de tarefas públicas que se revelem aptas à geração dos resultados pretendidos à ação estatal como verdadeira condição ao desenvolvimento econômico. De fato, tanto a organização da Administração Pública como suas atividades encontram-se em período de instabilidade, de (re)definição do que deve ser considerado como atividade eminentemente pública, carecendo de nova delimitação administrativa e jurídica.

A necessária mudança de forma de atuação do Estado sinaliza que está se assistindo mais a uma mudança por reequilíbrio do que a uma alteração por abandono das funções estatais tradicionais. Há, sem dúvida, um incremento do viés do governo como sócio facilitador e cooperador, sem que com isso seja decretada a obsolescência das funções estatais tradicionais⁸⁰⁹.

4.1 EVOLUÇÃO DOS CONCEITOS DE PODER E DE FUNÇÕES DO ESTADO: UMA NOVA COMPREENSÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Atualmente verifica-se uma discussão acerca da necessária recondução da atividade administrativa a domínios nucleares, por meio da privatização e de um (re)deslocamento da sua responsabilidade para com o cidadão.⁸¹⁰ Refere-se a uma desestatização de funções que reflete-se no domínio da atividade administrativa, hoje realizada por múltiplos entes da Administração integrantes da estrutura organizativa estatal.

De fato, existe uma forte tendência para que a atividade da Administração Pública seja especialmente limitada ao controle da adequada prestação de atividades econômicas.⁸¹¹

⁸⁰⁹ PRATS I CATALÁ, Joan. La construcción social de la gobernanza. In: PRATIS I CATALÁ, Joan; VIDAL BELTRÁN, José Maria. (Coords.) *Gobernanza: diálogo Euro-Iberoamericano sobre o buen gobierno*. Madrid: INAP, 2005, 66.

⁸¹⁰ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. Cit.*, p. 78.

⁸¹¹ *Id.*

4.1.1 Evolução institucional e desenvolvimento econômico: o direito administrativo no ponto de partida

Efetivamente a atual Administração de prestação⁸¹² é marcada por princípios de Estado de Direito. Simultaneamente, o sistema administrativo é elástico e adaptável, de tal modo que precisa, quando muito, de um complemento que lhe permita sair do perfil de uma Administração de infra-estruturas⁸¹³ e que ao mesmo tempo permita contemplar a Administração de garantia, sem, contudo, com ela confundir-se.⁸¹⁴

No que se refere à gestão administrativa das sociedades comerciais estatais nos dias atuais, evidencia-se que a capacidade de prestação do aparelho administrativo para atender às demandas da sociedade é dependente do conhecimento material na prestação técnica e do equilíbrio das forças políticas conformadoras da vida do Estado. Deve-se ter em consideração, todavia, a influência político-partidária sofrida pela Administração Pública, que cada vez mais tem procurado dirigir-lhe por meio de elementos estranhos ao cargo e ao serviço.⁸¹⁵

A intensidade desse fenômeno tem acarretado a desconfiança da sociedade civil perante a Administração Pública, porque a sociedade, os grupos ou particulares estão cada vez menos aptos à reconhecer, sem reservas, instituições e medidas estaduais.⁸¹⁶ Assim, a capacidade de prestação é ainda posta em causa em razão do descontentamento da sociedade perante o agir administrativo.

Com efeito, o Estado dispõe de liberdade de conformação orgânica na escolha dos respectivos entes da Administração Pública, para tanto, o direito

⁸¹² “A **Administração por prestação** cuida das possibilidades de vida e da melhoria das condições de vida dos membros da comunidade, na medida que apoia diretamente através da garantia, a prossecução dos seus interesses (...) A Administração de prestação também amplia a posição jurídica do indivíduo através da disponibilização indirecta de instituições e da prestação de serviços, permitindo a **cooperação com a Administração** e a resolução bilateral das tarefas”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 57). [com destaque na original]

⁸¹³ “...porque a Administração de infra-estruturas se limita a descrever um setor do direito administrativo (...) não existe uma definição de aceitação geral do **conceito de infra-estrutura** (...) uma tal definição também é dispensável, porque esta parte da Administração de prestação tem de permanecer aberta à evolução. Por esta definição, entendemos o conjunto das instituições e das medidas que politicamente oferecem determinadas prestações a todos ou a alguns membros da comunidade. (...) No entanto, a Administração de infra-estruturas não se identifica com uma monopolização destas prestações na Administração Pública”. (*Ibid.*, p. 24). [com destaque na original]

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁸¹⁵ “A capacidade de prestação da pessoa administrativa é ainda enfraquecida por manifestações negativas do Estado democraticamente dirigido. (...) Os funcionários são administradores desnaturados de grupos de interesse e a ética da função corre o risco de ser ultrapassada pela ética partidária”. (*Ibid.*, p. 77).

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 76.

administrativo apresenta-se como um importante recurso de orientação nessa organização.

De fato, a estrutura organizacional administrativa necessita ser construída de forma realista,⁸¹⁷ não apenas orientada por padrões científicos, mas sobretudo por exigências práticas e pela realidade administrativa. Para tanto, o direito administrativo apresenta-se como uma ciência real que compreende fatos, usos e experiências administrativas.⁸¹⁸

Em um mundo cada vez mais complexo, o direito administrativo deve considerar de forma especial os aspectos econômicos, técnicos, das ciências naturais e político-jurídicos, de tal forma que a investigação permita soluções mais justas para os problemas.⁸¹⁹

Nesse sentido a dogmática do direito administrativo deve ser constantemente testada para o fim de comprovar a adequação às situações administrativas e materiais da Administração e seus respectivos problemas. A pressão por adaptação e inovações é permanente, exigível como forma de acompanhamento da evolução do Estado-administração e, ao mesmo tempo, como forma de orientação para o desenvolvimento.⁸²⁰

Essa tarefa de otimização da estrutura administrativa pressupõe que o direito administrativo se abra para a análise econômica. Para assumir essa dinâmica, o direito administrativo deve ser construído considerando-se as funções e os fins do Estado.

Assenta-se na presunção de que a Administração persegue funções públicas, muito embora seja essa uma expressão ambígua e complexa. Contudo, pode ser compreendida como a Administração de uma pluralidade de pessoas, que pela sua

⁸¹⁷ “A ligação do direito administrativo ao dia-a-dia da Administração é a prova-limite e o selo de qualidade da penetração científica. Instrumento do realismo científico é a **investigação de factos jurídicos** (...) que pode ser entendida como investigação sistemática das condições e efeitos sociais, políticos, culturais e outros das normas, com o fim de melhorar a sistemática e a dogmática do direito administrativo. Porém, a investigação sistemática sofre, frequentemente, da insuficiente transparência e publicidade da Administração. No que concerne à exigência de realismo, existe um certo parentesco, mas nenhuma igualdade, com as exigências de uma Administração dinâmica ou reformadora”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 27). [com destaque no original]

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

⁸¹⁹ “Deve ser construído de forma a suscitar a problematização, a reflexão e a interpretação. O direito administrativo não se deve limitar a uma descrição da situação jurídico-administrativa. Antes, pelo contrário, deve questionar permanentemente os seus objetos, colocar problemas, apreciar criticamente e buscar soluções adequadas”. (*Ibid.*, p. 28).

⁸²⁰ “O direito administrativo já revelou, no passado mais recente, ter uma alta dose de capacidade de adaptação e de flexibilidade. Estas qualidades apenas devem ser continuadas e enriquecidas para os novos institutos e entretanto surgidos e para as outras situações”. (*Ibid.*, p. 30).

individualidade e pelo são numero, são indeterminadas. Enfim, no sentido de público significar a *polis*, uma pluralidade politicamente unida.⁸²¹

De resto, afirma-se que a distinção típica entre as funções e os fins da Administração são sociológicas e não são claramente delimitáveis e, tampouco juridicamente produtivas.⁸²²

Nesse sentido, os administradores públicos, aos quais são confiados os fins e objetivos da Administração, devem respeitar os interesses públicos determinantes, sempre que não exista uma evidente contradição com a lei. A salvaguarda de um interesse público, sem determinação mais detalhada, exige uma adequada tomada de decisão não apenas em consideração dos interesses dos participantes próximos, mas igualmente de todos os demais que poderão ser atingidos pela atuação administrativa.⁸²³

No que se refere à extensão das funções públicas e ao aumento permanente das exigências, deve-se entender que o conceito de fim necessita ser delimitado de forma dinâmica e alargado apenas nos casos em que se verifiquem o risco de gravames sociais, sem que, contudo, rompam o equilíbrio do sistema econômico de forma permanente.

Nesse sentido, a atividade administrativa deve, no seu tipo e âmbito, situar-se numa relação adequada com a sua capacidade de prestação e desenvolvimento de um sistema econômico equilibrado, de tal forma a compensar as vantagens concorrenciais alcançáveis. As motivações empresariais precisam ser sopesadas considerando as aberturas da Constituição econômica e, principalmente, considerando-se que, em princípio, essas motivações são estranhas ao Estado tributário porque lhe faltam os fins públicos.⁸²⁴

Por isso mesmo que a admissibilidade de empresas comerciais estatais deve estar limitada apenas às situações nas quais o fim público não pode ser adequadamente perseguido em termos econômicos, por outros. Ainda que se reconheça a inexistência de

⁸²¹ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 43.

⁸²² *Ibid.*, p. 292.

⁸²³ “Isso é exigido pela **segurança jurídica**, que em si é integrante do bem comum. (...) Deles fazem parte, não só também, os chamados **interesses administrativos** das autoridades nos assuntos que lhe foram confiados (...) Frequentemente, estes interesses estão em oposição e em conflito com os interesses de outros sujeitos da Administração Pública”. (*Ibid.*, p. 430). [com destaque no original]

⁸²⁴ “Porque falta ao Estado, em geral, competência para a **atividade empresarial**, deverá ser, em princípio, negada a legitimidade para actuação empresarial, sendo indispensável uma legitimação de caso concreto..”. (*Ibid.*, p. 302). [com destaque no original]

um comando normativo constitucional expresso acerca da subsidiariedade estatal,⁸²⁵ é necessário compreender que a Constituição Federal vigente fixa uma moldura que delimita, de forma objetiva, a intervenção estatal na economia.

A interpretação sistemática do texto constitucional, notadamente a partir do capítulo Da Ordem Econômica e Financeira, porquanto fundado na livre iniciativa, evidencia que a Administração deve se concentrar em suas funções próprias e não avançar para a atividade econômica de mercado.⁸²⁶

Ainda que se alegue que a Constituição não permite uma delimitação eficaz da atividade econômica estatal, notadamente em face da abertura dos conceitos de ‘imperativos de segurança nacional’ e ‘relevante interesse coletivo’, é indubitável que a atividade econômica ativa estatal apenas é admissível a partir do seu enquadramento lógico na organização da economia.

Entretanto, a interpretação de conceitos legais indeterminados, ou seja, a avaliação de seu conteúdo, é uma questão de direito que tanto deve ser respondida pela autoridade administrativa que a aplica, como pelos Tribunais, a quem compete controlar a legalidade da aplicação.⁸²⁷ Tais conceitos são inevitáveis em qualquer ordenamento jurídico, uma vez que o legislador não pode ou não quis determinar seu conteúdo na lei, de tal forma a permitir uma adaptação às situações concretas, em busca da justiça.⁸²⁸

⁸²⁵ “Embora seja comum a ligação entre as idéias de subsidiariedade e desenvolvimento, no Brasil não seria correto o reconhecimento desta relação. A ordem econômica encontrada na Constituição de 1988 não consagrou a subsidiariedade como princípio, apesar de alguns autores identificarem, implicitamente a sua previsão constitucional. O processo de desenvolvimento previsto é de caráter centralizado e estabelece as competências próprias para o Estado e para cada um dos entes, além da regulamentação específica que é direcionada à iniciativa privada”. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 246-247).

⁸²⁶ Repise-se: o art. 173 da Constituição autoriza a exploração de atividades econômicas apenas quando presentes os pressupostos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos casos expressamente previstos no texto constitucional ou definidos em lei. Já o art. 174 define, expressamente, as funções normativas e reguladoras econômicas do Estado que são: as de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, a serem exercidas na forma da lei.

⁸²⁷ “A indeterminação do conceito não se confunde com a **polissemia do conceito**. Assim, por exemplo, o termo *corporação* é polissêmico, porque tanto pode significar uma pessoa jurídica como, um órgão destituído de capacidade jurídica. No entanto, em ambos os casos, os conceitos são claramente determinados”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 302). [com destaque no original]

⁸²⁸ “Por fim, os **conceitos indeterminados dinâmicos**, servem à proteção jurídico-fundamental individual. Em contrapartida, o legislador não pode omitir todas as situações da vida possíveis, no presente e no futuro, que exigem no Estado de direito, respeito pelo direito e adequada consideração”. (*Ibid.*, p. 451).

De fato, a ilegitimidade da atividade econômica estatal na estrutura organizacional do Estado pode ser argumentada a partir da contradição jurídico-constitucional entre o princípio democrático e o princípio da eficiência econômica, no sentido de que não poderia existir qualquer atividade empresarial do Estado compatível com a Constituição.⁸²⁹

Por isso mesmo, a arte da condução conformadora da Administração Pública consiste em aplicar o que for mais adequado para a satisfação do interesse público legal. Para cada fim determinado a ser perseguido, a ordem jurídica poderá desenvolver determinada forma ou instituto. Para fins administrativos concretos, repise-se.⁸³⁰

Com efeito, o cenário de desenvolvimento econômico e social brasileiro demanda a criação de mecanismos e instituições hábeis a definir a legalidade e margem de atuação da Administração. A vinculação dos fins à função da Administração Pública significa a salvaguarda e a persecução do interesse público, eis que a atuação em prol do interesse público constitui o fundamento da execução administrativa.⁸³¹

De forma especial, a Administração contemporânea confronta-se com interesses plurais, em diferentes planos. Formam um complexo multifacetado, com diferentes tendências, em certa medida, opostas e com grupos de valores que em parte se sobrepõem.⁸³²

Repise-se, não há formulas prontas para a resolução da questão. Eventual conflito deve ser decidido pelo princípio jurídico da ponderação, com desvantagem para interesses coletivos de menor relevância, sem perder de vista que o arquétipo do interesse público digno de preferênciã é o bem comum.

Não se desconhece o risco de que o ‘Estado de ponderação’⁸³³, por falta de dados-padrão claros, deslize para o vazio e que a eventual jurisprudência de interesses seja demasiado acentuada, pelo que essas tendências devem ser harmonizadas sob a

⁸²⁹ “Assim, tem sido referido que a Administração Pública não é boa empresaria, porque tem o empecilho do princípio democrático com seu ‘direito de domínio’ conducente à ineficiência econômica da sociedade”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 302). Aliás, essa questão é muito bem explorada para teoria da *Public Choice*, conforme anteriormente referenciado.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 303.

⁸³¹ “...toda a actuação da Administração Pública encontra na vinculação ao interesse público o seu **fundamento** e os seus **limites**”. (*Ibid.*, p. 424). [com destaque no original]

⁸³² A temática foi enfrentada nos capítulos anteriores.

⁸³³ A expressão é utilizada por: WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 428.

exigência de uma adequada argumentação e processualização que permita acompanhar a trajetória da escolha da preferência por determinado interesse.⁸³⁴

A Administração deve ser conforme a Constituição.⁸³⁵ O âmbito de vinculação integra parte das questões controversas fundamentais e tradicionais do Direito Administrativo, todavia, trata-se de problema a ser determinado primeiramente pelo Direito Constitucional, da vinculação ao fim, da responsabilidade e da competência da Administração na aplicação da lei e do Direito, no sentido de uma reserva da administração na exploração de atividades econômicas.

As posições jurídicas⁸³⁶ existentes na relação triangular Estado-Sociedade-Mercado devem ser adequadamente equilibradas pelo Direito Administrativo que deve velar por uma garantia de proteção jurídica, constitucionalmente prevista, sem que esta seja posta em perigo pela progressiva invasão do setor público no mercado, principalmente quando se verifica que essa atuação visa, sobretudo, geração de receita por meio da permanência de monopólios, sejam esses naturais ou de fato.⁸³⁷

⁸³⁴ “No entanto, a favor dos interesses públicos, e especialmente dos interesses públicos gerais, existe uma presunção de maior valor”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 426-430). Os autores assumem uma subdivisão para o interesse público, nas seguintes espécies: Interesse público geral (interesses públicos comuns materiais e verdadeiros interesses coletivos públicos) e interesses públicos especiais (interesses plurais e interesses públicos especiais de fato).

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 434.

⁸³⁶ “A **posição jurídica** é a qualificação essencial de uma pessoa dentro do ordenamento jurídico. A posição jurídica refere-se a sujeitos (pessoas), mas emana do direito objetivo, regulando, por conseguinte, situações existentes de interesses tipicamente sociais de instituições e em parte criadas por si próprias. Por isso, a posição jurídica atinge a pessoa não apenas nas relações jurídicas particulares, mas também enquanto tais. Por conseguinte, a posição jurídica não se esgota em determinados direitos e deveres actuais medíveis de antemão, mas é um **conceito de direitos e deveres pessoais**, de um poder e dever jurídico que se actualiza e concretiza, consoante as diferentes situações sociais, em manifestações oscilantes”. (*Ibid.*, p. 487).

⁸³⁷ “No Brasil, a situação da Petrobrás representa um exemplo típico de monopólio de fato. Após a extinção do monopólio legal do petróleo e do gás ocorrido em 1997, a pesquisa e prospecção nesses setores foi amplamente expandida, podendo-se afirmar que a descoberta da reserva petrolífera do pré-sal somente foi possível em decorrência da participação de empresas privadas com respectivos acervos tecnológicos e financeiros, os quais acrescidos da expertise da equipe técnica da Petrobras possibilitaram a descoberta. Com isso, o Brasil passou a figurar no cenário mundial como importante pólo petrolífero e sendo possível afirmar que a empresa estatal Petrobrás foi a maior beneficiária do fim do monopólio legal. Todavia, o tamanho e peso da empresa estatal nesse setor do mercado inviabiliza o surgimento de novos concorrentes. Embora extinto, o monopólio de fato, se mantém, afinal os consumidores não possuem alternativa pois a Petrobrás é hegemônica em praticamente toda a cadeia produtiva, inviabilizando a concorrência privada. A empresa estatal Petrobrás não deixou de exercer seu poder de mercado, consagrando-se na posição de agente monopolista”. SCHWANKA, Cristiane. Estado empresário: conveniência e tendências disfuncionais. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 8. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08801_08839.pdf. Acesso em: 20.jun.2013.

Não obstante, até o momento não se conseguiu ainda uma estruturação, uma tipificação, uma caracterização material e uma delimitação sistemática desse complexo jurídico das diferentes margens de atuação estatal na economia. É indispensável um esforço doutrinário e uma atuação legislativa nesse sentido.⁸³⁸

De fato, o Estado, no exercício de suas funções administrativas, necessita estabelecer uma melhor interlocução com a sociedade, notadamente nos setores mais sensíveis como aqueles dirigidos às necessidades essenciais da coletividade, além de manter autonomia em relação aos três blocos de interesses envolvidos na relação: o produtor da utilidade pública; o seu consumidor e o Poder Público.

Nesse sentido, é necessário destacar que a distribuição pública de funções é, sobretudo, atingida pela Administração de garantia, que deve assegurar a igualdade na concorrência de funções por meio de instrumentos adequados, que garanta o acesso sem discriminação a determinadas prestações.⁸³⁹

Em suma, quando o fim de proteção deve ser averiguado, tal averiguação não deve ser dependente apenas da opinião subjetiva do legislador, mas de uma apreciação objetiva dos interesses envolvidos, porque o conteúdo de uma norma jurídica pode ser alterado por influência de valores mutáveis e, especialmente, do valor hierárquico da própria Constituição.⁸⁴⁰

Em se tratando de desenvolvimento econômico, trata-se menos de uma questão simplesmente de direito do que uma questão de oportunidade. Por conseguinte, os estímulos e considerações econômicas devem ser levados em consideração para a conformação de um ambiente institucional equilibrado que reflita segurança jurídica ao setor privado para atuar, em especial, em setores econômicos sensíveis e sujeitos, ou ainda a se sujeitarem, à intensa regulamentação estatal.

⁸³⁸ “Simultaneamente, no Estado de direitos fundamentais, a Administração depende, no interesse de uma actuação dinâmica e flexível, de um conjunto de instrumentos que lhe dá a possibilidade de escolha no sentido de uma ‘liberdade de escolha’ vinculada e que lhe permite diversas opções”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 448).

⁸³⁹ “Este princípio da igualdade tem uma importância primordial face à situação de crescente privatização formal e material das prestações públicas, que não deverá conduzir a que desse modo seja afetado o fornecimento de base das pessoas civis. (...) Não há uma **igualdade económica e social**, nem tão-pouco uma igualdade individual. Estas igualdades também não podem ser restabelecidas pelo direito”. (*Ibid.*, p. 524).

⁸⁴⁰ “...é decisiva a valoração actual dos interesses e não a valoração feita ao tempo da emissão da norma jurídica”. (*Ibid.*, p. 661).

Reconhece-se que não há como se prescindir do Estado no ambiente econômico, porém, há de se ter presente que em um ambiente econômico excessivamente interventivo, como no caso brasileiro nesta contemporaneidade, os riscos e prejuízos são coletivos.

A alternância e desvios de poder, a pressão de grupos de interesses, as preferências pessoais de governantes, todos fenômenos pulsantes em sociedades democráticas e que incidem de forma intensa nas sociedades comerciais estatais brasileiras reclama a necessidade de novas soluções institucionais para a realização do interesse público.

Transformação talvez seja a palavra mais certa para caracterizar, no âmbito do Direito Administrativo, a época em que vivemos, eis que surgem bem visíveis múltiplos sinais de profundas transformações da intensidade e das modalidades de intervenção pública no espaço social.⁸⁴¹

Esse contexto, consubstancia-se, desde logo, na reconfiguração do papel e das funções do Estado visando, principalmente, o reforço da contribuição dos atores privados na concretização do bem comum. Novos arranjos de distribuição de tarefas e de partilha de responsabilidade entre o setor público e privado são exigíveis, de tal forma a aproveitar, na medida do possível, a capacidade privada para concretizar objetivos públicos.⁸⁴²

Reconhece-se que o desafio é, pois, neste tempo de transição, pensar e construir um Direito Administrativo que congregue as necessárias adaptações institucionais, que consolide os efetivos deveres da Administração Pública e, ao mesmo tempo, não deixe de reconhecer que o setor privado possui uma tradição institucional de servir o interesse público, sem negligenciar o risco, que existe, de ao final,

⁸⁴¹ “...interessa-nos destacar e enfatizar três momentos essenciais deste profundo processo de transformação: *i*) A cooperação mais ou menos sistemática e a conjugação ordenada dos papéis de actores públicos e privados no desenvolvimento das tradicionais finalidades do Estado Social e de Serviço Público; *ii*) Sob o mote de uma ‘modernização administrativa’, um complexo processo de ‘empresarialização’ que, por vezes, passa pela ‘privatização das formas organizativas da Administração Pública; *iii*) A promoção de mecanismos de envolvimento e de participação de particulares ‘interessados’ na gestão de um largo leque de incumbências públicas”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 13-14).

⁸⁴² “...baseados numa clara ‘lógica de emagrecimento’ e numa certa ‘retracção estadual’. Uma visão meramente empírica mostra-nos o Estado a querer acantonar-se na execução de missões mais discretas; em vez de actuar diretamente, mostra preferência por usar instrumentos de regulação e de activação ou de mobilização do designado ‘potencial endógeno da sociedade’ e do património de conhecimentos, da criatividade e da capacidade de actores privados para resolver problemas”. (*Ibid.*, p. 14).

eventualmente restarem comprometidos alguns importantes valores de direito público. Somente o tempo poderá provar o acerto do prognóstico.⁸⁴³

4.1.2 O compartilhamento da função pública: a desestatização da prossecução dos interesses públicos

Não se ignora que, nos dias atuais, a Administração Pública brasileira se encontra cada vez menos aparelhada e preparada para realizar inúmeras tarefas públicas que estão sob sua incumbência, até mesmo para controlar os pressupostos de muitas decisões que precisa tomar, evidenciando um preocupante processo de intervenção informal e desregulada de particulares no exercício de funções administrativas.⁸⁴⁴

Apesar de correntemente se considerar as formas de participação de entidades particulares no exercício de funções públicas como uma anomalia⁸⁴⁵, é forçoso reconhecer que a figura se assenta numa divergência entre a natureza de uma entidade e a natureza dos poderes que em princípio, a mesma será investida para o exercício de funções públicas.⁸⁴⁶

De fato, por detrás da proposta da retração do papel do Estado, como produtor de atividade econômica, em especial quando utiliza a forma empresarial de sociedade de economia mista, está o imperativo da implementação de um sistema administrativo apto a funcionar melhor e com custos mais baixos para a sociedade.

Com efeito, não se deixa de destacar que a própria criação de sociedade de economia mista revelou a possibilidade da natureza da função pública ser confiada à

⁸⁴³ Compete esclarecer que não se está a defender a existência de uma unanimidade acrítica em torno da aceitação da delegação de toda e qualquer função administrativa para entidades privadas. Essa unanimidade não existe. Reconhece-se a antipatia teórica desta proposição no cenário nacional, notadamente porque ainda ocupa uma zona misteriosa, para a qual, até então, a opção tem sido de vedar os olhos para sua existência informal e não regulada, como se essa atitude não acarretasse riscos e prejuízos para a sociedade. Qualquer juízo genérico e definitivo sobre bondade ou perversidade do exercício de funções públicas por particulares não integra o objetivo deste trabalho, cuja ênfase é conferida à necessidade de uma abordagem, com rigor metodológico, da complexidade do problema.

⁸⁴⁴ “Embora chamados para *auxiliar* a Administração na execução de tarefas que, no plano formal, se mantêm sob direcção pública, os particulares acabam muitas vezes por ter a *palavra decisiva* sobre o conteúdo das decisões públicas, as quais, afinal são pouco mais do que meros actos de ratificação ritual de propostas privadas. Fala-se, nesse contexto, de ‘delegações fáticas’ de funções e de poderes públicos”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 17). [com destaque no original]

⁸⁴⁵ A expressão é de Pedro Gonçalves: *Ibid.*, p. 26.

⁸⁴⁶ “...há nela uma contradição institucional e uma tensão interna que estão na origem de um dilema permanente entre, por um lado, o estatuto privado e, por outro, a função pública e os poderes públicos”. (*Ibid.*, p. 27).

entidade de forma privada, ainda que se pretenda nela manter a substância pública. Representou, desde logo, uma autêntica transferência da execução de uma tarefa pública para uma entidade privada, com personalidade própria, que apresenta, todavia, a especificidade de ser controlada pelo Estado.⁸⁴⁷

De fato, as modalidades de delegação de funções administrativas e de poderes públicos constituem uma das marcas decisivas do nosso tempo.⁸⁴⁸ A adoção de formas organizativas privadas para a gestão da tarefa pública não representa uma novidade.

Contudo, deve-se enfatizar desde logo que com o reforço do papel dos atores privados para a realização dos interesses e dos fins coletivos, o Estado não se desonera do dever de os prosseguir,⁸⁴⁹ eis que cuida-se de um dever de agir, ao qual a Administração não pode renunciar.

Destarte, compreende-se que a aceitabilidade do exercício privado de funções públicas requer o desenho jurídico que a discipline, contendo limites e extensões possíveis. O trabalho de delimitação está longe de ser simples.

Para além de critérios doutrinários que sirva de orientação neste domínio, há de se lançar em um trabalho prospectivo de grande intensidade visando a delimitação dos elementos constitutivos de uma nova estrutura organizacional administrativa, que pressupõe um conceito amplo de entidade privada,⁸⁵⁰ de tal forma a se basear num critério que atenda à sua posição jurídica. Em síntese, delimitar uma figura que reflita a integração da Sociedade (particulares) no interior da organização administrativa do Estado.

⁸⁴⁷ “Mesmo entendendo-se que o são apenas *formalmente*, as entidades que nascem desse processo revelam-se *entidades privadas*, razão pela qual aparecem investidas de poderes públicos...”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 19). [com destaque no original]

⁸⁴⁸ “Apesar da sua importância actual, deve-se ter presente que o crescimento da intervenção dos particulares na execução de tarefas públicas e na prossecução do interesse público não é o ‘fim da história’. Aqui e ali, há até sinais de um certo *retrocesso* nesse processo de crescimento, sinais que têm surgido na sequência de balanços fortemente negativos da actuação de actores privados: foi o que, por exemplo, se verificou nos Estados Unidos na sequência do 11 de setembro de 2001, quando o Governo assumiu a responsabilidade do controlo das pessoas e das bagagens nos aeroportos, tarefa, até ali, confiada às companhias aéreas...”. (*Ibid.*, p. 18). [com destaque no original]

⁸⁴⁹ “A ideia e a lógica do ‘regresso ao mercado’ baseiam-se também na própria complexidade dos problemas do nosso tempo, os quais não se deixam solucionar sem o concurso de conhecimentos e de capacidades (empresariais, científicas e tecnológicas) de que o Estado efectivamente não dispõe. Neste sentido, diz-se com razão, que o processo de privatização não tem sido motivado por razões ideológicas, mas também por decisivos factores de ordem pragmática”. (*Ibid.*, p. 15)

⁸⁵⁰ Compreendendo, porém, sem a eles se limitarem: os particulares (pessoas singulares), e as organizações por eles constituídas.

Trata-se, em qualquer caso, de fenômeno que pressupõe a superação, ou no mínimo, a permeabilidade da separação entre tarefas públicas, como integrantes exclusivas da esfera estatal e as tarefas privadas, integrantes da esfera privada.⁸⁵¹ É nesse cenário que surge a entidade privada, como investida na capacidade de executar funções administrativas, mediante a prévia institucionalização da função pública.

Como uma expressão das tendências que constituem a marca do direito administrativo contemporâneo e do novo papel do Estado e da Administração Pública, a gestão partilhada de interesses públicos entre o Estado e atores privados ocupa um local de destaque.⁸⁵²

Relembre-se que a consagração da idéia da dicotomia⁸⁵³ entre o Estado e a Sociedade, de que a esfera da intervenção estatal no mundo dos valores políticos e da autoridade era sempre uma atuação pública, sendo ela somente reconhecida como a atuação de interesse público, baseada numa lógica de confrontação e exclusão, traz implícito o conceito do monopólio do espaço público pelo Estado, cuja origem se deu no Estado absoluto.⁸⁵⁴

Daí porque aos particulares, portadores de interesses privados e colocados, durante longo tempo na posição formal de meros sujeitos passivos do poder do Estado, estavam vedadas quaisquer atuações institucionalmente vocacionadas para a prossecução de interesses gerais da coletividade.⁸⁵⁵

⁸⁵¹ “Ter presente a referida dicotomia constitui certamente um fator essencial para perceber uma figura cujo traço de identidade mais marcante reside justamente no cruzamento de elementos essenciais de uma das esferas (poder público) com um elemento essencial da outra (personalidade de direito privado)”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 35). Percebe-se a aproximação do autor com a linha de pensamento da terceira via, dentre os quais se destaca Anthony Giddens. Cf. LATHAM, Mark. A terceira via: um esboço. In: GUIDDENS, Anthony. (org.) *O debate global da terceira via*. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2001, p. 51-64.

⁸⁵² “Segundo alguma doutrina, tais modelos e tendências revelam um certo esbatimento das dicotomias tradicionais e provocam uma espécie de diluição das fronteiras entre público e privado. (...) apesar de todas as transformações que têm aproximado o Estado e particulares e as esferas do público e privado, as dicotomias tradicionais mantêm plena actualidade”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 136).

⁸⁵³ “O despotismo criou a experiência viva do Estado como uma poderosa máquina de constrangimento, e igualou os homens no denominador comum de membros duma sociedade que lhe sofre as consequências sem nela participar”. (SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969, p. 43).

⁸⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 140.

⁸⁵⁵ “A clara demarcação entre as esferas de *actuação pública* (ou de *interesse público*), reservada ao Estado e de *actuação privada* (ou de *interesse privado*), reservada aos cidadãos, revela-se portanto, muito nítida, considerando-se mesma suspeita e ilegítima qualquer interferência entre as duas esferas”. (*Ibid.*, p. 141). [com destaque no original]

Sucedem que, hodiernamente, as fronteiras entre Estado e Sociedade encontram-se abertas em decorrência da assunção de uma lógica de cooperação e de ação concertada que se expressa por meio de complexos processos de integração e interpenetração.⁸⁵⁶

Releva notar que a sociedade de economia mista faz nítida comprovação dessa realidade, na medida em que, inserida na estrutura administrativa estatal, alarga o campo do público e estende-o para lá do Estado, que claramente perde o monopólio exclusivo da prossecução do interesse público por meio do seu compartilhamento com o privado, no interior da sociedade comercial. O particular, mediante a possibilidade de resultado lucrativo, assume sob a forma societária a execução de tarefas públicas, vale dizer, tarefas de interesse público integrantes da órbita da função pública.

Reconhece-se que as tarefas de interesse público hoje já empreendidas por atores privados no espaço da Sociedade brasileira, contemplam atividades diversas, que implicam em níveis diferenciados de responsabilidade, de comprometimento e de envolvimento com a função pública.⁸⁵⁷ A situação apenas demonstra que o Estado não possui o monopólio do interesse público, contudo, o Estado e, em geral a Administração Pública são legítimos depositários do interesse geral, sem que isso implique no seu exclusivo exercício ou da sua satisfação.⁸⁵⁸

De fato, a percepção do potencial endógeno da Sociedade, isto é, do potencial de execução de tarefas administrativas dos privados já resta historicamente comprovado, mediante a prática de delegação de tarefas de interesse público, por meio dos institutos jurídicos da autorização e da concessão, por exemplo. São evidências objetivas do aproveitamento da capacidade privada para a realização de objetivos e de fins públicos.⁸⁵⁹

⁸⁵⁶ “A ação política dos grupos, o aparecimento de instâncias de Administração partilhada com os interessados (...) e os vários sistemas de parceria e de divisão de trabalho entre Administração e particulares são apenas alguns dos sintomas de um novo modelo de relacionamento simbiótico entre Estado e Sociedade”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 141).

⁸⁵⁷ Sem a pretensão de apresentar um rol taxativo, contudo, apenas para exemplificar: o ensino privado (educação), as operadoras de planos de saúde, os serviços funerários, dentre outros.

⁸⁵⁸ “Mais recentemente, as políticas de implementação de um certo ‘rolling back’ e de emagrecimento do Estado Administrativo, no sentido da sua transformação num Estado essencialmente regulador e vigilante, vêm contribuindo, de forma aliás decisiva, para o aumento da participação do setor privado no cumprimento de tarefas de interesse público”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 150).

⁸⁵⁹ “No novo cenário do *Estado activador*, o particular não é o mero *súbdito* do Estado-polícia, não é o *cidadão socialmente descomprometido* do Estado liberal e também já não é o simples *utente* dos serviços

Para Pedro Gonçalves, o particular, no seu papel de cidadão comprometido e socialmente responsável, demonstra aceitação em contribuir para o bem comum⁸⁶⁰. Para fomentar sua maior participação na execução de funções públicas, conferindo-lhe adequado incentivo e segurança jurídica, faz-se necessária a reconfiguração do papel do Estado e da Administração Pública. Ou seja, são necessárias novas coordenadas jurídicas para maior ativação desse fenômeno.

Ressalta-se que a operação de alavancagem do processo de deslocamento de uma função do setor público para o setor privado pressupõe uma prévia decisão pública expressa, sendo inaceitável um mero processo de desocupação, de abandono público com a consequente ocupação por atores privados.⁸⁶¹

De fato, a erosão da qualidade dos serviços prestados pelo Estado e sua nítida incapacidade de produzi-los em quantidade e qualidade, cria a convicção social de que o papel do Estado precisa ser atualizado. Esta situação ainda traz consigo o efeito de ativar as responsabilidades privadas e de favorecer o mercado para abertura de novos produtos, principais ou acessórios daqueles que se encontram sob domínio estatal.⁸⁶²

Não se desconhece que são diferentes os problemas jurídicos que se apresentam quanto à possibilidade e ao limite do processo de deslocamento da função pública, sendo incorreto fornecer uma resposta global e uniforme para tarefas que se concebem substancialmente diversas e exigem ponderações diferenciadas. Por conseguinte, é necessário ter alguns cuidados na afirmação tantas vezes proferida de que existem tarefas que, por sua essencialidade à ideia de Estado, não podem ser

do Estado social; pelo contrário, ele assume ou é convocado a assumir um novo papel de *actor* que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 150). [com destaque no original]

⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 152.

⁸⁶¹ “Ou seja, sem realizar uma transferência expressa para o sector privado, o Estado simplesmente renuncia, de forma mais ou menos silenciosa, oculta e clandestina, à execução completa de certas missões, levando os actores privados a ter de assumir responsabilidades próprias, por vezes em áreas de ‘intervenção natural do Estado’”. (*Ibid.*, p. 154).

⁸⁶² Apenas para exemplificar, pode-se citar, novamente, o mercado de planos de saúde que se apresenta como alternativa ao agudizante sistema único de saúde estatal e a educação ofertada por escolas privadas. Também ao mercado de água mineral, como alternativa à água distribuída. Trata-se de mercados criados em decorrência da descoberta de seus respectivos nichos, pelos privados, que surgiram em razão da carência ofertada pelo Estado, seja em quantidade ou em qualidade. Não se desconhece que nos exemplos referidos há regulamentação estatal presente disciplinando a oferta dos serviços. “A emergência de espaços vazios’ como consequência da inércia pública, representa uma oportunidade para a criação de novos ‘mercados’ onde se vendem e compram serviços tradicionalmente produzidos apenas pelo Estado (v.g. serviços de segurança de pessoas e bens)”. (*Ibid.*, p. 163).

transferidas ao setor privado.⁸⁶³ É forçoso reconhecer que tal asserção se aplica, especificamente, para um número muito reduzido de tarefas públicas, conforme a história já vem demonstrando.

Com efeito, o fenômeno de deslocamento de funções públicas para o setor privado necessita se desenvolver mediante um processo que se desenrole por etapas, iniciando-se com a fase de preparação ou planejamento, com o objetivo de se efetuar uma avaliação dos custos e benefícios da ação, isto é, permitir que se efetue um prognóstico sobre as consequências previsíveis. Opõe-se, por isso mesmo à perspectiva de um ato isolado sem a adequada medição de seus impactos.

Em momento posterior, opera-se a decisão a qual deverá contar com ampla publicidade e participação da Sociedade, mediante consulta e audiências públicas, para, na sequência, culminar com a decisão pública em especial, concretizada mediante uma iniciativa de natureza legislativa. Ao final, em uma fase de duração indeterminada, devem ser verificados os efeitos da medida de deslocamento da função pública para o setor privado.

Nenhuma ação pública pode ser tida como o fim da história. Eventual comprovação de que o deslocamento causou prejuízos sociais em quantidade e forma para além das previsíveis, demandará do Estado imediato ajuste ou até mesmo, a reversão da decisão.

Repise-se, o fato do Estado se desvincular da titularidade de determinada função pública, confiando-a à Sociedade e ao mercado, não deve resultar na sua indiferença quanto aos resultados dessa ação. A redução de responsabilidades públicas não elimina o papel e as funções do Estado.

Sucede que a tarefa estatal de controle, fiscalização e garantia, notadamente para produção de bens ou serviços essenciais, deverá ser reforçada. A intervenção estatal reforçada para a garantia da realização dos direitos fundamentais e de outras finalidades e objetivos do Estado revela-se inquestionável e coloca o Estado na posição de garante⁸⁶⁴, investido de novas incumbências de regulação pública.⁸⁶⁵

⁸⁶³ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 155.

⁸⁶⁴ Sobre o tema de novas formas de agir e instrumentos da Administração Pública brasileira e o papel do Estado na posição de garantidor da persecução do interesse público, dentre outros: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. *A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p.31-50.

Sem dúvida, administrar mediante colaboração é um dos desafios jurídicos do Estado contemporâneo⁸⁶⁶, eis que na ativação de responsabilidades privadas o Estado, em regra, utiliza-se de instrumentos de direito privado. Afinal, colaboração pressupõe igualdade de posições jurídicas, despidas, por isso mesmo, de poder de autoridade.

Tenha-se, bem presente, que o já referido interesse do Estado em aproveitar o potencial endógeno da Sociedade, reconduz a um efetivo alargamento da sua tarefa de proteção de interesses públicos, significa dizer, de assegurar o cumprimento de responsabilidades privadas.⁸⁶⁷ Apesar de se desonerar da incumbência de produzir bens públicos, ou de produzi-los com exclusividade, o Estado é chamado a ocupar uma posição institucional de garante do interesse público.⁸⁶⁸

Neste novo nível ou grau de responsabilidade⁸⁶⁹, o Estado passa a ocupar um papel não mais executivo ou operativo de determinada tarefa, mas de viabilizador da sua execução.⁸⁷⁰ Definir as regras e os padrões pelos quais devem se reger as atuações

⁸⁶⁵ “Dessa partilha ou divisão resultaram, então, as novas ‘tarefas executadas em cooperação’, conceito que mistura tarefas e responsabilidades públicas com tarefas e responsabilidades privadas (‘Public-Private-Mix’). Como alguns autores afirmam, essa lógica de cooperação representa uma ‘nova forma de interacção entre Estado e Sociedade’, em que por indução e sob a orientação e a fiscalização do Estado, os privados assumem a posição de actores no cenário da realização do interesse público”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 161).

⁸⁶⁶ “Temos aqui uma evolução nova: enquanto para *Otto Mayer* era função essencial da ciência jurídico-administrativa a sua emancipação face ao direito privado, a discussão centra-se hoje em torno de um **recuo do direito privado**. Esta constatação é correcta, na medida em que tem em vista as regulações legais do direito administrativo que já sofreram uma grande expansão por força das exigências da reserva de lei. Inversamente, o direito privado é, para além das formas clássicas, cada vez mais recebido pelo direito administrativo no interesse de uma **Administração de cooperação** (por exemplo, *public-private partnership*), por razões de concorrência (por exemplo, controlo de domínios administrativos que foram privatizados), por razões de eficiência (privatização da organização, privatização da execução, privatização do procedimento) ou devido a pretextos de direito comunitário (privatização dos correios e telecomunicações, com a consequência da administração de garantia e de regulação) e qualificado como **direito privado da Administração**, como sendo a segunda parte legítima do sistema do direito administrativo em geral”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 257). [com destaque no original]

⁸⁶⁷ “...numa palavra: não há um ‘jogo de soma zero’, porquanto o espaço que os particulares ocupam não é, pelo menos formalmente, abandonado pelo Estado”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 162).

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 166.

⁸⁶⁹ “De uso corrente e hoje até popularizado, o conceito de *responsabilidade pública*, como um valor e um significado inicial essencialmente descritivo ou heurístico, tem sido usado pela doutrina para indicar todo espectro de tarefas públicas, bem como para explicar as diversas modalidades ou graus de intensidade da intervenção administrativa pública na vida social. (...) o conceito assume o significado de incumbência, competência, comportamento devido e imposto a um sujeito por um sistema de normas e valores”. (*Ibid.*, p. 163).

⁸⁷⁰ “Daí não decorre, contudo, que mesmo nesse contexto, o Estado não tenha de desempenhar também um papel executivo. De facto, e como já se percebeu, essa é uma zona mista, de partilha de

privadas de interesse público, integra o novo papel do Estado como centro fundamental dos negócios públicos.

Daí porque, a abordagem da Administração economicamente orientada, se assenta na ideia de economia de mercado e acrescenta à visão clássica da Administração as questões de rentabilidade, da análise econômica da Administração e da própria insuficiência da Administração.⁸⁷¹ Repise-se, nesse cenário as razões de eficiência devem ser apenas predominantes, não exclusivas, em função das condicionantes de interesse público.⁸⁷²

Nesse sentido, a estrutura estatal necessita ser questionada a partir de realidades de âmbito infra e supra estatal, mantendo por referência a cooperação da Sociedade na execução de tarefas públicas, nomeadamente porque se reconhece no Estado a força motriz impulsionadora do desenvolvimento econômico.

Neste século XXI, coroando a evolução das instituições políticas, emergem as atividades de planeamento indicativo e de incentivo de todas as atividades valiosas, que possam concorrer para o progresso humano.⁸⁷³

De fato, a tradição enquadra a Administração como um poder do Estado, como o poder executivo do Estado.⁸⁷⁴ Como consequência, a organização administrativa estatal se apresenta, em quase todos os Estados, como um aparato de Governo.⁸⁷⁵ Porém, o poder governativo tem perdido a homogeneidade organizativa e a unidade de interesse, tendo em vista que diversos entes territoriais possuem competência privativa para diversas atividades administrativas.⁸⁷⁶

responsabilidades, em que há tarefas privadas e tarefas públicas: ‘tarefas privadas de execução’, por um lado, e ‘tarefas públicas de regulação’, por outro”. (GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 169).

⁸⁷¹ “Por um lado, é útil e eficiente, de múltiplas formas, a tomada em consideração de **abordagens de economia de mercado** na execução administrativa e na conformação administrativa. Por outro lado, está ainda por esclarecer se ‘government can and should run like a business’. Em qualquer caso, face à situação actual do bem comum, ligado a vinculações e à hierarquização da Administração Pública, não é permitida uma ‘economização’ (no sentido de subjugação às leis da economia) unilateral da actividade.” (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 51-52). [com destaque no original]

⁸⁷² “Saber quando o são é questão que depende muito mais das conjunturas políticas do que de motivos científicos”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*, p. 183).

⁸⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 119.

⁸⁷⁴ GIANNINI, Massimo Severo. *Op. cit.*, p. 69. [tradução livre]

⁸⁷⁵ *Ibid.*, p. 73. [tradução livre]

⁸⁷⁶ *Ibid.*, p. 73-74. [tradução livre]

Contudo, hoje a organização administrativa não é somente própria do Estado e de seus entes públicos.⁸⁷⁷ A noção e o conceito de Administração Pública deixou de ser universal e atemporal, ou seja, válidos em qualquer tempo ou lugar. Reconhece-se que a Administração Pública possui uma noção histórica, vinculada à determinada data e sociedade, conformada para responder às demandas desse grupo vivo e, portanto, é consequência própria da realidade presente.⁸⁷⁸

A difusão da administração privada com função pública demonstra o quanto frequentemente a Administração Pública confia suas funções a outros sujeitos, privados mas no controle público, as vezes por questões de especialização, em outras, para fins de evasão.⁸⁷⁹

Não se ignora que as condicionantes decisivas são instáveis e conjunturais e apenas cognoscíveis quando analisado o conjunto articulado com base na estrutura organizacional, no pessoal, na tecnologia e no ambiente externo, o que confere à organização a possibilidade de adaptar-se as mudanças ocorridas no contexto social externo.⁸⁸⁰

Ao mesmo tempo, essa compreensão prudencial da realidade, numa perspectiva orientada pelo problema a resolver,^{881,882} mostra-se hábil a reposicionar o interesse público mediante o compartilhamento de responsabilidades entre o Estado e a Sociedade nas tarefas públicas.

Antes de prosseguir, porém, cabe uma advertência: o fato de o conceito de interesse público ser vago não retira sua possibilidade de significação.⁸⁸³

⁸⁷⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Op. cit.*, p. 6. [tradução livre]

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 8. [tradução livre]

⁸⁷⁹ CASSESE, Sabino. *Op. cit.*, p. 231; “O casuísmo parece inevitável. Tudo depende da noção e intensidade do interesse público com que se queira operar. Já se viram os interesses públicos de maior nomeada, como p. ex., a assistência hospitalar, o ensino, a previdência, entre outros, serem melhor servidos, com mais proveito para os particulares, em condições de quase total independência relativamente à Administração”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito publico*, p. 182).

⁸⁸⁰ MARTINEWSKI, Andre. *Op. cit.*, p. 35.

⁸⁸¹ “O conhecimento do direito só faz sentido na perspectiva das necessidades concretas a provar...”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito publico*, p. 301).

⁸⁸² “Trata-se de enxergar no Direito uma fonte de regulação de atividades e, portanto de concretização de políticas públicas”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.*, p. 59).

⁸⁸³ GABARDO, Emerson. *Interesse publico e subsidiariedade*, p. 287.

4.2 DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS: ESTADO GARANTIDOR DA CONCRETIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

O processo de redução da intervenção pública não induz a um abandono ou indiferença do Estado pelos resultados obtidos pela partilha de incumbências de prossecução do interesse público entre o Estado e os privados.

Releva notar que a ativação e reforço da responsabilidade própria dos privados para a consecução de objetivos públicos traz consigo alguns benefícios. Com efeito, a afirmação de um modelo misto ou combinado de prossecução do interesse público do “Estado-orientador”⁸⁸⁴ é consequência da convicção que as crenças tanto da mão invisível quanto da onipotência estadual devem ser postas de lado.

A formatação de uma zona intermédia de partilha, de cooperação, de ação concertada e de conjugação de esforços do Estado e da Sociedade não significa, contudo, que ela se caracterizaria como uma terceira esfera, semi-pública ou semi-privada⁸⁸⁵. Ao contrário, pretende-se representar uma zona do espaço social caracterizada pela complementariedade e cooperação, na qual cada setor atua na sua esfera de responsabilidades, com funções próprias e diferenciadas: a Administração mista⁸⁸⁶, uma estrutura na qual os particulares atuam como colaboradores do Estado na realização dos fins institucionais.

4.2.1 Administração Mista: Estado e entidades particulares com responsabilidades partilhadas

As relações resultantes da Constituição brasileira entre os setores público e privado, no nível de titularidade dos meios de produção, evidenciam que a exploração de atividades econômicas é reservada ao setor privado. A atuação do setor público nessa

⁸⁸⁴ A expressão é utilizada por Pedro Gonçalves: GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*, p. 172.

⁸⁸⁵ *Id.*

⁸⁸⁶ “A administração mista é aquela em que o Estado e os atores privados partilham papéis regulatórios”. (ARONSON, Mark. A public lawyer’s response to privatization and outsourcing. In: TAGGART, Michael. *The province of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, p. 52); FREEMAN, Jody. The private role in public governance. In: *Law Journal Library*. V. 75. N. 3. June 2000. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=jornal&handle=hein.journals/nylr75&div>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

sera é excepcionada, exclusivamente, pela presença dos pressupostos autorizativos de imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.

Uma concepção de Administração gerida como um conjunto de relações negociadas entre atores públicos e privados, em especial, sobre a formulação e implementação de tarefas públicas, evoca uma imagem de tomada de decisão na qual não prepondera um único centro de controle.

Essa concepção alternativa desafia a distinção público/privado no Direito Administrativo e convida à consideração sobre as novas formas de agir, ao reconhecer os papéis difusos e variados interpretados por atores privados no exercício da função pública.

Ademais, a teoria da escolha pública contribui para demonstrar que inexiste esfera puramente privada, ou pública, e, principalmente, que ninguém é puramente público. Evidencia que as relações negociadas entre atores públicos e atores privados em uma variedade de contextos administrativos é uma realidade recorrente. Em situações específicas, a proposta consiste em retirá-las da obscuridade.

Esse cenário põe em causa a abordagem formal e hierárquica do Direito Administrativo. Sob uma nova concepção, atores públicos e privados, juntos, assumem uma responsabilidade única, por meio de mecanismos institucionais a serem concebidos para possibilitar uma negociação horizontal oferecida como um contraste ao meio relacional baseado na autoridade, ainda predominante no setor administrativo.

A proposta para a construção de novos meios relacionais entre atores públicos e privados se mostra igualmente hábil a produzir maior transparência no exercício de tarefas públicas, uma vez que coloca a interdependência público/privada no centro da investigação.

Não obstante a distância temporal que nos separa da formulação das concepções políticas liberais que estiveram presentes na base dos movimentos constitucionais dos séculos XVII e XIX, a verdade é que as Constituições de matriz ocidental elaboradas na segunda metade do século XX, incluindo a brasileira de 1988, continuam mecanicamente fiéis à maioria dos postulados liberais em matéria de organização política e distribuição de poderes.⁸⁸⁷

⁸⁸⁷ “Acontece, no entanto, que a emergência de novas instituições políticas, gerando um constitucionalismo escrito de aparência, permite recortar a existência de uma ‘Constituição real’”. (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 137).

De fato, a engenharia constitucional concebida, principalmente a partir da concepção de separação de poderes, se apresenta distante da realidade presente, eis que desconsiderou em sua formulação alguns fatores pulsantes, hoje de forma mais intensa na sociedade. Na Administração Pública, por exemplo, o efeito do cartel formado pelos partidos políticos que integra o exercício de todos os poderes do Estado, encontra-se à margem do que está previsto no texto constitucional.⁸⁸⁸

Sucedem que a intervenção dos partidos políticos, em especial na máquina administrativa, representa um fenômeno capaz de gerar um domínio informal das suas estruturas. Representa uma infiltração tendente a valorizar o vínculo político em detrimento do relacionamento jurídico-institucional e a provocar a transferência do centro decisório dos gabinetes administrativos para as salas dos diretórios políticos.⁸⁸⁹

Destarte, a satisfação de necessidades coletivas a cargo do Estado não se coaduna com um aparelho administrativo dotado de elemento humano sem qualificações técnicas. A especialização administrativa exigida pela multiplicidade de tarefas a serem executadas revela-se algo incompatível com a colonização da Administração Pública pelos partidos políticos.⁸⁹⁰

Reconhece-se, todavia, que a sociedade contemporânea possui dentre seus elementos caracterizáveis, a existência de uma pluralidade de grupos de interesses contraditórios e concorrentes, conduzindo ao reforço de uma democracia participativa como forma complementar à democracia representativa. A clássica dicotomia liberal

⁸⁸⁸ “...o dogma da separação dos poderes é puramente nominal e, parafraseando o que Luis XIV havia dito de si próprio, os partidos políticos podem bem dizer entre si: ‘o Estado somos nós’. Numa outra perspectiva, atendendo a proeminência do partido que se encontra a exercer o poder executivo (...) controlando a sua maioria também o parlamento e a Administração Pública, além de perder qualquer significado político a separação entre os poderes legislativo e o executivo, inutilizando a formulação liberal do princípio e os mecanismos constitucionais de garantia da sua efetividade política, verifica-se que o ‘Estado de partidos’ se converteu em ‘Estado de partido maioritário’ ou talvez, mais correctamente, em ‘Estado do partido governamental’ (...) tende a implantar um modelo de ‘legalidade governamental’: o governo quer, o parlamento aprova; o governo não quer, o parlamento rejeita”. (OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*, p. 139).

⁸⁸⁹ “Poderá mesmo suceder, adoptando um ângulo diferente de análise, que uma politização desordenada das estruturas da Administração Pública, envolvendo a sua colonização pelo ‘partido governamental’, conduza a uma quebra da neutralidade e da imparcialidade administrativas: a Administração politizada será então ‘coveira’ das garantias dos administrados, desenvolvendo-se num processo de completa marginalidade face à ordem constitucional”. (*Ibid.*, p. 295).

⁸⁹⁰ “A tradicional ideia oitocentista de que a Administração Pública é um simples instrumento ao serviço da política destituída de uma lógica de actuação autónoma, mostra-se hoje desmentida pelo simples facto de que a concretização do processo decisório ou implementador das diversas políticas se encontra nas mãos de quem, agindo *a priori*, aconselha o decisor, ou actuando *a posteriori*, executa a decisão. (*Id.*) [com destaque no original]

entre Estado e Sociedade está ampliada para os grupos de interesses nas instâncias decisórias públicas.⁸⁹¹

Conforme demonstra a teoria da escolha pública, ao buscar o consenso dos parceiros sociais, o Estado atua como interlocutor perante os diversos grupos de interesses econômicos e sociais existentes, o que implica uma visão orgânica da sociedade que permite visualizar a emergência da intervenção negocial estatal.

Fala-se numa gestão mista das grandes decisões públicas, que transforma a submissão ao poder político em objeto da negociação, colocando Estado e a Sociedade em um mesmo nível e trazendo consigo os riscos inerentes de colonização pelo Estado dos diversos grupos de interesses.⁸⁹²

Registra-se, por isso mesmo, a realidade contemporânea da susceptibilidade de uma Administração instrumentalizada por tensões entre os diferentes grupos de interesses, eventualmente alguns rivais entre si, sujeita à vicissitudes negociais determinadas pela conveniência e oportunidade política do executivo e, por isso mesmo, tornando-a capaz de afastar-se da real prossecução do interesse público.⁸⁹³

Há até aqui, indiscutivelmente, fortes argumentos para retirar da obscuridade essa forma relacional administrativa, trazendo para dentro de um espaço no qual a autonomia do processo decisório passe a ter o seu sentido condicionado pela partilha de responsabilidade entre os atores públicos e privados.

De fato, o aparecimento de uma Administração Pública organizada em termos pluralistas, evidencia que não existe uma única Administração mas sim várias Administrações Públicas.⁸⁹⁴

Para a transferência mais alargada de atribuições estatais para a órbita das atividades privadas, a estrutura organizacional administrativa do Estado brasileiro necessita ser preparada, a partir de dentro, para dar vazão ao estabelecimento de relações mais paritárias entre a Administração e os particulares.

⁸⁹¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, p. 139

⁸⁹² “Deparamos com novos participantes no exercício do poder público, sem que tais grupos de interesses gozem de um específico título formal de legitimidade que os habilite a partilhar o exercício da soberania conferida pela Constituição aos órgãos legislativos e administrativos, verificando-se que os mesmos se encontram ainda subtraídos a qualquer tipo de responsabilidade que habitualmente vincula os órgãos do Estado”. (*Ibid.*, p. 142).

⁸⁹³ *Ibid.*, p. 143.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 317.

Ademais, a atividade econômica da Administração é um território complexo, agravado pela realidade econômica e dinâmica que pouco se importa com as categorias dogmáticas tradicionais.⁸⁹⁵ A relação jurídica, no âmbito da atividade econômica, é cada vez mais contratual e privada.⁸⁹⁶

A figura da relação que estimula o compartilhamento de tarefas públicas não é compatível com a tradicional concepção do poder administrativo apenas como autoridade. Obriga, sem dúvida, a uma nova perspectiva mais elástica de modo a compreender o conjunto de prestações a efetivar pela Administração no contexto de um modelo de Estado prestacional.

Ademais, nas relações entre Estado e Sociedade, certamente a problemática não reside apenas em questões afeitas ao peso e tamanho do Estado, tampouco na ineficiência de sua Administração ou na qualidade dos serviços prestados.⁸⁹⁷

Com efeito, para a construção de um ambiente relacional, do qual resulta efeitos não apenas no interior da organização administrativa, mas também consequências para o exterior, a relação jurídica deve ser alicerçada em um regime jurídico que contribua para a paridade. Isto é, para a igualdade de posições jurídicas.

O recurso preferencial ao direito privado tende a apaziguar esses contatos jurídicos e a contribuir para o estabelecimento de um clima de maior equilíbrio.⁸⁹⁸ Ademais, o direito privado é sempre o meio mais apropriado para a produção do rendimento econômico.⁸⁹⁹

Destarte, o Estado é apenas um dos pólos de uma relação alargada e complexa em que quase a totalidade das atividades econômicas passa a ser executada

⁸⁹⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 599.

⁸⁹⁶ “Mas para que os instrumentos contratuais próprios do mercado não conduzam à asfixia deste necessária é a adequada *regulação* do mercado dando voz ao mesmo tempo a certos interesses públicos relevantes designadamente no âmbito do serviço público”. (*Ibid.*, p. 607).

⁸⁹⁷ “Trata-se, portanto, de uma questão para além da econômica, ética e cultural. (...) O processo político configura-se uma ‘catarse’, ou seja, uma fase de modificação real (de conscientização) que exige uma passagem do momento econômico (egoístico-passional) para o momento ético. Só a liberdade política supera qualquer forma de determinismo biológico, cultural e, principalmente, econômico. De outro lado, não há liberdade política sem libertação econômica. (...) Se todo homem é social, por certo somente será cidadão aquele que puder participar da vida pública e usufruir de funções públicas. Milhares de anos depois, a ferida permanece aberta”. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 374).

⁸⁹⁸ “A razão de ser da preferência pelo direito privado nos contactos com o público em geral por parte de certas estruturas administrativas, designadamente empresariais é bem conhecida”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 597).

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 642.

diretamente pelo setor privado, muito embora dentro de um enquadramento legal.⁹⁰⁰ A maleabilidade da recíproca relação é sintoma da devida consideração de todos os interesses em presença.⁹⁰¹

Mostra-se ainda mais susceptível de compreender a necessária transformação a que deve ser submetido o modelo organizativo da Administração Pública, por meio da consolidação de uma perspectiva relacional como ponto decisivo para a crítica de certas soluções e a reforma de outras.⁹⁰²

Porém, o recuo do Estado da atividade econômica não significa o seu desaparecimento como interlocutor na economia.⁹⁰³ Essa nova posição do Estado implica mecanismos de controle efetivo.⁹⁰⁴

No movimento de deslocamento do setor público para o setor privado de tarefas antes incluídas no núcleo duro das atribuições estaduais, o Estado continua a conservar intacto o seu poder de decisão. A valorização da perspectiva relacional, em substituição ao viés unilateral, é o que mais se adequa ao âmbito das atividades econômicas.⁹⁰⁵

Ademais, o intenso intervencionismo em vários níveis da esfera social e econômica, não corresponde, necessariamente, a um reforço das garantias dos cidadãos perante uma Administração tentacular, nem conduz a maior controle sobre a Administração.⁹⁰⁶

De fato, o texto constitucional dispõe que somente em título excepcional os administradores públicos estão autorizados a administrar aspectos econômicos⁹⁰⁷, a eles compete, de forma indelegável, assegurar possibilidades de adequado desenvolvimento e, em última análise, orientar indiretamente a sociedade e a economia.

⁹⁰⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 606.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 1046.

⁹⁰² “O relevo dos princípios gerais do direito na consolidação de uma perspectiva <<relacional>> é decisivo. Avulta o princípio da boa-fé e o seu corolário, a tutela da confiança do particular, capz de *lege ferenda* de obrigar a um repensar de soluções legislativas já consagradas...”. (*Ibid.*, p. 1043).

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 605.

⁹⁰⁴ “Será mais importante no futuro a função crítica da ciência jurídica – não apenas quanto ao detalhe técnico-jurídico, mas sobretudo relativamente aos princípios e às estruturas”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 22).

⁹⁰⁵ MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 608.

⁹⁰⁶ “O estado social actual é maternal e doce para os particulares, mas nem por isso deixa de ser autoritário e inacessível...”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito publico*, p. 347).

⁹⁰⁷ “Efetivamente, o princípio do Estado de direito remete para a busca fundamental de liberdade e assim para o auto-interesse natural das pessoas, do qual faz parte o fim lucrativo”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 208).

O desenvolvimento do país exige uma reestruturação da Administração Pública, substituindo as sociedades comerciais estatais que exercem atividade econômica lucrativa⁹⁰⁸, por um novo modelo no qual o capital privado seja integral, que promova o incentivo à produtividade e ao investimento em novas tecnologias, com foco em uma gestão eficiente que não onere a sociedade. E, acima de tudo, que incentive a procura de renda em setores produtivos que gerem riqueza.

Repise-se, a privatização de tarefas públicas não as tornam privadas, elas permanecem sendo públicas, porém demanda efetiva responsabilidade de controle consistente no dever de garantir as prestações pelo Estado.⁹⁰⁹

A discussão da reformulação do enquadramento dogmático e organizativo da estrutura organizacional da Administração Pública é realidade integrante do Direito Econômico⁹¹⁰ e sugere, ao menos no cenário europeu⁹¹¹, a extinção do modelo empresarial estatal. Cenário que implica em uma profunda alteração do modelo de intervenção econômica mediante o exercício de atividade empresarial.⁹¹²

Para tanto, torna-se necessário preparar uma reforma institucional capaz de moldar a estrutura política e econômica da sociedade brasileira, de tal forma a proporcionar um sistema de incentivos adequados ao crescimento da participação contínua e incremental do setor privado na execução das tarefas até então, tidas como públicas.

⁹⁰⁸ “Deve existir um fim público que exija ou justifique a empresa”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 298).

⁹⁰⁹ GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*, p. 10.

⁹¹⁰ Para efeitos deste trabalho, adota-se o posicionamento de Luís Moncada, para quem: “O direito econômico (...) afirma-se fundamentalmente como direito público que tem por objetivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica. (...) O direito econômico surge-nos não como o direito geral da atividade econômica, mas como o direito *especial* da intervenção estadual”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*, p. 15-16).

⁹¹¹ Luís Moncada afirma: “Mas não se pense que a intervenção do Estado na economia é um fenômeno uniforme e estático. Tem conhecido fluxos e refluxos especialmente na Europa. Vai desde o dirigismo estatal até a mera disciplina do mercado. A rapidez que se tem passado de uma para outra forma de intervenção na economia e as hesitações do respectivo percurso ao sabor das maiorias políticas não permitem considerá-la como uma estratégica política imposta ao Estado pelos interesses econômicos dominantes e com o mesmo Estado concertada. O grande capital não coloca o Estado a seu reboque. Não foi ontem adepto da disciplina da concorrência para mais tarde ser do dirigismo e da intervenção directa do Estado e hoje do liberalismo. As coisas são mais complicadas. O que se verifica é que o direito não se reduz à economia”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*, p. 8.)

⁹¹² OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, p.5.

4.2.2 O desafio ao processo de transformação institucional brasileiro: a questão da dependência da trajetória

É indubitável que no exercício de sua função, a Administração Pública contemporânea não deve apenas garantir a liberdade e a igualdade individuais, mas também propiciar condições estáveis de vida para o cidadão que não consegue alcançá-las por si próprio, incentivando e influenciando os agentes econômicos a fim de prevenir a necessidade social e de cuidar da satisfação das necessidades vitais de uma existência humana digna.⁹¹³

A necessária flexibilidade da Administração para fazer frente a esses desafios é garantida pela abertura da Constituição Econômica que pode ser, mas necessariamente não deve ser, configurada como economia social de mercado⁹¹⁴, ainda que se encontre permeada por fortes traços de uma economia liberal.⁹¹⁵

A esse respeito, releva notar que o Estado brasileiro, em razão da simultaneidade de questões colocadas em um curto espaço de tempo, é um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar.⁹¹⁶

Por outro lado, considerando-se as tendências imanentes, tais como a salvaguarda da estabilidade fiscal e monetária, o pleno emprego e o crescimento econômico, todos pressupostos da conservação do equilíbrio econômico e da melhoria da condição social da população, tem-se que a capacidade de funcionamento da economia contemporânea exige uma planificação e direção central.⁹¹⁷

⁹¹³ “Para assegurar o equilíbrio social recorre-se, por um lado, a encargos fiscais desproporcionais e, por outro lado, a um sistema bem estruturado de segurança social, através de subsídios públicos, seguros sociais obrigatórios, assistência social e outros apoios sociais”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 207).

⁹¹⁴ “Porque os bens e as prestações estão frequentemente disponíveis apenas de forma limitada, a Administração do Estado social de direito tem por função administrar as carências”. (*Ibid.*, p. 208).

⁹¹⁵ “A ordem econômica é também uma ordem jurídica da economia e esta não é apenas uma ordem privada da economia; é também uma ordem pública econômica. Esta última, por sua vez, é uma ordem constitucional mas também administrativa e disciplinada hoje cada vez mais em termos favoráveis ao intercâmbio paritário dos agentes econômicos privados e das entidades públicas, sempre sem perder de vista os interesses legítimos dos utentes afectados pelo desenvolvimento das actividades de serviço público”. (MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 643).

⁹¹⁶ “...moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, constatando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal (...) o Estado é bloqueado por interesses privados”. (BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 160).

⁹¹⁷ WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 207.

O problema consiste em identificar até que ponto podem chegar as planificações, conduções, distribuições e prestações do Estado, sem ultrapassar o caráter de Estado de direito. Para tanto, a resposta não deve ser em termos globais, mas encontrada pela dimensão das necessidades sociais de cada Estado e pelo que é importante para a vida em determinado momento civilizacional, no Estado.

Um modelo de Estado, ainda que assentado em bases sociais, não justifica o aprisionamento do cidadão concebido para atuar livremente no mercado e por isso mesmo, não pode conduzir a um aperfeiçoamento sócio-político que desrespeite os direitos consagrados na Constituição e paralise a iniciativa privada. O Estado deve atuar como orientador, incentivador e árbitro, sem, contudo, entrar no jogo.⁹¹⁸

Esse debate perturba o cenário jurídico administrativo, na medida que em suas categorias tradicionais, especialmente do campo do Direito Administrativo⁹¹⁹, permanecem presas a um esquema positivado que não considera os componentes do processo político na condução das tarefas administrativas. A realidade administrativa reflete a noção da necessidade de incrementar o formal compartilhamento de tarefas públicas entre os atores públicos e privados.

Destarte, o direito administrativo carece de uma sistematização jurídica que identifique as categorias e instrumentos mais aptos a funcionalizar e operacionalizar a prestação de utilidades coletivas por cooperação. A satisfação dos interesses coletivos por meio do incentivo ao incremento da participação dos atores privados, a partir de uma perspectiva relacional requer uma organização administrativa voltada para os problemas de legitimidade das respectivas competências administrativas que possam surgir da reestruturação administrativa

Pode-se convir, desde já, que a autonomia é pretexto para o pluralismo administrativo e que será necessário adaptar, ou até mesmo substituir, os meios tradicionais relacionais do direito administrativo para acompanhar, numa base paritária, as relações jurídicas imanentes da economia de mercado baseada na propriedade e iniciativa autônoma dos agentes privados na execução de tarefas públicas. Trata-se de

⁹¹⁸ “Os direitos de liberdade assentam na auto-responsabilidade e na autodeterminação. (...) A tendência é para o reforço da Administração autónoma, para a autonomia privada e para a co-responsabilidade e contra uma diminuição e restrição da liberdade regulada no Estado social. Na complexa sociedade industrial, quanto mais o cidadão é dirigido pelo Estado e pelos demais entes administrativos, tanto maior deverá ser o cuidado de que ele não lhes seja entregue”. (WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Op. cit.*, p. 209). [com destaque no original]

⁹¹⁹ Refere-se ao ato administrativo e ao contrato administrativo.

efeitos da autonomia que tem importância fundamental para a compreensão da paridade das relações jurídicas no âmbito da atividade administrativa.⁹²⁰

Por essa razão, a preocupação com a inovação no campo da estrutura organizacional administrativa brasileira conduz a uma reflexão conceitual acerca da composição que deve integrar a Administração Pública contemporânea. Ocorre que, a necessária reestruturação da Administração Pública, apesar de possuir elementos basilares de aspectos gerenciais, não é simplesmente um problema de gestão, mas mostra-se como questão eminentemente política.⁹²¹

Vivencia-se um momento de transformação da sociedade brasileira, com o maior amadurecimento da democracia de forma concomitante à demanda por marcos institucionais hábeis a superar as distorções da gestão pública de tarefas administrativas, causadas, sobretudo pela intensa ingerência política no interior das sociedades comerciais estatais. Afinal, o mito da neutralidade da Administração Pública, isto é, a presunção de uma Administração apolítica, simplesmente técnica, resta superado conforme sustentam os autores da teoria da escolha pública – *Public Choice*.

Ademais, no plano administrativo, a estrutura do Estado brasileiro não é nem uniforme, tampouco coesa. Trata-se de uma estrutura desagregada⁹²², cujas divisões internas constituem-se em um obstáculo ao sucesso de uma política de desenvolvimento. Cada órgão administrativo é representante de interesses políticos distintos, com forças diferenciadas a cada momento.

Como afirmado, inexistente uma direção central efetiva coesa que atue sobre a diversidade de entes administrativos distribuídos nas esferas de competências dos entes federados, tampouco uma planificação hábil a garantir continuidade das prestações públicas a cada troca de Governo.

Na Administração Pública brasileira assiste-se ao predomínio de um ambiente no qual as relações de trocas permanecem dominadas pelo usos e costumes, rotinas de comportamento de um sistema apoiado em uma cultura de favorecimento pessoal, de trocas de favores especiais generalizado, compadrios, partidismo e

⁹²⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*, p. 559.

⁹²¹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 155.

⁹²² Massimo Severo Giannini, analisa o fenômeno de desagregação da Administração Pública e de seus efeitos perturbadores na condução dos assuntos públicos, decorrentes, principalmente, da ausência de coesão e uniformização de ações: GIANNINI, Massimo Severo. *Op. cit.*, p. 78-82.

nepotismo, todas atividades improdutivas de procura de renda suportadas em redes de clientelismo, tráfego de influências e mesmo corrupção.⁹²³

Releva notar que esse processo institucional de procura de renda é visto como um processo normal e legítimo por parte de alguns integrantes da sociedade, razão pela qual tende a manter-se e até mesmo a acentuar-se.⁹²⁴ O fenômeno está generalizado nas modernas democracias, em muitas sociedades, com partidos políticos convertendo-se em agentes de emprego dos seus militantes.⁹²⁵

Para alterar gradualmente as escolhas dos agentes políticos e econômicos, incentivando-os à procurar renda em atividades produtivas, é decisivo alterar a matriz institucional de tal forma a torná-la capaz de promover melhorias da posição competitiva da economia. É necessário preparar-lhe para lidar com mercados externos cada vez mais competitivos e, ao mesmo tempo, com grupos de interesse internos cada vez mais poderosos que desviam recursos para atividades improdutivas de procura de renda. Para tanto, sugere-se a retirada do Estado do setor empresarial, em especial das atividades econômicas lucrativas exploradas por meio de sociedade de economia mista, como um primeiro passo na direção da transformação institucional.

Reconhece-se a possibilidade de resistência ao processo de transformação institucional que se propõe, uma vez que as instituições existentes geram poderosos incentivos que reforçam sua própria estabilidade e desenvolvimento.⁹²⁶

Pode-se considerar que os incentivos, vale dizer, os benefícios auferidos pelos atores sociais, políticos e burocratas, que atuam no contexto institucional tendem a reforçar a continuidade da vigência da trajetória institucional que operam. Ao serem favorecidos pelos arranjos institucionais vigente, não se interessam em promover as alterações necessárias, podendo, inclusive, atuar como barreira à mudanças.

Nesse sentido, com a possibilidade de retornos crescentes, os atores têm fortes incentivos para concentrar-se em uma única alternativa e continuar a trilhar a

⁹²³ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 354. A referência do autor é destinada à sociedade portuguesa, porém identifica-se elevado grau de semelhança à realidade brasileira.

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 355.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 357.

⁹²⁶ PIERSON, P. Increasing returns, path dependence and the study of politics. In: *American Political Science Review*, v. 94, n. 2, p. 251-267, June 2000, p. 255. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0003-0554%28200006%3A2%3C251%3AIRPAT%3E2.0.CO53B2-Z>. Acesso em: 3 mai. 2013.

mesma trajetória⁹²⁷. Cada ponto ao longo de uma trajetória particular produz consequências que tornam essa trajetória mais atraente para o próximo período. Assim, a medida que esses efeitos começam a se acumular, eles geram um poderoso estímulo à sua permanência na mesma trajetória.

Isso pode explicar a sobrevivência de modelos e restrições institucionais ao longo do tempo, mesmo quando diante de alterações radicais⁹²⁸, como no caso concreto objeto deste estudo, ou seja, da permanência da sociedade de economia mista no mercado, mesmo quando ausentes as condições que justificaram sua criação.

As instituições carregam e reproduzem suas características estruturais originais e persistem mesmo quando as condições originais que justificavam sua existência deixam de existir. Além disso, as instituições contribuem para estruturar o contexto em que se desenvolvem os processos de socialização, aprendizagem e interação dos agentes, e exercem impacto determinante na formação e cristalização de expectativas compartilhadas de comportamento.⁹²⁹

Com efeito, é necessário destacar que as condições políticas iniciais despontam como um fator crítico de sucesso para o desenvolvimento econômico sustentável.⁹³⁰ A aprendizagem coletiva que uma determinada sociedade é capaz de fazer sobre os feitos de seu passado comum, isto é, sua herança cultural, pode bloquear a resolução do problema do desenvolvimento. A herança cultural é capaz de influenciar nos modelos mentais com base no qual os decisores fazem suas escolhas.^{931,932}

⁹²⁷ PIERSON, P. *Op. cit.*, p. 253-254.

⁹²⁸ NORTH, D. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 99-101.

⁹²⁹ DAVID, Paul A. Why are institutions the carriers of history? Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions. *Structural Change and Economic Dynamics*, v.5, n.2, 1994, p. 228. Disponível em: ftp://www.econ.bgu.ac.il/courses/Institutional_Economics_in_Historical_Perspective/readings/Week4_David.pdf. Acesso em: 28.nov.2013.

⁹³⁰ “Essas condições políticas têm de incentivar (i) os grupos de interesse a procurar actividades produtivas de criação de riqueza, em vez de se envolverem principalmente em actividades redistributivas de procura de renda; e obrigar (ii) os políticos e burocratas a orientar as escolhas públicas de modo a maximizar a riqueza social, e não a sua própria riqueza. Se fosse possível identificar inequivocamente estas condições iniciais a solução do problema do desenvolvimento seria trivial”. (SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 355).

⁹³¹ NORTH, Douglas. *Some Fundamental Puzzle in Economic History/Development*. Washington University: St. Louis, 1995. Disponível em: <http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3718/9509001.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁹³² “Dito de outra maneira, os constrangimentos institucionais (os hábitos, usos e costumes) aprisionam, via mimetismo de comportamentos, a evolução institucional numa dada trajetória de desenvolvimento. A mudança instantânea neoclássica não cabe no mundo real, contingente e irreversível da dependência da trajetória. Não é possível mudar subitamente a evolução institucional de uma trajetória para outra

Nesse sentido, o conceito de dependência da trajetória (*path dependence*)⁹³³ é apresentado como uma ferramenta hábil para entender a importância de sequências temporais e do desenvolvimento, no tempo, de eventos e processos sociais.⁹³⁴

Contudo, é importante destacar que a dependência da trajetória não significa a previsão do futuro a partir do passado, senão uma maneira de afirmar que o futuro e o passado estão ligados por uma cadeia de acontecimentos em que as condições iniciais estão a variar de forma permanente. As escolhas de hoje, que constroem as escolhas futuras, são função de uma cadeia de mudanças incrementais que remontam à origem.

De acordo com Douglas North, um dos cultores da teoria da dependência da trajetória (*path dependence*), a história importa e o legado do passado condiciona o futuro. O autor afirma que, uma vez adotada uma trajetória específica, faz-se necessário

entendida como superior porque o fluxo da mudança está aprisionado, está canalizado por factores comportamentais historicamente contingentes que exibem histerese, que resistem à mudança. Não é possível trocar de um dia para outro de trajetória institucional porque as instituições resultam de um processo de aprendizagem social derivado historicamente da herança cultural que a si próprio se reforça”. (SOARES, José Fernandes. Op. cit., p. 350).

⁹³³ O conceito de dependência da trajetória é utilizado de maneira diferente e com variações pelos especialistas interessados na aplicação da história e da temporalidade para entender fenômenos políticos e sociais. A divergência é causada por diferenças, muitas vezes imperceptíveis nos constrangimentos institucionais informais, nos hábitos, usos e costumes derivados historicamente. Porém, os rendimentos crescentes associados à matriz institucional tornam esses fatores contingentes mais poderosos do que as regras formais. Para aprofundamento sobre a teoria da dependência da trajetória e as variações de aplicação do conceito, dentre todos, destaca-se: ARROW, Kenneth J. Increasing returns: historiographic issues and path dependence. *The European Journal of the History of Economic Thought*, v.7, n.2, p.171-180, 2000; ARROW, Kenneth J. *Path dependence and competitive equilibrium*. Stanford: University Press, 2004. Disponível em: <<http://www-siepr.stanford.edu/conferences/Arrow.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013; ARTHUR, B. Positive feedbacks in the Economy. *Scientific American*, v.262, n.2, p.92-99, 1990. Disponível em: <<http://cas.umkc.edu/econ/economics/faculty/Forstater/506/506readings/PositiveFeedbacks.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013; CASTALDI, C.; DOSI, G. The grip of history and the scope for novelty: some results and open questions on path dependence in economic processes. In: WIMMER, A.; KÖSSLER, R. (Eds.). *Understanding change: models, methodologies, and metaphors*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2006. p.99-128. Disponível em: <<http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/2003-02.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013; DAVID, Paul A. *Path dependence, its critics and the quest for historical economics*. Working Paper, Department of Economics, Stanford University, 2000. Disponível em: <<http://www-siepr.stanford.edu/workp/swp00011.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013; MAHONEY, James. Analyzing path dependence: lessons from the social sciences. In: WIMMER, A.; KÖSSLER, R. (Eds.). *Understanding change: models, methodologies, and metaphors*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2006. p.129-139. Disponível em: <http://www.princeton.edu/~awimmer/UnderstandingChangeIntro.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2013. Interessante abordagem comparativa, na doutrina nacional, é apresentada por: BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. In: *Perspectivas*, São Paulo, v. 41, p. 137-167, jan./jun.2012. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

⁹³⁴ KAY, A. A critique of the use of path dependency in policy studies (p.553-571). *Public Administration*, v.83, n.3, 2005, p. 555.

um grande esforço ou até mesmo um choque externo para alterar a direção e o curso das instituições em momentos posteriores.⁹³⁵

Nesse sentido, alterar um sistema de crenças dominante em determinada sociedade, na qual predomina uma cultura de troca pessoal não é uma tarefa fácil.⁹³⁶ Daí porque não é possível implantar em determinada economia um sistema de crenças bem sucedido de outra economia, tendo em vista que o sistema institucional reage fortemente contra mudanças profundas em larga escala, de forma a acomodar apenas modificações incrementais que reforcem a situação institucional corrente.⁹³⁷

O sucesso do desenvolvimento econômico resultante de organizações produtivas, concebidas no interior de uma matriz institucional capaz de propiciar incentivos adequados para aumentar a produtividade, somente ocorre quando as organizações políticas evoluem para auxiliar as organizações econômicas.⁹³⁸

No setor econômico não é possível sustentar explicações que descrevem processos e sistemas intrinsecamente dinâmicos como se estivessem em um permanente equilíbrio, estáticos. E, não talvez porque essa ou aquela explicação possa ser falsa, mas porque constituem-se apenas uma parte pequena do mundo real, que é complexo e sensível à mais diversas perturbações as quais podem ser simples à partida e que, combinando-se, gera uma complexidade que pode atingir um elevado nível de agregação.⁹³⁹

Conforme aduz Fernando Araújo, “os mercados geram um enquadramento institucional que visa apoiar os agentes econômicos na realização dos seus fins”.⁹⁴⁰

⁹³⁵ NORTH, Douglas. *Some Fundamental Puzzle in Economic History/Development*, p. 2-8.

⁹³⁶ Douglas North afirma que as economias dos EUA e da América Latina, regiões do mesmo continente, tem divergido profundamente, desde o princípio, como consequência de padrões institucionais e ideologias completamente diferentes, impostas pelos países colonizadores, respectivamente Inglaterra e Portugal/Espanha. Segundo o autor, apenas as impressões diversas deixadas como heranças culturais de dois modelos de colonização diferentes nas mentes dos decisores locais podem explicar as trajetórias de desenvolvimento tão diferentes. O autor sugere que o desenvolvimento superior da economia dos EUA é resultado da herança anglo-saxônica que estimulou o estabelecimento de contratos de longo prazo necessários à criação de mercado de capital e crescimento econômico. Por outro lado, na América Latina tem-se perpetuado as tradições burocráticas centralizadas advindas da herança Hispano/Portuguesa. Cf. NORTH, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, p. 112-117.

⁹³⁷ *Ibid.*, p-10-12.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 18.

⁹³⁹ SOARES, José Fernandes. *Op. cit.*, p. 490.

⁹⁴⁰ ARAÚJO, FERNANDO. *Introdução à Economia*, p. 113.

Nesse sentido, a estrutura organizacional administrativa igualmente necessita evoluir no tempo, interagindo com os processos econômicos sociais e tecnológicos do atual contexto histórico brasileiro.

Relembre-se que a estrutura administrativa brasileira é caracterizada pela presença do patrimonialismo e do clientelismo político, transformando-a em arranjo institucional extremamente enraizado, cujo fator, conjugado com os retornos crescentes que o arranjo proporciona aos atores sociais que nele atuam, pode ter contribuído para impedir, até então, a modificação no processo de transformação institucional no Brasil.

Explica-se: como os atores sociais, políticos e burocratas, que atuam no contexto institucional vigente, já detêm o conhecimento de como agir num contexto administrativo patrimonialista e clientelista e, ao mesmo tempo desenvolveram estratégias de atuação para operar nesse ambiente, eles tendem a reforçar o caminho de trilhado e resistir à mudança institucional. Significa dizer que, no caso de eventual mudança ocorrer, os atores necessitariam aprender a operar a nova realidade institucional, o que implicaria custos.

Os elementos apontados permitem constatar que mudar a estrutura organizacional administrativa do Estado é, provavelmente, uma das tarefas mais difíceis a ser enfrentada pela sociedade contemporânea.

Com efeito, a análise das instituições como o ponto de equilíbrio duradouro, realizada a partir da abordagem econômica, permite explicar porque há pouco interesse em mudá-las. As instituições são auto-reforçáveis e mesmo que existam soluções teoricamente mais eficientes, os custos de reversão e aprendizagem tendem a inviabilizar a mudança.⁹⁴¹

O conceito de dependência da trajetória mostra-se adequado para a investigação teórica e empírica da Administração Pública, que foi moldada com percepções recebidas da herança cultural dominada por hábitos, usos e costumes a privilegiar a relação de trocas pessoais. O aprisionamento de modelos mentais dos decisores públicos, sugerido pela teoria da dependência da trajetória, pode explicar as falhas de intervenção no alcance de objetivos sociais.

⁹⁴¹ GOODIN, R.; KINGERMAN, H. *A new handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 152. [tradução livre]

Sublinha-se, desde logo, que a adoção da idéia não implica em categoria exclusiva, ou incompatível, porém, oferece noções complementares susceptíveis de integração para favorecer um sistema explicativo mais abrangente para a compreensão das falhas e consequentes custos de intervenção. Sugere que é necessário promover alterações institucionais que iniciem, ainda que de forma gradual, a mudança no sistema de crenças da economia brasileira. De fato, é salutar o desenvolvimento de uma nova cultura de gestão pública.

Ademais, ao longo do tempo o Estado brasileiro realiza ações que sinalizam o seu pretense descomprometimento público em relação a algumas tarefas públicas, ora por meio da privatização, ora pela liberalização e regulação⁹⁴². Observa-se, nitidamente, a concretização de profundos recortes setoriais, iniciados pelo setor de infraestruturas.⁹⁴³

É necessário aproveitar as janelas de oportunidade abertas em contextos históricos e econômicos específicos, como o vivenciado, neste momento, no Brasil em que as demandas por investimentos em infraestrutura e serviços públicos são exigíveis,. Explorar intensivamente o campo do possível e pensar novas instituições, para evitar que o processo econômico e, por consequência, o desenvolvimento, fique aprisionado em uma trajetória de evolução socialmente indesejada.

Indubitavelmente, as reformas estruturais representam um aspecto essencial da política econômica dos países em desenvolvimento, configurando-se condição prévia e necessária ao próprio desenvolvimento. Tratam-se de dilemas e desafios levantados sobre a especificidade do Estado brasileiro e que demandam reflexões conjuntas sobre o direito, a economia e a política.⁹⁴⁴

Não se ignora que a renovação da Administração Pública brasileira não se produzirá sem tensões e até mesmo contradições. Porém, é necessário afastar o modelo patrimonialista de gestão pública, o qual além de não promover a separação entre a

⁹⁴² “A redução do papel do Estado implica, no primeiro momento, no aumento da regulação”. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, p. 38-40); MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 37-39.

⁹⁴³ Refere-se ao setor elétrico, ao setor de rodovias e ao setor aeroportuário brasileiro, a título exemplificativo.

⁹⁴⁴ “Coordenando as decisões pelo planejamento, o Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa para modificar as estruturas socioeconômicas bem como distribuir e centralizar a renda, integrando, social e politicamente, a totalidade da população”. (BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 158).

propriedade pública e a propriedade privada, são caracterizados por intenso personalismo, nepotismo e fisiologismo.⁹⁴⁵

Relembre-se que a promoção do desenvolvimento é objetivo da República fixado no art. 3º, inciso II da Constituição Federal, que confere ao Estado o papel principal de agente promotor do desenvolvimento. Como condição para o desempenho dessa função, é necessário conhecer e enfrentar os obstáculos à atuação da Administração Pública brasileira, revisitando suas funções e readequando sua estrutura para alcançar esse objetivo.

⁹⁴⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*, p. 178.

CONCLUSÃO

A estrutura e as formas de atuação da Administração Pública sofrem os influxos das circunstâncias políticas, sociais, econômicas, técnicas e culturais de cada tempo.

A análise da perspectiva histórica da intervenção do Estado brasileiro no campo econômico destaca o papel desempenhado pela sociedade de economia mista e de sua importância, em especial no momento de sua concepção, para o desenvolvimento nacional, como ente promotor da industrialização em setores considerados estratégicos e com grau de interdependência. Utilizada para alavancar os investimentos estatais considerados prementes para o projeto de industrialização nacional, a utilização da sociedade de economia mista visava, sobretudo, a superação do retardamento capitalista que permeava a economia brasileira durante a década de 30 do século XX.

A conjugação do capital público e privado, por meio do regime jurídico de direito privado, apresentou-se como estratégia adequada para a atuação no mercado caracterizado, principalmente, pela debilidade do empresariado doméstico em reunir recursos para investimento em projetos de longo curso e maturação, fator impulsionador da atividade empresarial do Estado. A intervenção do Estado como agente econômico demandava a coordenação das atividades das cadeias produtivas. Aspectos de caráter macroeconômico, que desembocam no conceito ampliado de falhas de mercado, justificaram inicialmente a criação e expansão dessas empresas estatais.

Porém, desde sua origem no contexto brasileiro, a sociedade de economia mista despontou como resultado de um processo político complexo, caracterizado por conflitos e negociações, entre as distintas forças sociais e econômicas, com a pretensão de construção de um modelo consensual apto à atender às várias expectativas dos diversos agentes econômicos, entre eles, o Estado, o capital nacional e o capital estrangeiro. Em vários momentos, a presença estatal consentida na economia representava a garantia de um patamar mínimo de fornecimento de bens e serviços e de agente regulador da competição, amplamente aceito, independentemente do substrato ideológico do Estado.

A reforma administrativa implantada por meio do Decreto-lei nº 200/67 introduziu a descentralização na estrutura administrativa brasileira e representou um dos fatores determinantes para a expansão da atividade empresarial do Estado brasileiro, em face da demanda crescente por infraestrutura básica em vários setores nos quais o Estado já detinha o monopólio.

A sociedade de economia mista encontra apoio jurídico inicial no art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 200/67 e foi posteriormente regulada pelo art. 237 da Lei 6.404/1976 – Lei de Sociedades Anônimas, com reconhecimento constitucional vigente contido no art. 37, *caput* e inciso XIX e art. 173, *caput* e § 1º e inciso II da Constituição Federal de 1988. Na Administração Pública indireta brasileira existe a sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos e a sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, sobre as quais incide a carga normativa de Direito Público.

Se no passado foi o alargamento das funções da Administração Pública um dos fatores que evidenciou que o aparelho da Administração direta não era mais capaz de dar respostas às novas tarefas que o Estado era chamado a desempenhar e que culminou com a descentralização administrativa, pode-se afirmar que no atual cenário econômico e social vivencia-se uma situação diversa, caracterizada pelo grau de intervenção e pelo papel do Estado na produção de bens e prestação de serviços e, conseqüentemente, no campo material e orgânico da Administração Pública

Na estrutura organizacional administrativa do Estado brasileiro o setor empresarial estatal tem importante peso econômico, tanto no campo das despesas correntes quanto das receitas geradas pela prestação dos serviços públicos e atividades econômicas.

O embate entre riscos e tensões existentes na relação entre comportamento empresarial e governativo, desperta a necessidade de investigar se a intervenção estatal, na forma de sociedade de economia mista, não se avulta socialmente penalizadora para o funcionamento do mercado e para a sociedade no atual contexto socioeconômico brasileiro.

A questão da lucratividade da exploração de atividades econômicas pela sociedade de economia mista suscita dúvidas acerca da destinação do benefício, uma

vez que a finalidade essencial da sociedade de economia mista não seria o lucro, senão a consecução do interesse público.

O cenário legislativo brasileiro acena com garantias de divisão de resultados favoráveis para a sociedade estatal, induzindo que atividades administrativas sejam rentáveis economicamente. A legislação brasileira disciplina a distribuição de lucros aos acionistas, como forma de incentivo à participação do setor privado no capital social das empresas estatais e, ao mesmo tempo, fortalecer o mercado de capitais e a proteção dos acionistas minoritários. A Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976), por exemplo, dispõe sobre o direito dos acionistas a receber como dividendos obrigatórios, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto social da empresa ou, em caso de omissão estatutária, à metade do lucro líquido ajustado. Para a elaboração do estatuto social, por sua vez, existe discricionariedade para tratamento da questão.

Para empresas federais, o Decreto nº 2.673/1998, determina a obrigatoriedade da inclusão de dispositivos nos seus estatutos sociais que determinem a remuneração aos acionistas de, no mínimo, 25% do lucro líquido ajustado. A Lei nº 9.249/1995, concede às empresas a faculdade de deduzir, para efeitos de apuração do lucro real, o montante dos juros pagos ou creditados aos acionistas, calculados sobre as contas do patrimônio líquido. Os excedentes econômicos decorrentes da exploração de atividades econômicas estatais pelas sociedades de economia mista são remetidos aos Governos centrais nos diversos níveis federativos e passaram a ser importante fonte de capitalização do Estado.

Por outro lado, os mecanismos econômicos de intervenção são complexos e sensíveis, eis que submetem-se à mediação entre diversos agentes e grupos econômicos e de interesse. Nesse cenário, a Teoria da Escolha Pública demonstra que não são apenas os incentivos econômicos que direcionam a ação política. As interferências retificadoras de falhas de mercado podem derivar para falhas de intervenção, resultando em custos que excedam os benefícios que justificam a permanência da sociedade comercial estatal na exploração de atividades econômicas. O Estado pode provocar problemas de interdependência econômica, ao gerar, por exemplo, interferências paternalistas cujas consequências negativas podem ser observadas na eficiência, na justiça e no bem-estar da sociedade.

As questões afeitas à dimensão e ao peso do Estado na economia, do protagonismo e objetivos do Estado na condução de variáveis econômicas, se assentam, dentre outros, em fatores como a inércia e tradições institucionais e nas preferências culturais e políticas de cada Estado. O processo de escolha pública é eminentemente político, voltado à mediação de distintos segmentos e grupos de interesses. Os meios relacionais de gerir a coisa pública precisam abrir espaços para novas formas e novos instrumentos de atuação que concorram para minimizar o risco de erros e de fracassos na condução da coisa pública e com aptidão para solucionar os problemas e concretizar o interesse público.

A dinâmica dos fatores tecnológicos e suas conquistas provocam transformações que induzem ao repensar da forma de prestação e do regime da exploração de bens e serviços pelo Estado, em especial daqueles qualificados constitucionalmente como serviços públicos, discutindo-se inclusive a permanência dessa noção, ainda qualificada em alguns setores econômicos sob o viés de monopólio natural. Essa perspectiva exige a reorganização administrativa do Estado e adoção de técnica adequada aos propósitos de desenvolvimento e de constituição do Estado brasileiro contemporâneo.

Os fundamentos analisados permitem concluir que a liberdade de gestão da sociedade comercial não é absoluta, vale dizer, a gestão privada pode subordinar-se a orientações governamentais, nem sempre alinhadas ao critério de eficiência econômica, cedendo à obediência de exigências políticas e ideológicas.

Por outro lado, as regulamentações que conferem privilégios exclusivos às sociedades comerciais estatais representam um grave e perigoso entrave à liberdade de mercado, o que é acentuado pela tendência de perpetuação dessa forma de organização produtiva. A possibilidade de obtenção de lucros monopolísticos permite a canalização de recursos para garantir situações de monopólio e sugere que os custos associados à intervenção podem ser superiores aos benefícios obtidos.

Ademais, no setor público se registra um grave problema de incentivo, já que nele as decisões algumas vezes não são tomadas com a necessária diligência e eficiência que movem os interesses privados que se manifestam no mercado. Ainda, as decisões públicas tendem a ficar reféns dos interesses privados que enxergam a

oportunidade de fazerem prevalecer seus próprios interesses, seja pela via da pressão política e da troca de apoio eleitorais, seja pela via rasa da corrupção.

Conclui-se, portanto, que a existência de uma sociedade de economia mista somente pode ser justificada mediante o atingimento dos fins indispensáveis ou socialmente desejáveis que fundamentaram sua criação. Essa situação confere um caráter de transitoriedade para a sociedade de economia mista, sugerindo o retorno do empreendimento à iniciativa privada tão logo estejam afastadas as situações de exceção que justificaram sua criação e manutenção. O protagonismo econômico do Estado não pode se justificar apenas a partir de uma pretensa lógica triunfante para a otimização econômica por via política.

A análise do jogo de competição entre agentes institucionais e grupos de interesse proposta pela Teoria da Escolha Pública, possibilita a análise das condicionantes de oferta no fornecimento de bens e serviços públicos, que é extremamente afetada pelas considerações de preferências que norteiam as escolhas daqueles que efetivamente os produzem e fornecem. Assume-se uma visão apoiada na racionalidade dos agentes e nas características das instituições políticas.

É, pois, sob essa perspectiva que se concluiu que o modelo organizacional da Administração Pública deve retratar alguns conceitos sensíveis, tais como relação com o ambiente institucional, notadamente separação entre política e administração, função administrativa essencial, controle e, em especial, ao necessário enquadramento jurídico-político da organização administrativa do Estado, que atualmente reflete intensa politização da gestão administrativa, em especial, na crescente interferência do poder político sobre as sociedades de economia mista.

A sociedade de economia mista sujeita-se a um comportamento oportunista do acionista controlador público e de grupos de interesses, capazes de provocar prejuízo ao patrimônio social, por meio da realização de práticas condenáveis de clientelismo político e no desvirtuamento do objetivo empresarial.

A sociedade comercial estatal enfrenta intensa crise de identidade, inerente às incertezas sobre seu papel e à natureza dos interesses que ela deve servir no atual cenário econômico brasileiro. A intensificação de ofertas públicas primárias e secundárias de ações, realizadas pelas sociedades de economia mista nos últimos anos, visando ou a transformação das mesmas em companhias abertas listadas em bolsa de

valores no Brasil e no exterior, ou apenas ao aumento de base acionária existente da sociedade comercial estatal, reforça o compromisso estatal com a lucratividade e coloca em dúvida a efetiva realização do interesse público que justificou a sua criação.

A dualidade de objetivos empresariais, posicionados entre a missão pública e lucratividade, necessita ser analisada sob a lógica da permanência e dos benefícios da sociedade estatal no mercado e, ao mesmo tempo, sob a ótica do poder e do peso econômico que elas representam. Conclui-se que a atuação do Estado empresário em setores produtivos de negócios significativamente rentáveis que ainda são, em determinadas situações, explorados sob regime de exclusividade ou de monopólio, evidencia que a geração de receitas para financiar atividades tipicamente governamentais pode ser uma das causas da permanência da sociedade comercial estatal no mercado.

Neste diapasão, a noção de renda, que resulta do sistema de funcionamento de preços no mercado concorrencial, pode também ser resultado da intervenção política do governo sobre os mercados, situação na qual se cria uma renda artificial. Enquanto o lucro empresarial ou quase renda é sinônimo de lucro econômico ou renda econômica, a renda artificial resultante da intervenção governamental equivale a uma renda política, *a priori*, de redistribuição e dissipação de riqueza social.

A teoria da escolha pública considera que a renda artificial resultante da intervenção estatal na economia cria um mercado competitivo que pode dissipar parte ou até mesmo todo o valor da renda criada, eis que geram rendimentos pecuniários sem produzir bens ou serviços correspondentes. Ocorre que as atividades de procura de rendas políticas são socialmente ineficientes na medida em que dissipam recursos econômicos que contêm custos de oportunidade e por serem empreendidas no mercado político e não no mercado econômico.

Revela que o sistema político equivale a um mercado de consumo e oferta de riqueza, no qual se transfere rendas entre grupos de interesse de poder diferente, de forma semelhante ao mercado de um bem privado. Por isso, especialmente importante tem sido a influência da perspectiva econômica quando enaltece que não é apenas a ampla liberdade do mercado que pode propiciar custos sociais elevados. Ao conferir ênfase na necessidade de reforma do sistema político que tem propiciado a corrupção, o

oportunismo e o parasitismo, permite visualizar que essas iniciativas de procura de renda visam a substituir o custo de produção pelo esforço de apropriação.

A tese desenvolvida conclui pela pertinência de uma proposta de mudança que consista, basicamente, na passagem da titularidade pública para a titularidade privada sobre determinadas atividades econômicas, restrições quanto às concessões fechadas, aos direitos de exclusividade, aos preços administrativos fixados e à regulação total da atividade, adotando-se um sistema aberto com liberdade de empresa. Representa a passagem de uma Administração de prestação para uma Administração de garantia, cuja transição deve ser operada mediante a fixação de determinadas obrigações ou cargas de serviço universal.

A pretensão exige um novo *modus operandi* da Administração Pública, que consiste em reposicionar o interesse público em seu interior e encontrar formas organizativas adequadas para a sua persecução. O conceito de Administração de garantia está relacionado com a privatização material de tarefas públicas, num processo de deslocamento da atividade do Estado para a sociedade, de conversão da atividade pública em atividade privada, mediante a observância de normas jurídico-públicas. O dever de salvaguardar o interesse público permanece com o Estado, eis que é indelegável.

Para tanto, sugere-se conceber uma estrutura organizacional que contemple uma Administração Mista, integrada por distintos titulares de poderes e competências administrativas para cooperação – formal e material – na persecução do interesse público. A presença do Estado no mercado deverá ocorrer apenas quando sua presença for moralmente justificável, juridicamente possível e pragmaticamente defensável.

O quadro contemporâneo das atividades administrativas evidencia a necessidade de limitar a hipertrofia que alcançaram os modelos dominantes de Estado, visando reduzir suas intervenções nos processos espontâneos da sociedade. A adoção de uma postura estatal orientadora e estimuladora da economia, isenta de coação, oferecedora de modelos alternativos de adesão, racionais e razoáveis, de coordenação de esforços para o desenvolvimento, se afigura necessária. No atual contexto, os pressupostos do agir administrativo não dependem apenas dos objetivos a perseguir, mas também da capacidade de responder adequadamente às contingências.

Não se ignora que o conjunto de instituições, formais e informais, afeta o comportamento dos indivíduos, na medida em que altera os seus incentivos, uma vez que os agentes econômicos se encontram obrigados a procurar formas específicas de organização, que os protejam contra os problemas que possam surgir das relações estabelecidas nesse ambiente. Quanto maiores forem as assimetrias de informação, maiores tenderão a ser a ineficiência estatal e o poder dos grupos de interesse que dela se beneficiam.

Beneficiando-se de alegadas imperfeições de mercado, a sociedade comercial estatal consolidada no mercado ganha um peso relativo para a maximização de sua lucratividade, surgindo a figura do Estado-lucrador como sendo aquele que permanece na exploração de atividades econômicas lucrativas, para o fim de obtenção de receita. Evidencia-se a existência de disfunções associadas à gestão da sociedade comercial estatal, como a influência política indevida na gestão empresarial, a passividade do conselho de administração da sociedade no cumprimento da missão institucional e a inadequada transparência e prestação de contas.

A necessária mudança de forma de atuação do Estado, sinaliza que está se assistindo mais a uma mudança por reequilíbrio do que a uma alteração por abandono das funções estatais tradicionais. Há, sem dúvida, a necessidade de incremento do viés do governo como agente econômico facilitador e cooperador, sem que com isso seja decretada a obsolescência das funções estatais tradicionais.

Não obstante, até o momento não se conseguiu definir uma estruturação, uma tipificação, uma caracterização material e uma delimitação sistemática desse complexo jurídico das diferentes margens de atuação estatal na economia. É indispensável um esforço doutrinário e uma atuação legislativa nesse sentido.

Novos arranjos de distribuição de tarefas e de partilha de responsabilidade entre o setor público e privado são exigíveis, de tal forma a aproveitar, na medida do possível, a capacidade privada para concretizar objetivos públicos. De fato, as modalidades de delegação de funções administrativas e de poderes públicos constituem uma das marcas decisivas do nosso tempo. A aceitabilidade do exercício privado de funções públicas requer o desenho jurídico que a discipline, contendo limites e extensões possíveis.

O trabalho de delimitação está longe de ser simples. O fenômeno pressupõe a superação, ou no mínimo, a permeabilidade da separação entre tarefas públicas, como integrantes exclusivas da esfera estatal e as tarefas privadas, integrantes da esfera privada. Administrar mediante colaboração é um dos desafios jurídicos do Estado contemporâneo.

É indubitável que a atividade econômica da Administração é um território complexo, agravado pela realidade econômica dinâmica que pouco se importa com as categorias dogmáticas tradicionais. Porém, o desenvolvimento do país exige uma reestruturação da Administração Pública, substituindo as sociedades comerciais estatais que exercem atividade econômica lucrativa, por um novo modelo no qual o capital privado seja integral, que promova o incentivo à produtividade e ao investimento em novas tecnologias, com foco em uma gestão eficiente que não onere a sociedade. E, acima de tudo, que incentive a procura de renda em setores produtivos que gerem riqueza.

Aventa-se, portanto, a título de proposição que a extinção da sociedade de economia mista da estrutura organizacional administrativa pode prevalecer (em detrimento de sua utilização) em razão das tendências disfuncionais que conduzem a uma potencial onerosidade incidente sobre o funcionamento do mercado e à sociedade brasileira. Especialmente quando a sua manutenção se torna inaceitável segundo critérios de eficiência econômica e justiça social, consequência das situação em que a gestão da sociedade comercial é demasiadamente política e alheia à racionalidade que caracteriza o mercado.

No entanto, reconhece-se que poderá existir ou surgir situações em que a conjugação de capital público e privado por meio da sociedade comercial estatal possa se mostrar a mais adequada dentre as opções interventivas estatal e desde que mantido o caráter de transitoriedade da intervenção. Contudo, para minimizar as disfunções apontadas na tese, será necessário promover ações legislativas para que se concretize o comando constitucional disposto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, intituindo-se o estatuto jurídico para a sociedade de economia mista, em especial com proposta de reforço de governança corporativa e outros temas que promovam o seu fortalecimento.

Ademais, torna-se necessário preparar uma reforma institucional capaz de moldar a estrutura política e econômica da sociedade brasileira, de tal forma a

proporcionar um sistema de incentivos adequados ao crescimento da participação contínua e incremental do setor privado na execução das tarefas até então, tidas como públicas. Em face da incidência desses fatores, os estudos referentes à organização administrativa retratam a importância que anteriormente não era outorgada e necessitam entrar na agenda política brasileira.

O debate perturba o cenário jurídico administrativo, na medida que em suas categorias tradicionais, especialmente do campo do Direito Administrativo, permanecem presas a um esquema positivado que ignora os componentes do processo político na condução das tarefas administrativas. O direito administrativo também carece de uma sistematização jurídica que identifique as categorias e instrumentos mais aptos a funcionalizar e operacionalizar a prestação de utilidades coletivas.

Na Administração Pública brasileira assiste-se ao predomínio de um ambiente no qual as relações de trocas permanecem dominadas pelo usos e costumes, rotinas de comportamento de um sistema apoiado em uma cultura de favorecimento pessoal, de trocas de favores especiais generalizado, compadrios, partidarismo e nepotismo, todas atividades improdutivas de procura de renda suportadas em redes de clientelismo, tráfego de influências e mesmo corrupção.

Com a possibilidade de retornos crescentes, os atores têm fortes incentivos para se concentrar em uma única alternativa e continuar a trilhar a mesma trajetória. Cada ponto ao longo de uma trajetória particular produz consequências que tornam essa trajetória mais atraente para o próximo período. Assim, a medida que esses efeitos começam a se acumular, geram um poderoso estímulo à sua permanência na mesma trajetória. Isso pode explicar a sobrevivência de modelos e restrições institucionais ao longo do tempo, mesmo quando diante de alterações radicais, como no caso concreto objeto deste estudo, ou seja, da permanência da sociedade comercial estatal, mesmo quando ausentes as condições que justificaram sua criação

As instituições carregam e reproduzem suas características estruturais originais e tendem a persistir mesmo quando deixam de existir as condições originais que justificaram sua existência. Além disso, as instituições contribuem para estruturar o contexto em que se desenvolvem os processos de socialização, aprendizagem e interação dos agentes e exercem impacto determinante na formação e cristalização de expectativas compartilhadas de comportamento

Nesse contexto, o conceito de dependência da trajetória (*path dependence*) é apresentado como uma ferramenta para entender a importância de sequências temporais e do desenvolvimento, no tempo, de eventos e processos sociais. O legado do passado condiciona o futuro, de tal forma que uma vez adotada uma trajetória específica, faz-se necessário um grande esforço ou até mesmo um choque externo para alterar a direção e o curso das instituições em momentos posteriores. Alterar um sistema de crenças dominante em determinada sociedade, na qual predomina uma cultura de troca pessoal não é uma tarefa fácil.

A estrutura administrativa brasileira, caracterizada pela presença do patrimonialismo e do clientelismo político, pode ter se transformado em arranjo institucional extremamente enraizado, cujo fator, conjugado com os retornos crescentes que proporciona aos atores sociais que neles atuam, pode ter contribuído para impedir, até então, um processo de transformação institucional em nosso país. Os elementos apontados permitem constatar que mudar a estrutura organizacional administrativa do Estado é, provavelmente, uma das tarefas mais difíceis a ser enfrentada pela sociedade contemporânea.

Reconhece-se que é necessário aproveitar as janelas de oportunidade que se abrem em momentos históricos específicos, como o que se vivencia neste momento no Brasil em que as demandas por investimentos em infraestrutura e melhoria na prestação de serviços públicos são notórias. Conclui-se que é preciso explorar intensivamente o campo do possível, para evitar que o processo econômico e, por consequência, o desenvolvimento nacional, fique aprisionado a trajetória de evolução socialmente indesejada, como se percebe na situação concreta da permanência da sociedade de economia mista no mercado, cuja gestão empresarial não é privada, tampouco pública, mas política.

Por essa razão, no contexto administrativo contemporâneo a permanência da sociedade de economia mista no mercado apenas pode ser tolerada nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição, ou seja, se presentes os pressupostos de relevante interesse coletivo ou de motivo de segurança nacional, que deverão estar indicados na lei autorizativa de sua criação. Ainda assim, em caráter de transitoriedade, pois sua finalidade não pode ser a de capitalizar o Estado em detrimento de investimento que possa garantir a melhor prestação do serviço público, mais tecnologia

e tarifas mais adequadas para os cidadãos. Nas demais atividades econômicas e uma vez ausentes os pressupostos constitucionais autorizativos, a sociedade de economia mista não deve permanecer no mercado.

No contexto da dinamicidade do mercado, toda solução tende a ser parcial, toda teoria tende a ser falível e necessita de revisão constante; nenhuma verdade pode pretender universalidade e caráter definitivo. Vive-se um período de preocupações e idéias conflitantes, de intenso e célere fluxo de pensamento.

Indubitavelmente, as reformas estruturais administrativas representam um aspecto essencial da política econômica dos países em desenvolvimento, configurando-se condição prévia e necessária ao próprio desenvolvimento. Tratam-se de dilemas e desafios levantados sobre a especificidade do Estado brasileiro e que demandam reflexões conjuntas sobre o direito, a economia e a política. Nenhuma ação pública pode ser tida como o fim da história.

REFERÊNCIAS

ALCHIAN, Armen Albert. Uncertainty, evolution and economic theory. *Journal of Political Economy*. n. 58, 1950.

ALFONSO, Luciano Parejo. *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Prefácio. In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.) *Direito & Economia*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O direito administrativo e sua justiça no início do século XXI: algumas questões*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *A ciência jurídica administrativa: noções fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Fernando. *Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Introdução à Economia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARONSON, Mark. A public lawyer's response to privatization and outsourcing. In: TAGGART, Michael. (Ed.). *The province of administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

ARROW, Kenneth J. Increasing returns: historiographic issues and path dependence. *The European Journal of the History of Economic Thought*, v.7, n.2, p.171-180, 2000.

_____. *Social Choice and Individual Values*. 2nd. ed. New Arsen: Yale University Press, 1963. Disponível em: <<http://cowles.econ.yale.edu/P/cm/m12-2/>>. Acesso em: 28 abril. 2013.

_____. *Path dependence and competitive equilibrium*. Stanford: University Press, 2004. Disponível em: <http://www-siepr.stanford.edu/conferences/Arrow.pdf>. Acesso em: 23.nov.2013.

ARTHUR, B. Positive feedbacks in the Economy. *Scientific American*, v.262, n.2, p.92-99, 1990. Disponível em: <<http://cas.umkc.edu/econ/economics/faculty/Forstater/506/506readings/PositiveFeedbacks.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac; VILLELA, Annibal V. As modificações no papel do Estado na economia brasileira. In: *Pesquisa e Planejamento Econômico*. v. 3. n. 4. Rio de Janeiro: IPEA, 1973.

BAUMOL, Willian J.; BLINDER, Alan S. *Economics: principles and policy*. Eleventh Edition 2010 Update. South-Western: Cengage Learnig, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) *Políticas públicas: reflexão sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. In: *Perspectivas*, São Paulo, v. 41. jan./jun.2012. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/4978/4434>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. In: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BIRCHLER, Urs; BÜTLER, Monika. *Information Economics*. London: Routledge, 2007.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei N° 200, de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. *Lei N° 6404, de 1976*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6494consol.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 22 abr. 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Perfil das Empresas Estatais Federais*, 2011. Brasília: MP/SE/DEST, 2012. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivos/dest/perfil_empresas_estatais/2011/perfil_final_2011.pdf>. Acesso em 25 set. 2013.

BRASIL. *Relatório de avaliação de receitas e despesas primárias: 5º Bimestre de 2013*. Secretaria de Orçamento Federal. Brasília. Novembro de 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *Revista do serviço público*, v.120, n.1, 1996.

_____. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. reimp. São Paulo: ENAP, 2002.

_____. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da administração pública. *Revista de Gestão Pública*, N. 2, 2º semestre de 2011. Disponível em: <http://bresserpereira.org.br/391-Ensino_administracao_publica_2.pdf>. Acesso em 20 fev. 2012.

_____. É o Estado capaz de se autorreformular? *Desigualdade & Diversidade: Dossiê Especial*, segundo semestre de 2011, p. 119. Disponível em: <<http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/05Bresser.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2012.

BRETON, Albert; GALEOTTI, Gianluigi; SALMON, Pierre; WINTROBE, Ronald (Eds.). *Understanding Democracy*. Cambridge: University Press, 1997.

BUCHANAN, James; TOLLISON, Robert; TULLOK, Gordon. Towards a theory of the rent-seeking society. In: *Journal of Political Economy*. vol. 90. n. 6. Dec. 1982. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1830952>>. Acesso em: 23 mai. 2013

_____; TULLOCK, Gordon. The Calculus of Consent: logical foundations of constitutional democracy. In: *The Collected Works of James M. Buchanan*. Vol. 3. Liberty Fund Inc., 2000. Disponível em: <<http://www.econlib.org>>. Acesso em 25 abr. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPBELL, Donald E. *Incentives: motivation and the economics of information*. Second Edition. Cambridge: Univesity Press, 2006.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

CASSESE, Sabino. *La basi del diritto amministrativo*. 9. ed. rev. ampl. Milano: Garzanti, 2000.

CASTALDI, C.; DOSI, G. The grip of history and the scope for novelty: some results and open questions on path dependence in economic processes. In: WIMMER, A.; KÖSSLER, R. (Eds.). *Understanding change: models, methodologies, and metaphors*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan, 2006. p.99-128. Disponível em: <<http://www.lem.sssup.it/WPLem/files/2003-02.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013.

CAUPERS, João; AMARAL, Maria Lúcia. Grupos de interesse. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. v. XI. N. 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. Sobre o estado do Estado. In: _____. *AB VNO AD OMNES: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *3º Jornal of Law and Economics*, out. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. 5. ed. Trad. Luis Marcos Sander; Francisco Araujo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COTTA, Tereza Cristina. Burocracia, capacidade de Estado e mudança estrutural. In: *Texto para discussão*. v. 21. Brasília: ENAP, 1997.

CRAIN, W. Mark. Institutions, durability, and the value of political transactions. In: SHUGHART II, Wilian F. RAZZOLINI, Laura. (Eds.). *The Elgar Companion to Public Choice*. Massachusetts: Edward Elgar, 2001.

CRUZ, José Neves. *A influência da burocracia e dos grupos de interesse na escolha pública*. Coimbra: CIJE, 2009.

CULLIS, John; PHILIP, Jones. *Microeconomics and the Public Economy: a defense of leviathan*. Oxford: Basil Blackwell, 1987.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DAVID, Paul A. *Path dependence, its critics and the quest for historical economics*. Working Paper, Department of Economics, Stanford University, 2000. Disponível em: <<http://www-siepr.stanford.edu/workp/swp00011.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

DINIZ, E. *Crise, reforma do Estado e governabilidade: Brasil 1985- 1995*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DRAIBE, Sonia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil 1930-1960*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

DUNLEAVY, Patrick. *Democracy, bureaucracy and public choice*. Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1991.

DUNNE, Stephanie; REED, W. Robert; WILBANKS, James. Endogenizing the median voter: public choice goes to school. In: *Public Choice*. vol. 93. n. 1 e 2. 1997.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. v. I. Madrid: Civitas, 1997.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés public como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Delpama, 1989.

EVANS, Peter C. O Estado como problema e solução. *Lua Nova*. São Paulo, n. 28/29, 1993.

FARHAT, Said. *Lobby: o que é. Como se faz*. Ética e transparência na representação junto a governos. São Paulo: Peirópolis, 2007.

FAVEREAU, Olivier. Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie. (p. 21-39). In: JAMIN, Christophe. *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008.

FERNANDES, José Pedro; QUEIRO, Afonso Rodrigues. *Dicionário da Administração Pública*. v. 2. 2. ed. Coimbra: Narciso Correia, 1990.

FONSECA, Isabel Celeste M. *Direito da organização administrativa*. Coimbra: Almedina, 2012.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREEMAN, Jody. The private role in public governance. In: *Law Journal Library*. V. 75. N. 3. June 2000. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?colletion=jornal&handle=hein.journals/nylr75&div>>. Acesso em: 3 jan. 2014.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.

FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manoele, 2003.

_____. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direito não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Direito das políticas públicas*. Coimbra: Almedina, 2009.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. *Principles and Methodos of Law and Economics: basic tools for normative reasoning*. Cambridge: University Press, 2005.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. v. 1. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1993.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

_____. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. KLEIN, Vinicius. (Coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Carla Amado. *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. *Regulating Infrastructure: monopoly, contracts, and discretion*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

GOODIN. R.; KINGERMAN, H. *A new handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROSSMAN, Peter Z; COLE, Danie H. The End of Natural Monopoly: deregulation and competition in the electric power industry. In: *The Economics of Legal Relationships*. v. 7. Oxford: University Press, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiro, 2002.

HAYEK, Friederich A. *Individualism and economic order*. 3. Impr. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

IANNI, Octávio. *Estado e planejamento econômico do Brasil*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KAY, A. A critique of the use of path dependency in policy studies. In: _____. *Public Administration*, v.83, n.3, 2005.

KINGMA, Bruce R. *The Economics of Information: a guide to economic and cost-benefit analysis for informatios professional*. Second edition. Englewood, Colorado: Libraries Unlimited, Inc., 2001.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* São Paulo: Renovar, 2007.

LATHAM, Mark. A terceira via: um esboço. In: GUIDDENS, Anthony. (Org.) *O debate global da terceira via*. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2001.

LOBO, Carlos Baptista. *Sectores em rede: regulação para a concorrência*. Coimbra: Almedina, 2009.

LUCARELLI, Bill. *Monopoly Capitalism in Crisis*. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

MACHO-STADLER, Inés; PÉREZ-CASTRILLO, J. David. *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Second Edition. Translated by Richard Watt. Oxford: University Press, 2001.

MAHONEY, James. Analyzing path dependence: lessons from the social sciences. In: WIMMER, A.; KÖSSLER, R. (Eds.). *Understanding change: models, methodologies, and metaphors*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan. Disponível em: <<http://www.princeton.edu/~awimmer/UnderstandingChangeIntro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *Serviço público, que futuro?* Coimbra: Almedina, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara. Perspectivas de los servicios públicos españoles para la década de los noventa. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan

Miguel De La Cuetara; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Tres postulados el nuevo servicio público. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuétara; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. Aproximación a la regulación de servicio público. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara; LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. Martínez. *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MARTINEWSKI, Andre. *Mudança no controle gerencial de empresas brasileiras estatais e privatizadas: estudo de casos*. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto COPPEAD de Administração, Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <http://objdig.ufrj.br/41/teses/Tese_Andre_Martinewski.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2013.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. 14. ed. rev. compl. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.

MCKENZIE, Richard B.; LEE, Dwight R. *In Defense of Monopoly: how market power fosters creative production*. Michigan: University Michigan Press, 2008.

MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e serviços de interesse geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.) *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2011.

MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In: MICELI, Sergio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995): ciência política*. São Paulo: Sumaré/ANPOCS/CAPES, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. Reforma do Estado e Agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *A relação jurídica administrativa: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização, e do contencioso administrativos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

_____. *Direito econômico*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação federal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MORENO, Carlos. *O sistema nacional de controlo financeiro: subsídios para sua apreciação crítica*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 1997.

MULLER, Dennis C. *Perspectives on public choice: a handbook*. Cambridge: University Press, 1997.

_____. *Public Choice III*. New York: Cambridge University Press, 2005.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Ano VII, 2010, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NIETO, Alejandro. *La 'nueva' organización del desgobierno*. 1. reimp. Barcelona: Ariel, 1997.

NISKANEM, Willian. *Bureaucracy and representative government*. Chicago: Aldine-Atherton, 1971.

NORTH, Douglass C. *Structure and change in economic history*. Nova York: Norton, 1981.

_____. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Vol. 84, No. 3. Jun. 1994. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2118057>>. Acesso em: 02 mai. 2009.

_____. *Some Fundamental Puzzle in Economic History/Development*. Washington University: St. Louis, 1995. Disponível em: <<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3718/9509001.pdf>>. Acesso em: 28 nov.2013.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OCDE. *Estudos econômicos da OCDE: Brasil 2010*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: RT, 2008.

_____; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 8, n. 32.

ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre el significado actual de la noción de servicio public y su regimen jurídico. In: _____. MARTÍNEZ, Juan Miguel De La Cuetara; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. (Coords.). *El Nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011.

PALDAM, Martim. Are Vote and Popularity Economically Correct? In: ROWLEY, Charles K. SCHNEIDER, Friedrich. (Eds.). *The Encyclopedia of Public Choice*. New York: Klumer Academic Publishers, 2004.

PANIAGUA, Enrique Linde. Presupuestos constitucionales de la intervención de la administración en la sociedade. In: _____. (Coord.) *Parte especial del derecho administrativo: la intervención de la Administración en la sociedade*. Barcelona: Colex, 2007.

PELTZMAN, Sam. The growth of government. *Journal of law and economics*. vol. 23. n. 2. Oct. 1980. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725128>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

PIERSON, P. Increasing returns, path dependance and the study of politics. *American Political Science Review*, v. 94, n. 2, p. 251-267, June 2000. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=00030554%28200006%3A2%3C251%3AIRPAT%3E2.0.CO53B2-Z>>. Acesso em: 3 mai. 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Olavo Bilac. Declínio das sociedades de economia mista: o advento das modernas empresas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 32, abr./jun. 1953.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTO, Manuel. O sentido da intervenção do Estado: experiências recentes em Portugal. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

POSNER, Richard. *Natural Monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

_____. Theories of economics regulation. In: *Bell Journal of Economics and Management Science*, 5, outono. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~carlosfr/ses/Posner.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2013.

PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

PRATS I CATALÁ, Joan. La construccion social de la gobernanza. In: _____; VIDAL BELTRÀN, José Maria. (Coords.) *Gobernanza: diálogo Euro-Iberoamericano sobre o buen gobierno*. Madrid: INAP, 2005.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. V. 1. Coimbra: [s.ed.], 1976.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação jurídica racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Sociedade de economia mista e empresa privada*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____; ALVES, Rosângela do Socorro; CHEDE, Gisela Dias. Gestão das empresas estatais: uma abordagem dos mecanismos societários e contratuais. In: *Premio Dest Monografias: empresas estatais: monografias premiadas 2005-2008*. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2009.

_____; ALVES, Rosângela do Socorro. Por um estatuto jurídico para as sociedades estatais que atuam no mercado. In: *Premio Dest Monografias: empresas estatais: monografias premiadas*. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/menca_o_honrosa_marcia_IV_premio.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2013.

RICARDO, David. *The principles of political economy and taxation*. London: J.M. Dent and Son, 1965.

ROMMER, Thomaz; ROSENTHAL, Howard. Bureaucrats versus voters: on the political economy of resource allocation by direct democracy. In: *Quarterly Journal of Economics*. vol. 93. Winter, November, 1979.

ROSA, Luiz Pinguelli; SENRA, Paulo M.A. *Participação privada na expansão do setor elétrico ou venda de empresas públicas?* Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 1995.

_____. TOLMASQUIM, Maurício T. *O estado do Rio de Janeiro e a privatização do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Energia, 1996.

_____. *Resumo executivo do relatório da COPPE- UFRJ : sobre a análise de aspectos críticos da gestão compartilhada da CEMIG com o sócio estratégico*. Rio de Janeiro: COPPE/UFRJ, 2000.

ROSENTHAL, Howard. Bureaucrats versus voters: on the political economy of resource allocation by direct democracy. In: *Quarterly Journal of Economics*. vol. 93. Winter, November, 1979.

RUCCIA, Nicola. *The legal framework of services of general economic interesse in the european union*. Disponível em: <<http://www.crninet.com/2011/c9a.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti. CATEB, Alexandre Bueno. [et al.] (Orgs.). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SALOMÃO, Calixto. Prefácio. In: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: *Revista de Administração Pública*. FGV: Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

SCHNEIDER, Ben R. Framing the State: economy policy and political representation in post authoritarian Brazil. In: WIRTH, John D.; NUNES, Edson de Oliveira; BOGENSCHILD, Thomas E. *State and society in Brazil: continuity and change*. Boulder, Colo.: Westiew Press, 1987.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. 3rd ed. New York: Haper, 1950.

SCHWANKA, Cristiane. Estado empresário: conveniência e tendências disfuncionais. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 8. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08801_08839.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

SHARKEY, Willian W. *The theory of natural monopoly*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SHUGHART II, Wilian F. TOLLISON, Robert D. Public Choice in the new century. In: _____. (Eds.). *Political Challenges and Political Responses: public choice perspectives on the post-9/11 world*. Mississippi: Springer, 2005.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira. Análise econômica do direito e seus limites jurídicos: apontamentos para uma interpretação do princípio da eficiência. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Orgs.). *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

SOARES, José Fernandes. *Teorias económicas de regulação: grupos de interesse, procura de renda e aprisionamento*. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

_____. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. 3. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STIGLITZ, Joseph. *Joseph Stiglitz and the World Bank: the rebel within*. New York: Anthem Press, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUSTEIN, Cass R. HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1995.

SUSUKI, Juliana Akiko Noguchi. *Participação nos lucros ou resultados nas empresas estatais federais: questões emergentes, problemas e desafios*. Dissertação (mestrado) – Escola de Administração de empresas de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/5246/61080100039.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2013.

TAVARES, José. *As responsabilidades na gestão pública: seu enquadramento*. Lisboa: Ed. Tribunal de Contas, 2000.

THE WORLD BANK. *Held by the visible hand: the challenge os SOE corporate governance for emerging markets*. Paris: OCDE, May, 2006. Disponível em: <http://www.energytoolbox.org/library/water_utility_corporatization/references/Held_by_Visible_Hand.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2013.

TIXIER, Pierre-Eric (direc.). *Du monopole au marché: les strategies de modernization des entreprises publiques*. Paris: La Découverte, 2002.

TREBAT, Thomas J. *Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983.

TULLOK, Gordon. The welfare cost of tariffs, monopolies and theft. In: *Western Economic Journal*, vol. 5, n. 2, jun. 1974. Disponível em: <<http://cameroneconomics.com/tullock%201967.pdf>>. Acesso em: 03 maio. 2013.

TUNICK, Mark. Efficiency, Practices, and the Moral Point of View: limits os economic interpretations of law. In: WHITE, Mark D. *Theoretical Foudantions of Law and Economics*. Cambridge: University Press, 2009.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNGERN-STERNBERG, Thomas Von. *Efficient Monopolies: the limits of competition in the european property insurance markets*. Oxford: Univesity Press, 2004.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic instituicons of capitalismo: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

WINDEN, Frans Van. Interest Group Behavior and Influence. In: ROWLEY, Charles K.; SCHNEIDER, Friedrich. (Eds.) *The Enciclopedia of Public Choice*. New York: Klumer Academic Publishers, 2004.

WOLFF, Hans J. BACHOF; Otto. STOBER; Rolf. *Direito Administrativo*. v. 1. 11. ed. rev. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.