



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Anna Carolina Migueis Pereira

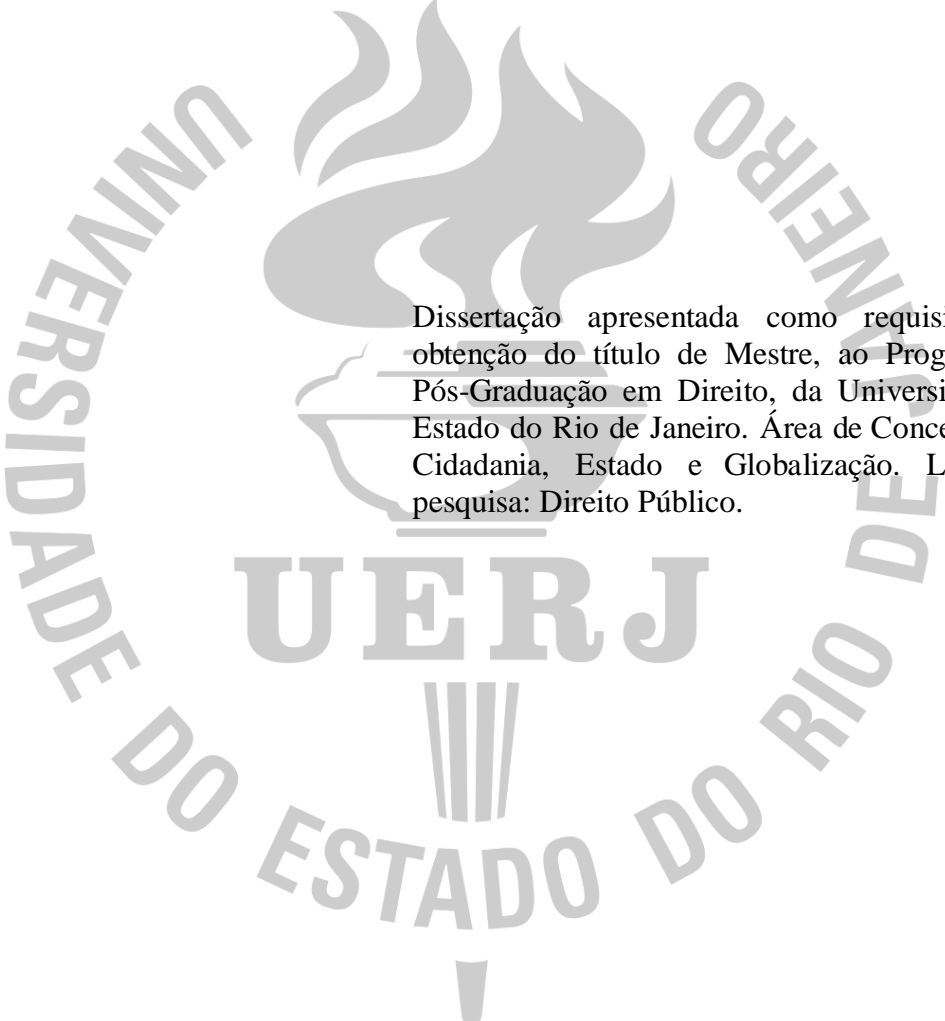
**Direito e crise econômica: uma análise sobre a atuação do Estado em
momentos de crise econômica**

Rio de Janeiro

2016

Anna Carolina Migueis Pereira

Direito e crise econômica: uma análise sobre a atuação do Estado em momentos de crise econômica



Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2016

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P436

Pereira, Anna Carolina Migueis

Direito e crise econômica: uma análise sobre a atuação do Estado em momentos de crise econômica / Anna Carolina Migueis Pereira. - 2016. 291 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Crise econômica - Teses. 2.Resgates –Teses. 3.Regulação – Teses. I.Aragão, Alexandre Santos de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 336.76

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Anna Carolina Migueis Pereira

Direito e crise econômica: uma análise sobre a atuação do Estado em momentos de crise econômica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de mestre. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Público.

Aprovada em: 01 de fevereiro de 2016.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão
Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dra. Patrícia Ferreira Baptista
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato
Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro
2016

AGRADECIMENTOS

Chegar até aqui significa muito mais do que um trabalho acabado. Concluir um Mestrado é uma superação de horas de leitura, aulas, debates, escrita e reflexões em grupo ou solitárias. É uma vitória pessoal que, embora seja construída ao longo de muitas horas de silêncio em frente ao computador, jamais seria possível sem o apoio e a ajuda de tantas pessoas.

Nada disso seria possível sem o apoio e o exemplo maior que tenho todos os dias: Ana Cristina, minha mãe, a pessoa que me ensinou tudo o que sei e tudo o que sou, meu maior modelo de responsabilidade, dedicação, honestidade, lealdade e trabalho duro. Meu maior agradecimento é a ela, por tudo.

Agradeço, igualmente, a toda minha família: avós, tios, tias, primos e primas, por reforçar os valores do esforço e da retidão. Por ensinar, através do exemplo diário, que o sucesso é fruto do suor e do trabalho.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Casa onde ingressei pela primeira vez há quase onze anos, em março de 2005, e de onde nunca mais saí. A Uerj me fez uma pessoa melhor; mais aberta, mais tolerante, mais conectada com a realidade e crente no poder de transformação da realidade que o Direito deve sempre possuir. É com muito orgulho que posso afirmar que faço parte dessa “Vanguarda Iluminista”.

Ao meu orientador, Prof. Alexandre Aragão, pelos *insights* nos grupos de pesquisa e em nossas reuniões já tarde da noite; pelas ideias visionárias que sempre servirão de inspiração.

À Prof^ª. Patrícia Baptista, pela revisão atenciosa, pelo material das disciplinas eletivas e pelo exemplo de compromisso e seriedade.

A todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UERJ, principalmente os Profs. Gustavo Binenbojm e Luís Roberto Barroso, pelos ensinamentos e pelos exemplos de trabalho e de vida.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação da Uerj, Alonso Freire, Bruno Belsito, Bruno Morisson, Camilla Gomes, Claudia Turner, Cristina Telles, Daniel Capecchi, Estêvão Gomes, Felipe Terra, Isabela Ferrari, José Carlos Bastos, Leonardo Coelho, Luiza Vereza, Siddharta Legale, Victor Aguiar e todos os demais com quem tive a honra e o prazer de dividir turmas de disciplinas e grupos de pesquisa. Nenhuma das modestas ideias desse trabalho teria existido sem os debates com cada um de vocês.

Às amigas Maria Eugênia - a irmã que a vida me deu -, Andressa e Denise, pelos

momentos de descontração e pelo espaço de ternura, desabafo e acolhimento.

Aos amigos Pedro, Nathália, Marina, Michel e todos os nossos agregados, por me ensinarem o conceito de pertencimento. Vocês são o melhor presente que a Uerj poderia dar a alguém.

À Procuradoria Geral do Estado, pelo incentivo ao aprimoramento profissional e acadêmico de seus Membros. Espero estar sempre à altura da história desta Instituição

Aos colegas e amigos da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos, Daniel, Vitor, Nelma, Thalita e todos os Residentes, Estagiários e Apoio Administrativo, por segurarem o rojão durante todo esse tempo. Este trabalho não seria possível sem a ajuda de vocês.

A todos os amigos e amigas - as meninas da PGE, da FGV, o pessoal do Grajaú, da Uerj - que compreenderam minha ausência nesses dois anos. Espero, um dia, poder retribuir todo o apoio e carinho de todos.

As crises financeiras servem para racionalizar as irracionalidades do capitalismo.

David Harvey.

(In: *Condição Pós-Moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 17ª ed. Trad. De Adail U. Sobral e Maria S. Gonçalves. São Paulo: Ed. Loyola, 2008. P. 18)

RESUMO

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Direito e crise econômica*: uma análise sobre a atuação do Estado em momentos de crise econômica. 2016. 291f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

O presente trabalho tem por objetivo investigar os limites jurídicos às medidas adotadas pelo poder público no enfrentamento de crises econômicas severas. A partir da ideia de que a intervenção do Estado no domínio econômico é cíclica, marcada por períodos de maior e de menor atuação estatal, iniciamos com um estudo das limitações jurídicas às medidas anticrise em geral, com base nas duas principais balizas de ordem jurídica: a livre-iniciativa e os direitos sociais. Em seguida, analisamos em espécie as principais medidas de combate a crises econômicas, com foco nos limites jurídicos à sua implementação e no estudo de exemplos recentes, dividindo-as em duas categorias: medidas expansionistas e de austeridade, de acordo com o aumento ou a diminuição da atuação estatal do domínio econômico que elas trazem a reboque. No primeiro grupo, estudamos a atuação estatal direta, a regulação do sistema financeiro e o fomento. No segundo, analisamos as reformas tributárias, as reformas na seguridade social e as desestatizações e reestruturações administrativas.

Palavras-chave: Crise econômica. Intervenção do Estado no domínio econômico. Atuação direta. Resgates. Empresas estatais. Regulação. Sistema Financeiro. Fomento. Reformas tributárias. Reformas na seguridade social. Privatização. Reestruturação administrativa.

ABSTRACT

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Law and economic crises: an analysis regarding State's intervention in moments of economic crises*. 2016. 291p. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The present study aims to investigate the limits imposed by the Law to public measures regarding severe economic crises. Based on the idea that State intervention in the economy is cyclical, permeated by periods of bigger and others of smaller intervention, we begin by analyzing the two main juridical beacons to State action: free enterprise and social rights. Moreover, we analyze the principal measures to cope with economic crises, focusing on the juridical limits to its implementation and on the study of recent examples. We also divide these measures in two groups: countercyclical measures and austerity measures, according to the increase or the decrease of State participation in economic affairs. In the first group, we study direct State action, financial system regulation and incentives-based regulation. On the other hand, in the second group, we analyze tax reformations, social security reformations and privatizations and administrative restructuring.

Key words: Economic crisis. State Intervention in economic domain. Direct State Action.

Bailouts. Public enterprises. Regulation. Financial System. Incentives-Based Regulation. Tax Reforms. Social Security Reforms. Privatization. Administrative Restructuration.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg	Agravo Regimental
APA	<i>American Procedure Act</i>
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DFA	<i>Dodd-Frank Act</i>
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FMI	Fundo Monetário Internacional
LOA	Lei Orçamentária Anual
OEA	Organização dos Estados Americanos
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
UE	União Europeia
URSS	União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	UMA VISÃO GERAL SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM CRISES ECONÔMICAS	17
1.1	Evolução histórica da intervenção do estado na economia	17
1.2	A crise econômica e a intervenção do Estado	23
1.3	O papel do direito nas crises econômicas: uma análise pela teoria dos sistemas 25	
1.4	Conclusões parciais	29
2	CRISE ECONÔMICA E LIVRE-INICIATIVA	31
2.1	Considerações iniciais	31
2.2	Existência e abrangência dos direitos fundamentais	31
2.3	A livre-iniciativa econômica como direito fundamental	33
2.4	O núcleo essencial da livre-iniciativa	36
2.5	Interações estatais com a livre-iniciativa	38
2.5.1	<u>Monopólios</u>	39
2.5.2	<u>Serviços Públicos</u>	41
2.5.3	<u>Serviços Públicos Exclusivos</u>	42
2.5.4	<u>Serviços Públicos não Exclusivos</u>	43
2.5.5	<u>Empresas Estatais</u>	44
2.5.6	<u>Regulação de mercados</u>	45
2.5.7	<u>Controle de preços</u>	46
2.6	Conclusões parciais	48
3	CRISE ECONÔMICA E DIREITOS SOCIAIS	52
3.1	Considerações iniciais	52
3.2	Argumentos contrários à compressão de direitos sociais em momentos de crise . 54	
3.2.1	<u>Princípio da vedação ao retrocesso</u>	56
3.2.2	<u>Princípio da igualdade</u>	57
3.3	Argumentos favoráveis a restrições de direitos sociais em momentos de crise ... 58	
3.3.1.	<u>A reserva do possível, o núcleo essencial de direitos fundamentais e o mínimo existencial</u>	58
3.3.2	<u>As versões fracas do princípio da proteção à confiança legítima e da proteção ao direito adquirido</u>	61

3.3.3	<u>Pragmatismo jurídico e consequencialismo</u>	64
3.4	Viabilidade jurídica de restrições fracas a direitos sociais por medidas anticrise econômica e mecanismos de controle dessas restrições	66
3.5	Haveria espaço para restrições fortes?	75
3.6	As medidas anticrise como buracos negros ou cinzentos	78
4	ATUAÇÃO ESTATAL DIRETA	92
4.1	Considerações iniciais	92
4.2	Operações de resgate a agentes privados em dificuldades: <i>bailouts</i>	95
4.3	Operações de resgate internacional a estados em dificuldades	99
4.4	Criação de novas estatais	103
4.5	Reestatização de companhias privatizadas	106
4.6	Expansão das estatais já existentes	108
4.6.1	<u>Realização de novos investimentos</u>	108
4.6.2	<u>Estatais como instrumento de políticas macroeconômicas</u>	112
4.7	Participações acionárias minoritárias do Estado	120
4.7.1	<u>Empresas público-privadas</u>	120
4.7.2	<u>Golden shares</u>	126
4.8	Conclusões parciais	128
5	REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO	132
5.1	Considerações iniciais	132
5.2	A importância da regulação do sistema financeiro	136
5.3	Propostas para uma regulação financeira mais eficiente	138
5.4	Estudo de caso: a nova legislação norte-americana (o Dodd-Frank Act)	149
5.4.1	<u>Principais pontos do Dodd-Frank Act</u>	150
5.4.2	<u>Balanço do Dodd-Frank Act</u>	160
5.5	Regulação financeira e crise econômica no Brasil	161
5.6	Conclusões parciais	162
6	FOMENTO	166
6.1	Considerações iniciais	166
6.2	Fomento fiscal: desonerações tributárias	172
6.3	Fomento creditício: taxas de juros diferenciadas e linhas especiais de crédito .	174
6.4	Fomento econômico: incentivos à manutenção do emprego	179
6.5	Função regulatória (ou extraeconômica) das licitações	182
6.6	Conclusões parciais	185

7.	REFORMAS TRIBUTÁRIAS	192
7.1	Considerações iniciais	192
7.2	Criação e aumento de impostos	194
7.3	Criação e aumento de contribuições	199
7.4	Conclusões parciais	206
8	REFORMAS NA SEGURIDADE SOCIAL	208
8.1	Considerações iniciais	208
8.2	Aumento da idade mínima para aposentadoria	209
8.3	Redução de benefícios previdenciários	212
8.4	Mudanças nos critérios de cálculo de aposentadorias	216
8.5	Mudanças em benefícios ao trabalhador	219
8.6	Reduções em programas assistenciais	220
8.7	Conclusões parciais	222
9	DESESTATIZAÇÕES E REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA	225
9.1	Espécies de desestatizações	225
9.2	Desestatização de empresas estatais	229
9.3	Delegação de serviços públicos e flexibilização de monopólios públicos	232
9.4	Reestruturação administrativa	233
9.4.1	<u>A extinção de órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta</u>	233
9.4.2	<u>Redução de gastos com pessoal</u>	235
9.5	Redução, rescisão e renegociação de contratos administrativos	251
9.6	Conclusões parciais	258
	CONCLUSÃO	262
	REFERÊNCIAS	280

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos das medidas que podem ser implementadas pelo Estado no âmbito da intervenção no domínio econômico em épocas de crises econômicas, com enfoque nos limites e na juridicidade dessas possíveis ações.

Entendemos que o papel do Direito em momentos de recessão não é o de definir qual ou quais ações devem ser desenvolvidas pelo poder público com vistas a enfrentar a situação de crise econômica. Essa incumbência recai, em realidade, sobre a Política e a Economia, a partir do projeto econômico eleito pelo processo político democrático; nesse sentido, ao Direito compete a missão de estabelecer os instrumentos para efetivação das ações governamentais e as balizas dentro das quais estas podem ser levadas a cabo. A proposta desta dissertação é justamente investigar em que medida se desenvolvem esses mecanismos e parâmetros.

Para tanto, dividiremos a análise em três grandes partes. A Parte I, intitulada Economia, Crise e Direito, pretende oferecer uma visão geral em relação à intervenção do Estado em crises econômicas e ao papel do Direito nessa atuação, discutindo, no Capítulo I, a função do sistema jurídico em abstrato para, nos Capítulos II e III, abordar questões jurídicas que surgem a partir do conflito entre ações anticrise, liberdades econômicas e direitos sociais.

As Partes II e III adotam uma abordagem mais concreta, analisando em espécie as ações mais comuns do Estado em momentos de emergências econômicas. Na Parte II, analisamos as medidas expansionistas, que trazem uma maior participação do Estado na economia com o intuito de estimular o seu crescimento, ao passo que, na Parte III, discorreremos sobre medidas de austeridade, típicas de períodos de déficit no orçamento público, que veiculam uma diminuição do papel do Estado e uma preocupação em aumentar as receitas e conter os gastos do governo como mecanismo de reequilíbrio das contas públicas.

Adentrando na Parte I, o capítulo I (Uma visão geral sobre a intervenção do Estado em crises econômicas), tem início com um breve excursus histórico sobre o papel do Estado na Economia, com enfoque nas crises econômicas como catalisadores de transformações nessa função. Em seguida, analisamos, a partir da Teoria dos Sistemas, em que medida Direito, Economia e Política, sistemas autônomos permeados por interações recíprocas que formam acoplamentos estruturais, interagem para a construção desse arcabouço anticrise.

O Capítulo II (Crise econômica e livre-iniciativa) discute os conflitos que podem surgir entre ações anticrise econômica e a livre-iniciativa, tendo em vista que períodos de maior expansão da atuação estatal (políticas expansionistas) podem acabar representando um estrangulamento da iniciativa privada. Partindo da premissa de que a liberdade econômica é também um direito fundamental, torna-se necessário delinear os limites dentro dos quais o Estado poderá agir no domínio econômico – mesmo em momentos de crise – sem violar o núcleo essencial desse direito e é justamente esse traçado que tentamos construir neste capítulo.

O capítulo III (Crise econômica e direitos sociais) aborda os conflitos que afloram quando ações de combate a crises econômicas e déficits orçamentários – comumente chamadas de políticas de austeridade – entram em rota de colisão com direitos de cunho prestacional, cuja concretização exige um aporte de verbas públicas que podem não estar disponíveis em períodos de recessão econômica.

Já na Parte II, intitulada Medidas expansionistas em espécie, faremos um estudo prático acerca da juridicidade das ações expansionistas ou anticíclicas, que representam um aumento do papel do Estado na economia mais comumente adotadas tanto no Brasil quanto no exterior. Esta parte conta com uma apresentação que aborda o conceito de expansionismo utilizado no presente trabalho e a sua relação com a Constituição de 1988, sendo dividida em três capítulos, que tratam, respectivamente, da atuação estatal direta, da regulação do mercado financeiro e do fomento.

No Capítulo IV trataremos da atuação estatal direta, que ocorre quando o Estado atua como verdadeiro agente econômico, dividindo-a em duas grandes espécies: (i) os resgates a agentes privados e até mesmo Estados-Nações que enfrentem graves dificuldades financeiras; e (ii) participação do Estado em pessoas jurídicas, tanto majoritária quanto minoritária. No âmbito dos salvamentos (*bailouts*) a agentes privados em dificuldades considerados “grandes demais para falir” (“*too big to fail*”), discutiremos a juridicidade dessa prática já existente em outros períodos, mas amplamente expandida durante a crise de 2008, sobretudo à luz do risco moral que gera ao incentivar comportamentos descuidados dos dirigentes de grandes corporações. Já os resgates a Estados-Nações por organismos internacionais, como no caso de Portugal (resgatado pela União Europeia, pelo Banco Europeu e pelo FMI), ou por outros países, como no caso da Grécia (resgatada pela Alemanha), podem gerar conflitos ligados à soberania nacional e à legitimidade democrática em torno dessas operações, como veremos ao longo do quarto capítulo.

Na esfera das participações societárias do Estado, abordaremos a criação de empresas

estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), a expansão daquelas já existentes e as participações minoritárias do Estado, tanto por meio de empresas público-privadas, que não integram a Administração Pública, quanto através de *Golden shares*, ações preferenciais de classe especial que garantem poder de veto à Administração sobre determinadas matérias nas companhias objeto de desestatização. Uma questão polêmica também abordada nesta seção se refere à utilização das estatais para atender a objetivos macroeconômicos, como controle de inflação, o que consideramos incompatível com a estrutura preponderante de direitos privados dessas entidades.

No capítulo V estudaremos a regulação do mercado financeiro e seu papel na prevenção e no enfrentamento de crises econômicas, tendo em vista a frequente relação entre a eclosão de grandes recessões econômicas e o crescimento exagerado da especulação e da desregulação no campo das instituições financeiras, que se tornaram cada vez maiores e mais internacionalizadas, de modo que sua solidez se revela essencial para evitar o risco sistêmico de implosão de todo o mercado financeiro. Consideramos a regulação uma forma de expansionismo, ainda que mais suave do que a atuação direta, na medida em que ela também implica uma maior intervenção do Estado no domínio econômico, com vistas a conformar o mercado financeiro e reduzir seus riscos sistêmicos. Traremos, assim, algumas propostas para uma regulação financeira mais eficiente, inclusive no que se refere aos *bailouts* de grandes bancos e agentes financeiros em geral, passando, em seguida, para uma análise de caso concreto feita a partir do *Dodd-Frank Act*, a nova lei norte-americana sobre o tema, editada após as distorções no sistema detectadas com a crise do *subprime*.

No capítulo VI trataremos do fomento, que tem lugar quando o poder público atua por indução, estimulando particulares a adotarem comportamentos socialmente desejados sem impor medidas coercitivas a seus destinatários. Nesse ponto, analisaremos as desonerações tributárias; a criação de regimes tributários favorecidos e das linhas especiais de crédito - incluindo tanto a atuação dos bancos públicos quanto o fortalecimento da política de campeões nacionais, inclusive quanto aos problemas que podem emergir em relação ao critério de seleção desses conglomerados; os programas de incentivo à manutenção do emprego - mediante a criação de incentivos para que os empregadores contratem ou não demitam seus funcionários, usualmente por meio da flexibilização dos encargos trabalhistas suportados pelo empregador; e a função regulatória das licitações, com a edição de normas que estabelecem critérios de seleção nas contratações públicas mais vantajosos para determinado segmento considerado essencial à economia daquele ente licitante.

Chegando à Parte III, denominada Medidas de austeridade em espécie, faremos um

estudo – também com viés mais concreto, assim como na Parte II – das medidas implementadas pelo governo com a intenção de reduzir déficits públicos, seja por meio do incremento da receita seja através da contenção de gastos. Tais ações, embora duras e frequentemente impopulares, podem se revelar necessárias para sanear as contas públicas e permitir que o país possa se reestruturar e retomar o crescimento sob bases mais sólidas. A parte se inicia com uma apresentação, sendo dividida em três capítulos: Reformas Tributárias; Reformas Previdenciárias; e Desestatizações e Reestruturação Administrativa.

No Capítulo VII (Reformas tributárias), abordaremos o aumento de impostos e contribuições, principais instrumentos de financiamento do Estado, mecanismo empregado para assegurar aumento de receita, contenção inflacionária e redução de déficit público. Analisaremos os limites traçados pela Constituição Tributária para a instituição e a majoração de impostos e contribuições. Passaremos, em sequência, ao estudo de casos concretos recentes tanto em nosso país – como o aumento o IOF, propostas de recriação da CPMF, aumento da CSLL incidente sobre instituições financeiras – quanto no exterior, com a criação da Contribuição Extraordinária de Solidariedade, incidente sobre aposentadorias e pensões, e o aumento do IVA e do Imposto de Renda em Portugal.

No Capítulo VIII (Reformas na seguridade social), teceremos considerações sobre mudanças no sistema de previdência e assistência social, para tornar mais rígida a sua concessão, como mecanismo de reduzir os gastos públicos. Para tanto, analisaremos, no Brasil, os casos concretos dos vetos presidenciais ao fim do fator previdenciário e à desaposentação; projetos de extinção do abono permanência e mudança do regime previdenciário de servidores públicos; mudanças nos critérios de concessão do seguro-desemprego; e, no direito comparado, medidas de aumento da idade mínima para aposentadoria; e a redução nominal de aposentadorias e pensões.

No Capítulo IX (Desestatizações e reestruturação administrativa), analisaremos a privatização de Estatais e a delegação de serviços públicos, assim como a reorganização do Estado. Quanto ao primeiro ponto, nosso estudo será restrito ao papel dessas medidas em momentos de crise econômica, não se inserindo no escopo de nosso estudo a teoria dos serviços públicos nem sistematização das modalidades de privatização e delegação. Após uma breve explanação teórica, abordaremos casos concretos de desestatizações promovidas em contextos de crise econômica e redução do aparelho estatal. Já na reestruturação administrativa será analisada a reorganização da Administração Pública, com a extinção de órgãos e entidades; a redução das despesas com pessoal, que representam fatia bastante considerável do orçamento público; e o contingenciamento de despesas oriundas de contratos

administrativos.

Por fim, na conclusão serão retomadas as principais ideias desenvolvidas ao longo do texto, sintetizando os pontos de maior relevância e organizando a análise aqui empreendida.

PARTE I

ECONOMIA, CRISE E DIREITO

1. UMA VISÃO GERAL SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO EM CRISES ECONÔMICAS

1.1. Evolução histórica da intervenção do estado na economia¹

A intervenção do Estado na economia é marcada por movimentos cíclicos na história: ora tem-se mais intervenção, ora tem-se uma menor participação do Estado. No período do Estado Absolutista Moderno, a realidade era de intensa na participação do Estado, por meio da figura do Monarca, na economia, considerando-se praticamente qualquer atividade sujeita à titularidade do próprio Rei, decorrência natural da ideia de direito divino que marcou o período do *Ancien Régime*. Nesse período, o Rei outorgava direitos de exploração de determinadas atividades e territórios a seus aliados, sem qualquer preocupação com princípios hoje tidos como caros ao Estado de Direito, como a impessoalidade e a isonomia.

Com a ascensão da burguesia, o Estado Moderno dá lugar ao Estado Contemporâneo, tendo-se como marco histórico dessa transição a Revolução Francesa e demais revoluções burguesas. A consolidação do Estado Contemporâneo assiste também à Revolução Industrial, com o surgimento de máquinas e instrumentos sofisticados que permitiram aumento de produtividade e urbanização sem precedentes na história.

Os movimentos burgueses, juntamente com a Revolução Industrial, propiciam o fortalecimento do liberalismo, conjunto de ideais que prega uma menor participação do Estado na vida privada, com a garantia de liberdades individuais, igualdade formal a todos os cidadãos e, ainda, a não ingerência estatal em assuntos econômicos. A ideia central do liberalismo econômico reside, assim, na auto-organização do mercado, cujas regras próprias (principalmente a lei da oferta e da demanda), aliadas ao comportamento racional de agentes econômicos livres e maximizadores da sua própria riqueza e felicidade, gerariam uma “mão invisível” capaz de produzir equilíbrio e prosperidade. O principal ícone desse liberalismo econômico clássico é o inglês Adam Smith, cuja obra *A Riqueza das Nações* até os dias atuais

¹ O excuro histórico desenvolvido nesta seção toma por base as lições de NASCIMENTO, Floriano Lima. Uma breve história da economia ocidental: do mercantilismo aos dias atuais. *Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico*. Disponível em: <<http://www.fdbe.org.br>>. Acesso em 05 maio 2015. E, ainda, na coletânea *Uma Breve História do Mundo* (2004) e *Uma Breve História do Século XX* (2006), de Geoffrey Blainey, ambos lançados pela Ed. Fundamento.

é considerada uma das principais produções da ideologia liberal.

Diferentemente do que pregavam os autores da Escola Liberal Clássica, a ausência de regulação estatal sobre o mercado não foi capaz de produzir resultados ótimos em termos de distribuição de riqueza e desenvolvimento econômico. Na verdade, ao longo do século XIX, o que se verificou foi um aumento da concentração de mercados, com a formação de monopólios, oligopólios e cartéis que praticamente aniquilaram pequenos concorrentes e produziram grandes concentrações de renda.

O liberalismo clássico entra em colapso nos EUA – país que, após a vitória na I Guerra Mundial, despontava como a nova potência central do Ocidente, em substituição à Inglaterra – no início do século XX, com o *crash* da Bolsa de Valores de Nova York em 1929 e a seguinte depressão dos anos 1930. As causas para a primeira grande crise do capitalismo foram várias: desde o excesso de especulação no mercado financeiro até dívidas e queda de demanda decorrentes do fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Essa conjunção de fatores fez com que a crise tivesse início nos EUA e rapidamente se alastrasse para a Europa, cujas economias ainda se mostravam claudicantes pelos danos causados durante a Guerra.

A recuperação tem início justamente com uma guinada ideológica de virada do pêndulo em direção a uma maior intervenção do Estado na economia, promovida sobretudo pelo programa do *New Deal* lançado pelo Presidente norte-americano Franklin D. Roosevelt, que, baseado nas ideias do economista John Maynard Keynes, tinha como motes principais o aumento da regulação estatal e a adoção de políticas de redução do desemprego, principalmente pela realização de obras públicas. Em que pesem os esforços envidados pelo governo americano para promover a recuperação da economia durante a depressão dos anos 1930 e o tímido sucesso do *New Deal*, é inegável que a grande retomada do crescimento econômico somente se deu com a demanda por armamentos, munições e tecnologia originada pela Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Isso não significa, porém, que a recuperação da economia tenha trazido um retorno completo ao *status quo ante*; o *New Deal* deixou uma herança na economia norte-americana de maior participação e regulação do Estado que se manteve mesmo após a Guerra.

Além da crise de 1929, o liberalismo sofre outro golpe com a Revolução Russa (1917), que dá ensejo a uma alternativa palpável ao capitalismo: o socialismo, marcado pela visão extremamente oposta em relação ao papel do Estado na economia. No capitalismo o bem maior do indivíduo é a liberdade e, por consequência, a capacidade de empreender, ao passo que no socialismo privilegia-se a igualdade em detrimento da liberdade, com a titularidade estatal de todas as atividades econômicas e o controle estatal dos meios de produção sob o

argumento de pôr fim à luta de classes e à mais-valia.

Cabe destacar que, na doutrina de Karl Marx, o socialismo seria um estágio intermediário, em que a propriedade estatal dos meios de produção seria necessária para acabar com a exploração do proletariado e permitir a distribuição das riquezas. Paulatinamente, contudo, dever-se-ia migrar para o comunismo, no qual o próprio Estado seria abolido e o povo se autogovernaria. O comunismo nunca chegou a ser implantando na prática e, como se descobriu posteriormente, os próprios governos socialistas distorceram os ideais marxistas, implantando regimes totalitários que pouco se assemelhavam àqueles.

Para além disso, se na Rússia o autoritarismo do regime czarista e o agravamento da miséria durante a Primeira Grande Guerra funcionaram como catalisadores para a Revolução Bolchevique, na Alemanha a crise e as humilhações provocadas pelo Tratado de Versalhes acabaram servindo de propulsor para a ascensão do nazismo e a posterior eclosão da Segunda Guerra Mundial, com a invasão do Terceiro *Reich* à Polónia.

A vitória dos aliados na Segunda Grande Guerra representou a derrota do nazifascismo e o início da Guerra Fria, com a divisão do mundo em dois polos opostos: o capitalista, liderado pelos EUA, e o socialista, capitaneado pela URSS. Este período da história recente, marcado por ameaças recíprocas entre as duas potências, guerras em países periféricos com o apoio desses dois países e medo permanente de uma guerra nuclear entre ambos que poderia aniquilar a humanidade, representou não apenas uma disputa por poder e zonas de influência, mas também um embate entre dois modelos opostos de desenvolvimento: o privado e o estatizante.

Na Europa Ocidental, a ameaça do avanço socialista e a proximidade física dos países da cortina de ferro levaram ao fortalecimento do Estado do Bem-Estar Social, marcado, de um lado, pela liberdade econômica e pela garantia à livre-iniciativa, ainda que permeada por uma maior regulação estatal, e, de outro, por um papel mais ativo do Estado na garantia de direitos sociais de cunho prestacional.

A partir dos anos 1980, o bloco socialista começa a entrar em declínio, culminando com a queda do Muro de Berlim em 1989 e o colapso da União Soviética em 1991. O mesmo ocorre com o *Welfare State*, cujos elevados custos de manutenção levaram à sua falência², com a ascensão dos chamados neoliberais, como Margareth Thatcher, no Reino Unido, e Ronald Reagan, nos EUA, que pregavam a redução do tamanho do Estado, a privatização de serviços públicos e a diminuição das despesas do governo.

² STREECK, Wolfgang. The Crises of Democratic Capitalism. *New Left Review* 71, September/October, 2011.

Esse retorno do pêndulo em direção a uma menor participação do Estado no domínio econômico teve início nos anos 1980 e perdurou até os anos 2000, caracterizando-se pela privatização de empresas estatais, pela desestatização de serviços públicos por meio de uma série de concessões e parcerias público-privadas e pelo enfraquecimento da regulação do mercado.

A essa altura fica evidente o caráter eminentemente cíclico da intervenção do Estado na economia, ora com momentos de maior atuação estatal, ora com períodos de maior abstenção estatal. Para Bresser-Pereira, esse movimento pendular, baseado nas ondas de Kondratieff, ocorre na medida em que o mercado não seria capaz de, por si só garantir a acumulação capitalista nem a distribuição eficiente de riqueza, o que traria à tona a necessidade de intervenção estatal.

A intensidade dessa intervenção, contudo, passaria a se expandir até gerar distorções que culminariam em uma crise fiscal resultante do aumento excessivo das despesas públicas com a manutenção do aparato estatal e de um saldo negativo entre os benefícios e os custos advindos dessa atuação pública, gerando uma demanda por diminuição estatal que seria equacionada nos períodos de retração econômica³. Finda a retração, a economia passaria a se recuperar e voltar a crescer em um ambiente de maior liberdade econômica, a qual acabaria por gerar falhas de mercado como monopólios e externalidades, demandando por um movimento de retorno de uma atuação mais ativa do Estado no domínio econômico.

Em 2007, a crise do *subprime* ilustra muito bem o fenômeno que ocorre após períodos de ápice da desregulação⁴. A chamada crise do *subprime*, iniciada na Europa, com o resgate do governo britânico ao banco Northern Rock, eclodindo nos EUA em 2008, com a quebra do Banco Lehman Brothers, é considerada a recessão internacional mais severa desde a crise de 1929 e teve como principal causa a desregulação do mercado financeiro, que permitiu a concessão de empréstimos (principalmente hipotecas e financiamentos estudantis) desmedidos a devedores de alto risco (os chamados NINJAS - no income, no job, no assets,

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção Estatal. *Revista de Economia Política*. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. p. 123-127.

⁴ A regulação se tornou um assunto debatido com frequência inimaginável há menos de uma década. Esse fenômeno global foi rapidamente apoiado por organizações internacionais. As críticas e as reservas com relação à regulação mais presente vieram à tona durante a crise de 2007-9, quando ideias de desregulação e regulação mais suave de repente cederam espaço para demandas diárias por uma disciplina mais rígida dos mercados financeiros. Tradução livre do original: “*Regulation has become a matter of topical debate in a way that it was not even a single decade ago. This global phenomenon was partly prompted by the activities of international organizations. Criticisms and concerns with regulatory orthodoxies became increasingly prominent during the financial crisis of 2007-9, when calls for deregulation and „light-touch“ regulation suddenly gave way to daily demands for more rigorous regulation of the financial markets*”. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. p. 1.

peças sem renda, sem emprego e sem bens) - os chamados créditos *subprime*, daí o nome com que a recessão de 2007-2010 ficou conhecida - e a criação de derivativos e outros produtos financeiros complexos de baixíssimo lastro, como os CDO (Collateralized Debt Obligations) e CDS (Credit Default Swaps)⁵.

O 79º Relatório Anual do Banco de Compensações Internacionais (BIS) elenca como principais causas para a crise de 2007-2010: desequilíbrios financeiros globais, com grande endividamento de países desenvolvidos; longo período de juros baixos e fácil acesso ao crédito; incapacidade dos consumidores de compreender os riscos dos produtos financeiros em que investiram; pressões por maiores lucros nas instituições financeiras; sistemas de remuneração dos administrativos de instituições financeiras (com bônus de acordo com o lucro do período, o que gerou incentivos para comportamentos excessivamente agressivos e descuidados das diretorias); conflitos na atuação das agências classificadoras de risco (*rating agencies*); e limitações no dimensionamento dos riscos que recaíam sobre os produtos financeiros comercializados⁶.

Todo esse mercado de especulação acabou se mostrando insustentável e, com o aumento das taxas de inadimplência dos empréstimos de risco que lastreavam esses derivativos, toda a cadeia entrou em colapso, causando a falência de uma série de instituições financeiras e seguradoras. Na Europa, além da íntima ligação com o sistema financeiro norte-americano, a crise foi agravada pelo déficit público que já enfrentavam os países da Europa Mediterrânea, justamente os mais atingidos pela crise.

Nesse contexto, o pêndulo novamente se movimenta em direção ao retorno a uma maior intervenção do Estado na economia, com uma série de propostas de robustecer a regulação do mercado financeiro, com o aumento dos depósitos compulsórios e a necessidade de registro de derivativos nas agências reguladoras competentes, por exemplo. Afinal, na era pós-crise do *subprime*, não há mais a mesma fé na estabilidade e na eficiência dos mercados que havia antes⁷.

Restaram evidentes, assim, a capacidade restrita de auto-organização dos mercados,

⁵ Os CDO eram agrupamentos de créditos de diversas origens, como financiamentos imobiliários e estudantis, reunidos formando um único derivativo adquirido por outra instituição financeira e remunerado à medida que os créditos originários fossem adimplidos. Já os CDS eram espécies de seguros contra CDO inadimplidos, que garantiam a rentabilidade prometida pelo CDO a seu titular mesmo em caso de não pagamento das obrigações que deram origem ao segundo. Fonte: Documentário INSIDE JOB. Direção de Charles Ferguson. EUA, 2010.

⁶ *Apud*: RAMOS, Marcelo Valença. *Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal*. Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. 2014. p. 129-130.

⁷ BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. p. 209. Tradução livre.

haja vista a onipresença das chamadas falhas de mercado, e as limitações da racionalidade humana, desfazendo-se, como demonstra Amartya Sen⁸, o mito do *homo economicus*, sujeito perfeitamente racional que age sempre maximizando seus próprios interesses racionais. Esse reconhecimento reacende o debate sobre o papel do Estado como um agente regulador e promotor de comportamentos socialmente desejáveis, seja por meio de normas cogentes, que criam comportamentos obrigatórios para o regulado, por de técnicas de comando e controle, seja por meio de normas indutivas, que criam incentivos para a adoção voluntária desses comportamentos, por meio de mecanismos de *soft law*, notadamente os *nudges*, dos quais tratamentos no capítulo relativo ao fomento público.

Além disso, a crise do *subprime* trouxe à tona um novo papel central do Estado nas economias contemporâneas: a função de último agente garantidor de sua sustentabilidade, atuando o poder público como um salvador de grandes atores privados, ou mesmo outros Estados, que estejam enfrentando graves dificuldades financeiras, com elevado risco sistêmico de deterioração dos indicadores econômicos no caso de sua falência.

Esse período de expansão do papel estatal no domínio econômico já começa a dar sinais de esgotamento em países como Brasil e China, ambos pouco atingidos pela crise do *subprime*, mas atualmente enfrentando⁹, embora com intensidades diferentes, momentos mais conturbados em sua economia.

No Brasil, especificamente, a crise iniciada em 2015 põe em xeque o modelo de capitalismo de Estado e formação de campeões nacionais, assim como a capacidade de investimento do Estado para fazer frente às colossais demandas sociais do país, sobretudo se não forem feitas as reformas estruturais de que o país necessita para atrair investimentos de longo prazo e, de forma saudável e duradoura, aumentar a produção de riqueza – e, conseqüentemente, a arrecadação – e reduzir a concentração de renda.

Atualmente, assistimos no Brasil a um período de redução do tamanho do Estado, com rodadas de concessões de serviços e equipamentos públicos¹⁰, projetos de extinção de entidades da Administração Indireta¹¹ e órgãos da Administração Direta¹² e redução do

⁸ Vide: SEN, Amartya. Rational fools: a critique of behavioral foundations of economic theory. *Philosophy and public affairs*. Vol. 06. N. 4, 1977, p. 317-344.

⁹ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/negocios/china-suspende-circuit-breaker-apos-segundo-tombo-das-bolsas-18427347>>. Acesso em 05 maio 2015.

¹⁰ Por exemplo, concessões de usinas hidrelétricas. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/11/leilao-de-hidreletricas-negocia-r-17-bilhoes-em-outorgas>>. Acesso em 05 maio 2015.

¹¹ Medida adotada pelos Estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.ofluminense.com.br/pt-br/cidades/pez%C3%A3o-envia-%C3%A0-alerj-projeto-para-extin%C3%A7%C3%A3o-de-funda%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em 05 maio 2015.

¹² Medida adotada no âmbito da União Federal. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/10/dilma-envia-medida-provisoria-ao-congresso-com-extincao>>

número de ocupantes de cargos em comissão e dos salários das altas cúpulas de governo¹³. Esse cenário deixa evidente o caráter eminentemente pendular do papel e do tamanho do Estado no domínio econômico, ora expandindo-se ora contraindo-se.

1.2.A crise econômica e a intervenção do Estado

Dado o caráter cíclico da economia, como já assentado na seção anterior, é natural que esta atravesse períodos de expansão e outros de retração. Nos momentos de crise econômica severa, é comum a edição, pelo poder público, de medidas com o objetivo de combater a situação de deterioração dos indicadores socioeconômicos – e é desejável que assim o faça, uma vez que o prolongamento de recessões não raro produz seus efeitos mais perversos justamente sobre a população mais carente.

As ações anticrise, em regra, podem ser divididas em dois grandes grupos: as anticíclicas (ou expansionistas) e as de austeridade (ou contracionistas). As primeiras, baseadas nas ideias do economista John Maynard Keynes, buscam recuperar a economia por meio de uma atuação mais ativa do Estado a fim de promover a geração de empregos e o aumento da circulação de riqueza. Frequentemente as políticas expansionistas envolvem o aumento dos gastos públicos, podendo citar-se os seguintes exemplos: expansão da atividade de empresas estatais, realização de obras públicas, concessão de linhas especiais de crédito, dentre outras.

Já as medidas de austeridade, associadas ao pensamento neoliberal de personalidades como Ronald Reagan e Margareth Thatcher, visam ao mesmo objetivo, porém adotam estratégias diametralmente opostas. No contracionismo, pretende-se a contenção dos gastos públicos, mediante a adoção de ações como privatizações, redução da participação do Estado na economia e cortes na remuneração de servidores públicos, aposentados e pensionistas¹⁴.

Não compete à Ciência Jurídica definir qual ou quais medidas se mostram mais adequadas para enfrentar o momento de recessão e trazer de volta a prosperidade de econômica. É papel da Economia definir o conjunto de medidas que entende mais adequadas àquele conjunto específico de circunstâncias que resultaram em baixos indicadores

de-ministerios>. Acesso em 05 maio 2015.

¹³ Medida adotada no âmbito da União Federal. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2015/10/dilma-anuncia-corte-de-3-mil-cargos-comissionados-e-reduz-salarios-de>>. Acesso em 05 maio de 2015.

¹⁴ Para mais considerações sobre teorias econômicas, vide: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Da macroeconomia clássica à Keynesiana*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1968/68-98damacroclassicaakeynesiana.apostila.pdf>>. Acesso em 05 maio 2015. E também: SIMONSEN, Mario Henrique; Cysne, Rubens Penha. *Macroeconomia*. Ed. Atlas. 4ª ed. 2009.

econômicos. No entanto, como a Economia não é uma ciência exata, é possível que o mesmo contexto dê margem ao desenvolvimento de dois ou mais projetos econômicos distintos como solução à crise, a depender da Escola adotada por cada profissional. Nesses casos, torna-se atribuição da Política, por meio do processo democrático majoritário, definir qual projeto deverá ser adotado por aquela sociedade naquele momento - o qual poderá ser revisto a cada período eleitoral.

Esse caráter contingente do modelo de intervenção do Estado na economia e a íntima relação entre Direito, Política e Economia são muito bem sintetizados por Alexandre Aragão na seguinte passagem: *“a relação entre Estado e economia é dialética, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas”*¹⁵.

Nesse sentido, muito embora não seja atribuição do Direito estabelecer uma fórmula apriorística para responder a crises econômicas, o Direito acaba por assumir um papel relevante na fixação de contornos e limites dentro dos quais cada ação pensada pela Economia - e chancelada pelo processo político majoritário - poderá ser implementada, sobretudo à luz dos preceitos constitucionais adotados por aquela sociedade e de um conjunto de direitos fundamentais universalmente reconhecidos.

No âmbito dos limites jurídicos das medidas de enfrentamento a crises econômicas, essa visão gera importantes efeitos em relação aos limites das medidas que podem ser implementadas, conferindo maior espaço de conformação para os agentes políticos, desde que respaldados pelo voto popular e observem o conjunto de direitos básicos¹⁶ de todo cidadão¹⁷.

Dando início ao estudo desses limites às ações de combate a crises econômicas, observa-se que o maior limitador associado às políticas expansionistas situa-se no campo econômico, na medida em que sua utilização por um longo período de tempo pode levar à deterioração das contas do governo com um aumento exagerado do déficit público.

Do ponto de vista jurídico, contudo, a baliza mais relevante parece ser a de a intervenção na economia tornar-se tão expressiva a ponto de sufocar a livre-iniciativa. Nesse sentido, a fim de verificar se restrições à livre-iniciativa representam um limite efetivo às ações anticrise, analisaremos, no capítulo II, se a esta (i) deve, ou não, ser considerada um direito fundamental e (ii) encontra guarida no ordenamento constitucional brasileiro.

Por outro lado, a fronteira de maior destaque em relação às políticas de arrocho

¹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 202.

¹⁶ Não faz parte do escopo deste trabalho propor, de maneira definitiva, um rol de direitos fundamentais comuns a todos os indivíduos. Entretanto, mais à frente traremos nossa própria definição de mínimo existencial.

¹⁷ Muito embora tenhamos simpatia pela crítica do movimento feminista ao uso do termo “homem” como sinônimo de “pessoa”, haja vista tratar-se de metonímia excludente e representante de gênero dominante, utilizaremos, aqui, a presente terminologia tão somente com o propósito de conferir maior fluidez à leitura.

encontra-se justamente na esfera jurídica, uma vez que muitas dessas medidas acabam entrando em rota de colisão com direitos fundamentais e princípios constitucionais, notadamente a vedação do retrocesso, a proporcionalidade¹⁸ e a igualdade. Assim, no capítulo III, investigaremos de que maneira - e em que medida - esses preceitos funcionam como limitadores das ações anticrise.

Por ora, damos seguimento ao nosso estudo com a análise da interação entre Direito e Economia, sobretudo em momentos de crise econômica, a partir do enfoque dado pela teoria dos sistemas.

1.3.O papel do Direito nas crises econômicas: uma análise pela teoria dos sistemas

Como destacado, o escopo do presente trabalho reside na análise dos aspectos jurídicos que envolvem medidas que visem ao combate de crises econômicas, típicas de crises financeiras prolongadas. Nesse sentido, a partir de um estudo do direito comparado e da ordem jurídica pátria, abordamos tanto medidas com viés expansionista (em que há um aumento do papel do Estado no domínio econômico) quanto ações de austeridade (em que há retração da atuação Estado na economia).

Optamos por realizar um estudo de casos porque, do ponto de vista jurídico, não seria possível estabelecer a priori uma fórmula para definir quando as medidas econômicas de austeridade devem ou não ser adotadas nem, tampouco, quando essas ações podem violar o ordenamento jurídico. Afinal, ainda que possa parecer um pouco decepcionante para aqueles que pretendem a onisciência do Direito, não compete ao sistema jurídico interpretar situações fáticas e econômicas para prescrever, teórica e peremptoriamente, qual ação deve ser adotada, e por quais meios, com o fim de assegurar ou retomar o crescimento de indicadores econômicos. Esse papel de propor medidas econômicas, sejam de austeridade sejam contracíclicas, deve ser reservado à Economia e à Política, de acordo com o projeto político e econômico majoritário no momento¹⁹. Ao Direito, caberia a tarefa de analisar individualmente

¹⁸ Há divergências na doutrina quanto à natureza jurídica da proporcionalidade. Autores como Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. Saraiva. p. 328-329) defendem tratar-se de um princípio interpretativo, ao passo que outros, como Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 160), tratam como postulado normativo.

¹⁹ A contingência das possíveis respostas a crises econômicas pode ser observada na seguinte passagem de Napolitano (*Op. Cit.* p. 588): “modelos e mecanismos jurídicos de intervenção estatal diferem através do tempo e em cada cultura, de acordo com as estruturas jurídicas e econômicas, bem como com a cultura, de cada país”. Tradução livre de: “*Models and legal forms of public intervention, anyhow, differ through time and across nations, according to the different legal and economic structures and cultures*”.

cada ação pretendida e fixar-lhe os contornos e limites, à luz do ordenamento jurídico posto²⁰.

Na linguagem própria da teoria dos sistemas proposta por Teubner e Luhman, o sistema jurídico seria permeável a acoplamentos estruturais com a Política e com a Economia, os quais permitiriam que perturbações e irritações externas, oriundas de medidas próprias do sistema econômico e adotadas com o propósito de manter ou restaurar avanços na economia fossem internalizadas por mecanismos próprios do sistema jurídico, passando, após essa internalização, a se submeter parâmetros de validade próprios deste último²¹.

Esses acoplamentos estruturais revelam-se possíveis porque, na sociedade contemporânea, os sistemas de uma forma geral se mostram mais complexos do que outrora e o crescente dinamismo da própria sociedade impõe uma maior permeabilidade entre sistemas até então fechados. Nesse contexto, como destaca Natalino Irti²², o Direito, assim como outros sistemas, torna-se uma reunião de microssistemas (os diversos ramos e subramos do sistema jurídico) que interagem reciprocamente entre si e, ainda, acoplam-se com outros sistemas, a exemplo da Economia e da Política.

Os acoplamentos estruturais se formam na medida em que o sistema econômico tem como pressuposto uma série de expectativas normativas, como direitos de propriedade e proteção à livre concorrência, que são garantidas justamente pelo sistema jurídico. Já o sistema político depende de regras constitucionais e legais fixadas também pelo Direito, como sistema de voto, sistema de governo e outras questões de ordem política e eleitoral²³.

²⁰ Em artigo que aborda falhas regulatórias (inclusive aquelas que dão origem a crises econômicas), Julia Black traz pensamento bastante similar àquele aqui exposto, senão vejamos (tradução livre): “*Ainda que o contexto legal e político desempenhe um papel em processos organizacionais, culturais e decisórios, uma característica relevante de todos os desastres regulatórios aqui analisados é o papel central desempenhado pelas falhas de governança e de liderança nas organizações, tanto nos reguladores quanto nos regulados. Em primeiro lugar, e o mais evidente, a cultura local faz diferença. Organizações são internamente complexas e regras informais frequentemente sobrepõem a maioria das normas formais em relação à forma de condução das atividades empresariais e de tomada de decisões*”. No original: “*Whilst the political and legal context has a role to play in shaping organisational processes, cultures and decision making, a striking feature of all the regulatory disasters analysed here is the central role played by failures of governance and leadership within organisations, in both regulators and regulated firms. (...) First, and most obviously, culture matters. Organisations are internally complex and informal norms often dominate formal rules in the way activities are carried out and decisions are made*”. BLACK, Julia, Learning from Regulatory Disasters (November 6, 2014). LSE Legal Studies Working Paper No. 24/2014. p. 8.

²¹ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 73.

²² IRTI, Natalino. *L'età della codificazione*. 1999. APUD PENA, Ana Maria Moliterno. *Microssistema: o problema do sistema no polissistema*. Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Mestre. 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp039331.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2015.

²³ O acoplamento estrutural entre política e direito representado pela Constituição é posto em risco com a consolidação da Constituição e a ascensão de um direito comum global, cujas fontes se localizam para além do Estado-Nação. Discorrendo sobre as diferenças do pensamento de Teubner e Neves quanto a este ponto, Marcelo Valença Ramos explica que “*Teubner considera que a globalização conduziu a ao desenvolvimento da racionalidade própria do subsistema jurídico (caracterizado pela rule of law e due process of law) em diversos*”

Cada sistema é organizado sob a forma de códigos-diferença binários, os quais permitem que estímulos e informações externos que o influenciam - a partir de acoplamentos estruturais - sejam processados e absorvidos de acordo com a própria linguagem interna do sistema. O sistema jurídico, por exemplo, se organiza através do código binário lícito/ilícito, enquanto o sistema econômico baseia-se no binômio ter/não ter e o político, no poder superior/poder inferior.

As influências externas têm também um lado negativo, que se manifesta quando essa interferência não consegue ser devidamente filtrada pelo código-diferença do sistema influenciado, pondo um em risco a autonomia de outro subsistema por meio de um fenômeno denominado corrupção sistêmica, que, por sua vez, conduziria à alopoiese. No dizer de Marcelo Neves, “*aqui, o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente*”²⁴. Para o autor, crítico da teoria luhmaniana, a alopoiese é um risco para o subsistema jurídico, devido ao elevado grau de influência que acaba sofrendo por outros sistemas, sobretudo o econômico.

Não obstante a visão pessimista de Neves, entendemos que o direito desempenha um importante limite para a deliberação e a efetivação de projetos político-econômicos momentaneamente em curso, consubstanciado no reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais cuja garantia permeia todo o ordenamento e baliza a implementação de medidas que façam parte desse projeto majoritário. O sistema político, por sua vez, funciona como importante mecanismo de mudança e evolução dos demais sistemas, permitindo sua renovação a partir de um processo eleitoral em que os cidadãos periodicamente elegem um projeto político, social e jurídico que será implementado pelos próximos anos.

Especificamente em momentos de crise econômica severa, o grande desafio do Direito se revela justamente equacionar, de um lado, demandas de redimensionamento do tamanho e

domínios da comunicação, de modo que os procedimentos específicos deixaram de se vincular unicamente ao Estado-Nação, enfraquecendo a noção de Constituição como acoplamento estrutural entre dos subsistemas político e jurídico. Com a emancipação do direito em relação ao Estado, tais procedimentos passaram a ser identificados também no âmbito das aldeias globais, enfatizando a pluralidade heterárquica dessas ordens jurídicas (em contraposição à hierarquia e unidade do direito no Estado-Nação). Neves, por sua vez, avalia que o processo de constitucionalização societal na sociedade mundial ainda é sensivelmente deficitário, uma vez que o subsistema jurídico é frequentemente instrumentalizado pelas racionalidades expansivas de outros subsistemas sociais globais (...)”. (RAMOS, Marcelo Valença. *Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal*. Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. 2014. p. 39).

²⁴ As influências externas têm também um lado negativo, que se manifesta quando essa interferência não consegue ser devidamente filtrada pelo código-diferença do sistema influenciado, pondo um em risco a autonomia de outro subsistema por meio de um fenômeno denominado corrupção sistêmica. No dizer de Marcelo Neves, “*aqui, o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de um outro sistema, de tal sorte que aquele perde sua capacidade de reprodução consistente*” (NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 42).

do papel do Estado, com vistas a garantir a sua própria sobrevivência; e, de outro, preceitos e direitos constitucionalmente tutelados e intimamente relacionados com a dignidade da pessoa humana - e isso, ainda, sem se descuidar da legitimidade democrática e da motivação das medidas adotadas, afinal as emergências econômicas - por mais graves que possam se mostrar - não são espaços ajurídicos²⁵.

Não obstante, mesmo que se reconheça a importância de que preceitos jurídicos fundamentais atuem como limite à implementação de decisões econômicas, ainda que em contextos de crise econômica, essas balizas não podem ser excessivamente alargadas, sob pena de um risco de ossificação do Estado em relação a uma realidade cada vez mais dinâmica e cambiante²⁶. É salutar que haja espaços para a tomada de decisões político-econômicas em resposta a demandas que surjam em determinados momentos, afastando-se, assim, da falácia da ubiquidade constitucional²⁷.

Ao longo dos próximos dois capítulos, tentaremos traçar as balizas à atuação do Estado em momentos de crise econômica, de modo que a garantir espaço para a efetivação do projeto político e econômico democraticamente eleito, mas, por outro lado, assegurar a proteção a preceitos basilares da ordem jurídica e do Estado de Direito. Para tanto, iniciaremos, no capítulo II, com um debate sobre a livre-iniciativa e os limites que as liberdades individuais representam a programas econômicos, sobretudo aqueles baseados numa maior participação do Estado na economia. Passaremos, então, no capítulo III, a uma análise do papel limitador dos direitos sociais à implementação de projetos majoritários, com ênfase na tensão existente entre mínimo existencial, vedação ao retrocesso e medidas de austeridade econômica.

²⁵ A preocupação com a normatização das medidas anticrise é expressa por Giulio Napolitano: “o segundo desafio está ligado ao arcabouço ideal para se lidar com emergências econômicas. A necessidade de enfrentar prontamente a crise financeira e econômica amplia consideravelmente os poderes discricionários do Poder Executivo. O impacto constitucional dessa flexibilização é maior em um Estado Federativo, como os EUA, do que países unitários, como a maioria dos países europeus, mas, mesmo assim, cresce em todo lugar a preocupação com os buracos negros e cinzentos na atuação do Executivo frente à crise”. No original: “The second challenge is related to the optimal design of economic emergency management. The necessity of facing with promptness the financial and economic crisis has greatly widened the discretionary powers of the Executive branch of government. The constitutional impact of this shift, of course, is greater in a system of divided government like the US, than in a system of unified government, like the one prevailing in European countries. Everywhere, anyhow, deep concern has emerged about the multiplication of black and grey holes zones in which Executives are called to act to face the crisis” (NAPOLITANO, Giulio. *Op. Cit.* p. 589). Os buracos negros e cinzentos das medidas anticrise serão abordados no Capítulo VI.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

²⁷ Vide: SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

1.4. Conclusões parciais

Neste primeiro capítulo, fizemos um breve apanhado sobre a intervenção do Estado na economia ao longo da história, verificando que essa atuação estatal, na verdade, assume um caráter cíclico - ou pendular -, ora com maior participação estatal na economia, ora com maior liberdade para o mercado privado.

Na história mundial recente, o *laissez faire* do liberalismo clássico cede lugar ao protagonismo estatal com a crise de 1929 e o *New Deal*. Posteriormente, a maior participação do Estado na economia é substituída, já nos anos 1980, por um movimento de desregulação e privatização de serviços públicos e empresas estatais, iniciada a partir da deterioração do Estado do Bem-Estar Social. O pêndulo se desloca novamente com a crise de 2008, cujas principais causas foram falhas e déficits regulatórios no sistema financeiro norte-americano, que permitiram um comportamento excessivamente especulativo - e insustentável a longo prazo - naquele mercado.

Quando o pêndulo se desloca em direção a uma menor intervenção, o processo de desregulação vai se expandindo até o ponto em que as falhas de mercado se tornam tão estruturais que o mercado não se sustenta. Já nos momentos em que o pêndulo se move rumo a uma maior atuação estatal, a ingerência excessiva do poder público na iniciativa privada não apenas compromete o mercado como também conduz a um aumento exagerado de gastos públicos, levando a um desmantelamento do próprio governo.

Assim, o principal catalisador da movimentação desse ciclo em direção a uma maior ou menor atuação do Estado na economia é justamente a eclosão de uma crise econômica profunda, que traga à tona a necessidade de reformas estruturais no sistema, seja para ampliar seja para reduzir a participação do Estado no domínio econômico - a depender dos motivos e do contexto em que cada recessão se insere.

Analisamos, ainda, como se dá a interação entre Economia e Direito à luz da teoria dos sistemas, entendendo que ambos formam sistemas autônomos, porém interligados a partir de acoplamentos estruturais que permitem que estímulos oriundos de um, inicialmente percebidos como ruídos ou perturbações pelo outro, possam ser internalizados a partir do código-diferença próprio de cada sistema.

As ações levadas a cabo pelo governo para enfrentar situações de crise econômica representariam um desses acoplamentos estruturais, uma vez que seriam formuladas pela economia e balizadas pelo direito - e, ainda, chanceladas pela política através do processo eleitoral democrático. Dessa forma, não caberia ao direito determinar qual medida deve ou

não ser implementada para combater a recessão econômica, mas tão somente estabelecer os limites e os contornos dentro dos quais as medidas selecionadas pela economia e chanceladas pela política podem ser efetivadas dentro da ordem constitucional, conjugando-se necessidades fáticas e financeiras com os comandos trazidos pela tutela dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico em geral.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho não é trazer uma receita de medidas que devem ser adotadas em cada contexto de crise econômica; mas, sim, analisar esses limites de ordem jurídica à implantação de ações governamentais de enfrentamento de crises econômicas, tanto aquelas que aumentam a participação do Estado na economia (medidas expansionistas ou contracíclicas) quanto as que diminuem o papel do poder público no domínio econômico (medidas de austeridade).

2. **CRISE ECONÔMICA E LIVRE-INICIATIVA**

2.1. Considerações iniciais

Quando países enfrentam períodos de crise econômica, seus governos adotam uma série de medidas com vistas a combatê-la. Essas ações aumentam o grau de intervenção do Estado no domínio econômico, contrariando a máxima liberal de que o mercado se autorregularia a partir de uma “mão invisível”, formada pelas regras típicas do livre mercado, sobretudo a “lei da oferta e da demanda”.

Uma possível - e relevante - consequência que pode advir desse aumento da participação do Estado na economia é um estrangulamento da livre-iniciativa, principalmente na vertente da liberdade de empreender, uma vez que as ações estatais podem gerar distorções tão grandes no mercado que a entrada e/ou a subsistência de atores privados podem restar comprometidas.

Do ponto de vista do Direito, a relevância da proteção à livre-iniciativa encontra-se no fato de esta ser considerada, ao menos por parte relevante da doutrina, como um direito fundamental. Nesse sentido, o grau de restrição que as políticas governamentais importam à livre-iniciativa representa um parâmetro relevante para o controle jurídico das ações anticrise econômica, tendo em vista que medidas que violem o núcleo essencial de direitos fundamentais devem ser consideradas inconstitucionais.

Iniciaremos este capítulo com uma breve explanação sobre a natureza dos direitos fundamentais; em seguida, analisaremos se a livre-iniciativa pode ser realmente considerada um direito fundamental - e, caso afirmativo, em que medida. Visto isso, estudaremos possíveis restrições que medidas anticrise podem representar à livre-iniciativa e, ainda, quais os limites que essas ações podem adotar para que não comprometam o seu núcleo duro. Após esse itinerário, chegaremos às nossas conclusões parciais.

2.2. Existência e abrangência dos direitos fundamentais

O conceito de direitos humanos, tal como conhecemos hoje, surge no mundo ocidental no contexto do pós II Guerra Mundial, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas (organismo internacional criado após a Segunda Grande Guerra em substituição à fracassada Liga das Nações) em 10 de dezembro de 1948.

Antes dela, é inegável a existência de embriões do conceito atualmente difundido, tal como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (em francês: *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), aprovada no período da Revolução Francesa – mais precisamente em 1789 e reeditada em 1793. Contudo, foi apenas com a Declaração de 1948 que o estudo dos direitos humanos ganhou a proporção – ao menos no mundo ocidental – que se vê nos dias atuais.

Para nós, um direito pode ser considerado como fundamental quando está ligado ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana - conceito que, por vezes, torna-se demasiadamente fluido, impondo-se a investigação de *standards* dentro dos quais possa se mostrar mais palpável.

Como este propósito, Luís Roberto Barroso ensina que “*dignidade humana e direitos humanos são duas faces de uma só moeda, ou, na imagem corrente, as duas faces de Jano: uma, voltada para filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra, voltada para o Direito, traduz posições jurídicas titularizadas pelos indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e pela atuação judicial. Em suma: a moral sob a forma de Direito*”.²⁸

No mesmo trabalho, Barroso propõe a decomposição da dignidade da pessoa humana nos seguintes aspectos: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. Nos próximos parágrafos, passaremos a analisar cada um desses elementos da dignidade humana:

Primeiramente, o *valor intrínseco da pessoa humana* está profundamente ligado às raízes do pensamento kantiano, segundo o qual “as coisas têm preço; os seres humanos têm dignidade”, isto é, toda pessoa é dotada de valor intrínseco, que lhe assegura direito a uma existência digna²⁹.

Já a *autonomia da vontade* subdividir-se-ia em: a) autodeterminação, isto é, “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente sua personalidade”; b) autonomia privada (ou liberdade dos modernos), ligada aos direitos individuais, e autonomia pública (ou liberdade dos antigos), relacionada aos direitos políticos; e c) mínimo existencial, ou seja, direito a determinadas prestações e utilidades elementares, necessárias para que toda pessoa seja verdadeiramente livre, igual e capaz de exercer sua cidadania; “constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 21.

²⁹ Para maiores considerações sobre o ponto, vide notas de rodapé da Apresentação desta Parte II.

conteúdo corresponde às precondições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia pública e privada”.

Por sua vez, o *valor comunitário* “traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*”, assim como às responsabilidades e aos deveres de cada um, funcionando como limite às escolhas individuais. Nesse ponto, a fim de minimizar o risco de paternalismo ou ditadura da maioria, Barroso defende que devem ser levados em consideração nos casos concretos “(a) a existência ou não de direito fundamental em jogo, (b) a existência de consenso social forte em relação à questão e (c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros”.

Dentro desse conceito, passaremos a analisar se a livre-iniciativa, do ponto de vista econômico³⁰, pode ser considerada um direito fundamental - ponto de grande relevância no estudo da constitucionalidade das medidas anticrise, notadamente as expansionistas, que, ao trazerem uma maior participação do Estado na economia, podem levar a sensíveis restrições à livre-iniciativa econômica ou em sentido estrito.

2.3. A livre-iniciativa econômica como direito fundamental

A livre-iniciativa *stricto sensu* pode ser definida, *grosso modo*, como o direito do indivíduo de empreender e de escolher livremente o ofício e/ou a atividade econômica que deseja exercer, decompondo-se em liberdade de profissão e de empreendimento.

Luís Roberto Barroso³¹ identifica que a livre-iniciativa seria formada pelos seguintes elementos: propriedade privada dos bens e meios de produção (arts. 5º, XXII e 170, II da CF); liberdade de empresa, caracterizada pelo livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único da CF); livre concorrência, que significa a liberdade de o empreendedor estabelecer seus preços (art. 170, IV, CF); e liberdade de contratar, pela qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

Adotando a classificação do autor, é possível afirmar que a livre-iniciativa é formada pela liberdade de empreendimento e pela liberdade de escolha da profissão, sendo o primeiro

³⁰ A livre-iniciativa pode ser enxergada sob uma concepção ampla, ligada à liberdade individual de cada sujeito desenvolver o seu próprio projeto de vida boa ou sob um conceito restrito ao seu aspecto econômico, ligado às liberdades de empreender e de escolha da profissão. Para o propósito do presente trabalho, restringir-nos-emos à livre-iniciativa *stricto sensu*.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14, junho/agosto de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> Acesso em 08 jun. 2015. p. 3-4.

aspecto subdividido em propriedade privada dos meios e bens de produção, liberdade de empresa, livre concorrência e liberdade de contratar.

A ideia de que a liberdade de empreendimento e profissão integra o projeto de vida de cada ser humano faz com que a livre-iniciativa *stricto sensu* esteja em sintonia com a autodeterminação e a autonomia privada inerentes à dignidade da pessoa humana. Escolhas profissionais e econômicas estão inseridas justamente dentro dessa liberdade assegurada a todos os indivíduos de definirem seus próprios destinos.

Assim, a livre-iniciativa em sentido estrito deve ser considerada como direito fundamental, uma vez que se relaciona com aspectos ligados à dignidade da pessoa humana (autodeterminação e autonomia privada). O direito de opção por uma profissão ou pelo desenvolvimento de determinada atividade é parte integrante do direito fundamental de escolha de projetos próprios de felicidade e *vida boa*³². Sem liberdade para empreender e escolher seu próprio caminho, inclusive no campo profissional, o indivíduo não poderá realizar plenamente sua proposta de vida.

Ademais, os artigos 22 e 23 da Declaração Universal de Direitos Humanos positivam a livre-iniciativa econômica como direito fundamental, nos seguintes moldes:

Artigo 22:

Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à

³² A expressão vida boa é comumente associada à obra de Ronald Dworkin (1931-2013), jurfilósofo norte-americano consagrado com a obra *Levando os Direitos a Sério* (*Taking Rights Seriously*, 1977) e coroado, enfim, com a obra-prima *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor* (*Justice for Hedgehogs*, 2011). O autor, ligado ao liberalismo igualitário, tem sua teoria de justiça baseada em dois pilares: todos os seres humanos merecem igual respeito e consideração (princípio da igual consideração) e todos devem ter o direito e ser responsáveis pelo que fazem com sua própria vida (princípio da responsabilidade). Nas palavras de Dworkin, “nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos. Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso” (DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2014. p. 4-5). Outro autor associado ao pensamento liberal igualitário é John Rawls (1921- 2002), cuja obra *Uma Teoria de Justiça* (*A Theory of Justice*, publicada originalmente em 1971) é um dos principais trabalhos do pensamento do século XX. Rawls fundamenta sua teoria de justiça na ideia de que uma sociedade justa é formada por um conjunto básico de direitos formado por meio de um *consenso sobreposto* entre os cidadãos numa situação hipotética de *véu da ignorância*, em que cada indivíduo não saberá qual a sua posição original nesta comunidade. Sobre estes alicerces, Rawls constrói dois princípios básicos de justiça: a igualdade e a diferença. De acordo com o princípio da igualdade, todas as pessoas devem ter acesso ao mesmo conjunto de direitos básicos, que assegurem igualdade inicial de competição pelas posições de maior prestígio. Já de acordo com o princípio da diferença, a iniquidades que surjam a partir deste cenário inicial de igualdade de condições e que resultem do esforço e/ou do talento individual de cada um devem ser admitidas. Os argumentos passíveis de utilização em um cenário hipotético de consenso sobreposto formam aquilo que Rawls denomina *razão pública*, caracteriza pelo conjunto de ideias racionais que podem ser deduzidas em debates públicos de ideias, inclusive aquelas sobre o projeto político e econômico de intervenção do Estado na economia.

cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país.

Artigo 23:

2.3.1.1. **Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho,** a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2.3.1.2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

2.3.1.3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

2.3.1.4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. (grifamos)

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que reconhece expressamente a liberdade de associação em âmbito econômico. Vejamos:

ARTIGO 16

Liberdade de Associação

1. **Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos,** trabalhistas, sociais, culturais, desportivos, ou de qualquer outra natureza.

Ao mencionar expressamente que toda pessoa tem direito de exigir a satisfação de direitos econômicos, ao trabalho e à livre escolha do trabalho, a Declaração Universal de Direitos Humanos positiva a livre-iniciativa, enquanto liberdade do indivíduo de empreender e escolher seu ofício, como direito fundamental³³.

Dessa forma, ao considerarmos a livre-iniciativa econômica um direito fundamental, devemos reconhecer que, em contextos de crise econômica, eventuais medidas anticrise precisarão levar em conta os limites impostos por este preceito³⁴.

³³ Na doutrina pátria, Celso Ribeiro Bastos também defende expressamente a ideia de que a livre-iniciativa econômica deve ser considerada um direito fundamental, a saber: "[A livre-iniciativa] é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daqueles devia estar incluída. De fato, o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa". BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15.ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

³⁴ Tal conclusão, certamente, depende da premissa de que a liberdade econômica configura um direito básico – caso contrário, sua importância como limite a medidas de enfrentamento a crises econômicas acabaria reduzida. Aqui, porém, pelos motivos expostos neste capítulo, trabalharemos a livre-iniciativa como um direito

2.4.O núcleo essencial da livre-iniciativa

Vimos nas seções anteriores que a livre-iniciativa deve ser considerada um direito fundamental, tendo em vista que se relaciona intimamente com o direito de cada indivíduo colocar em prática o seu próprio projeto pessoal de *vida boa*. No caso brasileiro, o fato de a livre-iniciativa figurar como fundamento da República Federal do Brasil (Constituição de 1988, art. 1º, IV) faz com que o núcleo duro deste direito fundamental seja especialmente alargado.

Isso não significa, porém, que a liberdade de empreender não possa ser conformada por intervenções estatais no livre mercado. Essas restrições não ferem, aprioristicamente, o direito fundamental à livre-iniciativa³⁵, uma vez que visam a disciplinar o mercado e a promover outros valores considerados relevantes pela sociedade, como a segurança nacional e a promoção de direitos fundamentais.

Além disso, cabe observar, há de se levar em consideração que o alcance econômico da livre-iniciativa está intimamente atrelado ao projeto político em curso em cada sociedade naquele momento, situação notoriamente contingente, visto que variável de acordo com o local e o tempo. Assim, mostra-se razoável que, em momentos de crise, sejam admitidas medidas que imponham, com vistas à recuperação do país, restrições mais severas à livre-iniciativa do que aquelas usualmente vistas.

Essa contingência revela a importância de se considerar apenas o núcleo duro da livre-

fundamental; apto, portanto, a representar um balizador da atuação estatal em momentos de crise econômica.

³⁵ No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Jr.: "Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre-iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente, a afirmação da livre-iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre-iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma 'estabilidade' supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do '*laissez faire*', posto que a livre-iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre-iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normatizar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado" (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 7, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 16).

iniciativa como direito fundamental, a fim de que possa haver espaços – desejáveis – de conformação política entre projetos mais liberais ou mais estatizantes, aprovados em deliberações democráticas legítimas, amiúde influenciadas pelo contexto econômico vivenciado.

A existência de uma margem de deliberação acerca da livre-iniciativa econômica encontra-se, ainda, em consonância com o respeito aos valores comunitários defendido pela doutrina comunitarista e por Barroso³⁶ ao tratar do “valor comunitário” da dignidade da pessoa humana. Ademais, este conjunto de valores pode variar ao longo do tempo, sendo democraticamente legítimo que a ordem jurídica desta comunidade contenha espaços que permitam que essas mudanças no pensamento da sociedade possam ser refletidas na política econômica em vigor.

Por outro lado, ainda que seja salutar a existência deste espaço de conformação para a livre-iniciativa econômica, entendemos que a existência de um direito fundamental ao empreendimento impediria a retirada completa da liberdade de empreender em determinado ordenamento.

A existência de um direito fundamental à livre-iniciativa econômica impediria, aprioristicamente, a supressão completa do direito de empreender (isto é, a estatização absoluta de todos os setores da economia) e do direito à livre escolha da profissão (isto é, a proibição de que os indivíduos possam, eles mesmos, optar pelo ofício que seja mais compatível com seu projeto pessoal de felicidade). Já as restrições parciais à livre-iniciativa, como a criação de monopólios, serviços públicos e afins, precisa ser justificada no caso concreto, cabendo ao poder público demonstrar o interesse coletivo que recai sobre a atividade e explicitar os motivos que levaram à opção pela sua estatização - até para que sejam oferecidos parâmetros para o controle da decisão.

Nessa toada, o núcleo essencial do direito fundamental à livre-iniciativa econômica seria formado: (i) pela liberdade de empreender, ainda que limitada a determinados setores

³⁶ O comunitarismo surge posteriormente ao liberalismo igualitário, criticando-o com base nas ideias de que os indivíduos não existem autonomamente, mas são moldados por valores e pela cultura da comunidade onde vivem e, além disso, valores individuais podem ser permeados por responsabilidades sociais. Os comunitaristas, como Michael Walzer e Michael Sandel, criticam, pois, a ideia de que o homem inventa a si mesmo, na medida em que as pessoas não vivem no isolamento, mas, sim, em uma comunidade. Assim, sustentam que as liberdades individuais devem ser sopesadas com os valores comuns daquela determinada sociedade, que constituem um reflexo de sua identidade. Nesse ponto, observa-se que o pensamento comunitarista se aproxima o valor comunitário elencado por Luís Roberto Barroso como parte integrante da dignidade da pessoa humana. Já em relação à ponderação de direitos individuais com responsabilidades sociais, os comunitaristas acreditam que é dever do Estado se comprometer com ações que visem a promover o bem comum e a vida boa, não sendo suficiente que o poder público seja mero “garantidor neutro”. Walzer, em particular, traz uma teoria de justiça na qual os bens disponíveis devem ser distribuídos de acordo com três critérios: livre intercâmbio, mérito e necessidade.

não estratégicos; e (ii) pela livre escolha da profissão, muito embora o exercício de determinado ofício possa ser condicionado ao preenchimento de determinados requisitos objetivos necessários à segurança do próprio indivíduo e daqueles que fruirão de seus serviços (por exemplo, a exigência de registro no Conselho Regional de Medicina para exercício da profissão de médico).

Em relação à definição de setores estratégicos, não obstante esta escolha possa comportar liberdade de conformação por anseios políticos eventuais e contingentes (como, por exemplo, a superação de uma crise econômica severa), cumpre destacar que a demarcação de domínios exclusivos deve ser sempre justificada, a fim de que não haja restrições que tendam a suprimir por completo a liberdade de empreender.

2.5. Interações estatais com a livre-iniciativa

Em que pese o caráter fundamental da livre-iniciativa, deve-se ter em mente que a livre-iniciativa econômica não pode ser considerada um direito fundamental absoluto - como, aliás, não é nenhum direito. Apenas o seu núcleo duro deve ser tomado como direito essencial, admitindo-se a criação de restrições, desde que não violadoras deste núcleo essencial, à liberdade de empreendimento e de profissão.

Mesmo em situações de normalidade econômica, a livre-iniciativa interage com a atuação estatal na economia, ora de modo a restringi-la, como nos casos de criação de monopólios e serviços públicos exclusivos; ora de modo a conformá-la, como nos casos de serviços públicos não exclusivos (também chamados de serviços sociais), empresas estatais, regulação de mercado e controle de preços; e, ainda, ora com vistas a fomentá-la, como no caso de criação de programas de desonerações tributárias para determinados investimentos e/ou atividades (o que será visto com mais detalhes no Capítulo VI). Durante crises econômicas, essas interfaces podem se tornar ainda mais profundas, visto que nesses períodos tende a haver um aumento do grau de intervenção Estatal na economia.

Do ponto de vista da livre-iniciativa, apenas as medidas de combate a crises econômicas que violem seu núcleo essencial poderão ser consideradas antijurídicas. Tendo isso em mente, passaremos a analisar as hipóteses em que medidas anticrise desenvolvidas no bojo da atuação estatal do domínio econômico podem conflitar com o núcleo essencial da livre-iniciativa.

2.5.1. Monopólios

Monopólios são atividades econômicas estatais de titularidade exclusiva, subtraídas, portanto, da liberdade de empreendimento. Devido à amplitude da restrição que impõem à livre-iniciativa, doutrina amplamente majoritária entende que monopólios somente podem ser criados pela Constituição³⁷, salvo no caso dos monopólios naturais, que decorrem da impossibilidade fática ou da inviabilidade econômica de competição.

A criação dos monopólios, diversamente dos serviços públicos, ocorre não em decorrência de um interesse público ligado à promoção do bem-estar da coletividade, mas, sim, em função de um interesse público relacionado a razões fiscais (a exemplo do jogo), estratégicas (comumente ligadas à soberania e/ou à segurança nacional, a exemplo dos minerais nucleares e, em certa medida, do petróleo) ou econômicas (a exemplo do petróleo – ainda que também existam motivos de caráter estratégico para o “ouro negro” ser considerado monopólio - e dos recursos minerais não nucleares).

Por outro lado, os monopólios se aproximam dos serviços públicos (embora com eles não se confundam, como visto acima) na medida em que a exploração da atividade econômica monopolizada pelo Estado também pode ser delegada à iniciativa privada mediante concessão ou autorização (se assim dispuser a Constituição do país), como estabelecem, no direito brasileiro, os arts. 176 e 177 da Constituição de 1988. A concessão é um instrumento dotado de maior estabilidade, dado seu caráter contratual, ao passo que a autorização possui caráter precário.

Os monopólios, muito embora envolvam atividades econômicas em sentido estrito, a princípio, não se sujeitam à livre-iniciativa, visto que são de titularidade estatal; todavia, podem ser objeto de delegação (por meio de concessão ou autorização) à iniciativa privada, hipótese em que o empreendedor ficará sujeito às normas estabelecidas pelo ente público titular do monopólio.

³⁷ Discorda-se, aqui, da ideia defendida por José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto de que haveria uma livre-iniciativa também reservada ao Estado. Isso porque a Constituição Federal coloca como fundamento da República e da ordem econômica brasileira a livre-iniciativa, estabelecendo textualmente que, salvo nas hipóteses previstas no próprio texto fundamental, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida nos casos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Mais informações sobre o tema podem ser obtidas em: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006. Como defensores da reserva constitucional à criação de monopólios pode-se citar Luís Roberto Barroso (In: BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14. Junho/agosto de 2002. p. 4) e Alexandre Santos de Aragão (In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 378).

Devido à severidade da restrição que os monopólios representam para a livre-iniciativa, sua criação, na ordem pátria, somente pode se dar por Emenda à Constituição³⁸. Isso porque a atribuição de titularidade estatal exclusiva a determinada atividade econômica é intervenção excessivamente restritiva à livre-iniciativa; e, sendo esta um dos fundamentos da República, a restrição somente poderia se dar por meio de manifestação do poder constituinte derivado.

Já em outros ordenamentos, nos quais a livre-iniciativa não assuma papel tão destacado, seria possível cogitar da criação de monopólios por leis aprovadas por maiorias eventuais, desde que, como já dito, a medida não implicasse violação a seu núcleo duro. Contudo, no cenário constitucional brasileiro, o papel central assumido pela liberdade de empreender, considerada fundamento da República, impede tal interpretação.

A crise, por sua vez, pode levar, de um lado, à criação ou, de outro, à relativização ou à extinção de monopólios - medidas que, como visto acima, somente poderão ser efetivadas por Emenda à Constituição -, a depender da adoção de uma política expansionista ou contracionista por parte do Estado.

No âmbito das políticas expansionistas, podem ser estabelecidos novos monopólios, seja como forma de garantir a segurança nacional, situação mais comum em crises institucionais do que econômicas, seja como mecanismo adotado por governos mais intervencionistas (comumente ligados à esquerda política) para estimular a geração de empregos através do aumento da atividade estatal.

A criação de monopólios impõe uma restrição muito severa à livre-iniciativa, tendo em vista que retira a atividade da seara da liberdade de empresa, passando-se a admitir sua exploração privada apenas no caso de monopólios relativizados, cuja exploração pode ser delegada à iniciativa privada.

Já no âmbito das políticas contracionistas, pode haver a relativização ou a extinção de monopólios, medida mais ligada a governos politicamente mais liberais, como forma de reduzir o tamanho do Estado e possibilitar um maior investimento privado em setores estratégicos, cenário mais comum em períodos de déficit público, em que se mostra necessária a diminuição da despesa do Estado.

No Brasil, por exemplo, o monopólio do exercício da exploração do petróleo foi

³⁸ No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013; BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Contra: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro.: Lumen Juris., 2006.

relativizado em 1995, por meio da Emenda Constitucional nº 9/1995, que alterou o art. 177, § 1º da Constituição, permitindo-se a exploração da atividade por particulares mediante concessão ou autorização. A medida fez parte da reforma do Estado brasileiro levada a cabo durante a década de 1990 pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, que promoveu a desestatização de uma série de atividades (tais como telefonia, energia elétrica, exploração de minérios, dentre outras) com vistas à retomada do crescimento do país após a chamada “década perdida” nos anos 1980, marcados por estagnação e inflação.

A relativização e a extinção de monopólios, por sua vez, ampliam a livre-iniciativa, uma vez que permitem que atividades até então exclusivas do Estado possam ser exploradas por particulares - muito embora, no primeiro caso, essa atividade privada dependa de alguma delegação estatal, ao passo que, na segunda hipótese, a exploração privada passa a ser livre.

2.5.2. Serviços Públicos

Em relação aos serviços públicos, em que pese a celeuma doutrinária existente³⁹, adotaremos, para os fins do presente trabalho, a concepção restrita, que parece ser a majoritária, segundo o qual são consideradas “serviços públicos as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”⁴⁰.

A ligação direta entre serviços públicos e efetivação de direitos fundamentais faz com que estes sempre possam ser prestados diretamente pelo Estado, mas podem ter titularidade estatal exclusiva ou não. No caso de serviços públicos exclusivos, a prestação por particulares somente pode ser feita por meio de concessão ou de permissão, ambas regidas pela Lei nº 8.987/1995, ou por meio de parcerias público-privadas em sentido estrito (concessão

³⁹ Alexandre Santos de Aragão identifica quatro possíveis concepções de serviços públicos: (i) amplíssima, que considera serviços públicos todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado; (ii) ampla, que identifica como serviços públicos as atividades prestacionais em geral do Estado, que proporcionam comodidades e utilidades aos indivíduos, independentemente de possibilidade de individualização e de a sua titularidade ser ou não Estatal; (iii) restrita, que tem por serviço público as atividades prestacionais divisíveis (gratuitas ou remuneradas), excluindo, pois, os serviços *uti universi*; e (iv) restritíssima, que somente entende como serviços públicos as atividades remuneradas por tarifa e de titularidade Estatal exclusiva, excluindo, além, dos serviços *uti universi*, os serviços sociais (ex: saúde, educação), visto que não são titularizados pelo Estado e, quando prestados pelo poder público, são essencialmente gratuitos. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 361-364).

⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 367-368.

patrocinada ou administrativa), disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004⁴¹. Já os serviços públicos não exclusivos - como educação, saúde, previdência e assistência social - podem ser prestados por particulares sem necessidade de delegação estatal, mas, dado o interesse público que recai sobre a atividade, ela fica sujeita a forte regulação estatal.

2.5.3. Serviços Públicos Exclusivos

Em todos os casos de delegação de serviços públicos exclusivos há restrições à livre-iniciativa, na medida em que tais atividades são sujeitas à titularidade estatal, motivo pelo qual a sua exploração não será livre para quaisquer interessados. O particular que deseje prestar um serviço público precisará se tornar vencedor em processo licitatório cujo objeto seja a delegação de serviço público, ficando sujeito a todas as normas estabelecidas no contrato de concessão/permissão. No entanto, entende-se que tais restrições à liberdade de empresa são admissíveis na medida em que visam a promover direitos fundamentais, cuja efetivação frequentemente se dá por meio da prestação de serviços públicos⁴².

Em épocas de crise econômica, sobretudo aquelas mais prolongadas, a queda da arrecadação Estatal costuma trazer consigo a necessidade de redução de gastos públicos, o que traz a reboque medidas de caráter austero. Nesse contexto, o governo pode optar por políticas de delegação de serviços públicos, na medida em que o Estado pode não dispor de recursos próprios para suportar os investimentos necessários à prestação de serviços de qualidade.

Exemplo dessa prática é o pacote de concessões lançado pela Presidente Dilma Rousseff em 09 de junho de 2015, intitulado Plano de Investimentos em Logística - PIL (o segundo de seu governo, o primeiro em 2012), no valor estimado de 198 bilhões de reais, que prevê investimentos na área de aeroportos, ferrovias e outros campos do setor de infraestrutura⁴³.

Ainda mais recentemente, em 25 novembro de 2015, a União Federal promoveu leilão com vistas à concessão da exploração de 29 usinas hidrelétricas, autorizada pela Medida Provisória nº 688/2015 - após uma tentativa frustrada dias antes de delegação de linhas de transmissão de energia. As usinas já eram exploradas por particulares, mas estes não tiveram

⁴¹ Ressalvada a discussão quanto ao cabimento de autorização de serviços públicos, que não parece fazer parte do objeto do presente trabalho.

⁴² Para maiores considerações sobre os serviços públicos, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013.

⁴³ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-anuncia-2o-pacote-de-concessoes-com-ajuste-pro-mercado>>. Acesso em 05 maio 2015.

interesse na prorrogação dos contratos de concessão em vigor, uma vez que a União impusera como condição à renovação da delegação a redução das tarifas de energia. Com as novas concessões, o ente federal arrecadará 17 bilhões de reais em outorgas, que devem ingressar de fato nos cofres públicos em 2016⁴⁴.

2.5.4. Serviços Públicos não Exclusivos

Serviços públicos não exclusivos (na concepção restritíssima, chamados de sociais) podem ser definidos aqueles que, tal qual os serviços públicos, voltam-se para a concretização de direitos fundamentais; no entanto, não possuem titularidade estatal, mas que, quando prestados pelo Estado, assumem caráter gratuito, a exemplo da educação, da saúde e da assistência social⁴⁵.

Tais serviços ficam sujeitos, a princípio, à livre-iniciativa (uma vez que qualquer particular interessado poderá exercê-la independente de uma delegação Estatal), porém, esta liberdade é conformada por uma intensa disciplina Estatal sobre a atividade, dada a finalidade precipuamente pública a que se destinam as atividades⁴⁶. Por exemplo, escolas privadas não podem escolher livremente o conteúdo que será lecionado em sala de aula, não podem criar restrições ao acesso incompatíveis com o ordenamento jurídico nem fixar de maneira autônoma o valor de suas mensalidades, uma vez que ficam sujeitas à Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9.494/96 e às demais diretivas exaradas pelo Ministério da Educação. De igual maneira, planos de saúde privados não podem escolher livremente quais procedimentos que cobrirão nem em que termos o farão ou tampouco podem estabelecer autonomamente o valor de suas mensalidades, visto que se submetem à Lei dos Planos de Saúde – Lei nº 9.656/98 e às demais normas editadas pela Agência Nacional de Saúde.

A intensa regulação estatal sobre os serviços públicos não exclusivos traz consequências à livre-iniciativa, sobretudo no que tange à liberdade de empresa (o conteúdo da atividade empresarial em si fica restrito), à livre concorrência (há regras prefixadas e

⁴⁴ Disponível em: <<http://m.oglobo.globo.com/economia/petroleo-e-energia/governo-arrecada-17-bi-em-leilao-chineses-levam-usinas-mais-valiosas-18135243>>. Acesso em 05 maio 2015.

⁴⁵ Parte da doutrina, como Alexandre Santos de Aragão, entende que os serviços sociais seriam, na verdade, serviços públicos não exclusivos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 367-368. Já Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os serviços sociais serão serviços públicos apenas quando prestados pelo Estado (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público e sua feição constitucional no Brasil*. In: *Direito do Estado: novos rumos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001. T. 2 (Direito Administrativo), p. 30 APUD ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 371).

⁴⁶ Note-se que a regulação estatal intensa não é exclusividade dos serviços públicos não exclusivos. Há atividades econômicas que também se submetem a forte intervenção estatal, a exemplo da atividade bancária e financeira.

balizas quanto aos valores que poderão ser cobrados pelos serviços oferecidos) e à liberdade de contratar (nem sempre o empreendedor poderá recusar um usuário de seus serviços). Essa restrição é, em tese, autorizada pelo constituinte, quando estabelece, dentre os princípios que regem a ordem econômica brasileira, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a busca pela redução das desigualdades sociais.

Em situações de crise econômica, em função de restrições orçamentárias severas, o Estado pode, ao adotar ações contracionistas, reduzir investimentos em serviços públicos não exclusivos. Essa medida aumenta o espaço reservado à iniciativa privada na exploração dessas atividades (ampliando, pois, a livre-iniciativa), mas, por outro lado, onera particularmente os usuários mais carentes, que dependem das prestações estatais gratuitas de serviços sociais.

A experiência brasileira também oferece acontecimentos recentes em matéria de desinvestimento público em serviços sociais, a exemplo do corte de 7 bilhões de reais anunciado pela União Federal, em janeiro de 2015, para a educação, afetando programas como o Financiamento Estudantil - FIES, o Ciência sem Fronteiras e o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego - PRONATEC⁴⁷. Os cortes nas verbas destinadas à educação geraram greves nas Universidades Federais, inclusive na UFRJ e na UFF.

2.5.5. Empresas Estatais

Empresas estatais são pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública Indireta, podendo assumir duas espécies: as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As primeiras se caracterizam pelo fato de que a totalidade das ações em que se divide o capital social é de propriedade pública, ao passo que, nas segundas, a maioria das ações com direito a voto encontra-se sob propriedade do poder público, na forma do Decreto-Lei nº 200/1967⁴⁸.

No direito brasileiro, somente se admite a criação de estatais no caso de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, consoante art. 173 da Constituição da República de 1988. Este limitador advém, justamente, do caráter fundamental atribuído à livre-iniciativa (principalmente no seu aspecto ligado à liberdade de empresa), considerada fundamento da República Federativa do Brasil pelo art. 3º da CR. Por outro lado, uma vez autorizada por lei a criação da Estatal, ela deverá atuar em concorrência leal com o mercado,

⁴⁷ Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/203276-prioridade-do-novo-mandato-educacao-sofre-corte-de-r-7-bi.shtml>>. Acesso em 05 maio 2015.

⁴⁸ Há doutrina que critica a definição legal de Estatal veiculada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, como veremos em momento oportuno.

sendo constitucionalmente vedada, também em prol da livre-iniciativa, a atribuição de tratamento diferenciado para as estatais⁴⁹.

Em momentos de políticas expansionistas, inclusive como resposta a crises econômicas, é comum a criação de Estatais ou o aumento das atividades nas estatais já existentes, situações em que o poder público se vale de seu maior poder de investimento para aquecer a economia e promover a geração de empregos e a circulação de riquezas.

Já em períodos de austeridade, o Estado pode privatizar estatais com vistas a diminuir o tamanho do Estado e o déficit público. A privatização de estatais foi medida amplamente adotada pelos países da Europa mediterrânea mais afetados pela crise de 2008, como Portugal, Espanha e Grécia, inclusive como condição ao recebimento de pacotes de auxílio internacional impostos pela União Europeia, pelo Banco Europeu e pelo FMI (a —*troika*”).

A criação e a expansão de estatais serão analisadas mais detidamente no capítulo IV, enquanto a privatização será vista no capítulo IX.

2.5.6. Regulação de mercados

A regulação de mercados é, aqui, entendida no sentido amplo de edição de normas cogentes ou indutivas que visem a disciplinar determinado mercado, restringindo a liberdade absoluta de iniciativa e disciplinando a concorrência⁵⁰. A conformação de mercados pode envolver a imposição de regras (regulação por comando e controle ou *hard law*) ou de parâmetros (regulação por princípios⁵¹) a serem observados pelos agentes econômicos, assim

⁴⁹ Como visto acima, discordamos do entendimento esposado por José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto de que haveria um direito à livre-iniciativa do Estado.

⁵⁰ De acordo com Marçal Justen Filho, o termo regulação pode ser utilizado em três diferentes acepções: —Quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo) (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 447). No presente trabalho, adotamos – para fins didáticos – o conceito mais restrito de regulação, que abrangeria apenas o condicionamento normativo de atividades privadas, excluindo, portanto, a atuação direta e o fomento do conceito de regulação.

⁵¹ A regulação por princípios teve seu auge nas duas décadas que antecederam a crise de 2007-2010, período marcado por uma ampla flexibilização de regulações mais rígidas em todos os mercados. Sobre o tema, Baldwin (*et. at*) afirma que: “Na regulação por princípios, os princípios são utilizados para delinear os objetivos e os valores tutelados pela regulação, e os regulados são deixados livres para desenvolver seus próprios mecanismos para atender a tais princípios. Esta se provou uma estratégia regulatória popular nas últimas duas décadas, mas, após a crise de 2007-9, as reputações tanto da regulação por princípios quanto de sua irmã britânica, a regulação por riscos, entraram em declínio. A regulação por princípios foi criticada por permitir que agentes econômicos fujam de um controle rigoroso e por proteger inadequadamente consumidores e terceiros”. Tradução livre do original: “*In principles-based regulation (PBR), principles are used to outline regulatory objectives and values, and regulatees are left free to devise their own systems for serving such principles. This has proven to be a*

como normas indutivas que visam a estimular a adoção de comportamentos desejados pelos agentes de mercado sem, contudo, obrigá-los a adotar tais práticas (regulação indutiva ou *soft law*); ou pode, ainda, exigir a obtenção de uma autorização prévia pelo particular para o exercício de determinada atividade, tal qual ocorre nas atividades privadas regulamentadas (portos privados, por exemplo).

Nesse sentido, a regulação conforma a ampla liberdade de empreender, principalmente no que se refere à liberdade de empresa (o livre exercício da atividade empresarial fica restrito às exigências formuladas pelo regulador, mas, por outro lado, promove a livre concorrência (a regulação frequentemente gera normas de proteção à concorrência e aos consumidores). A conformação do mercado pelo Estado é, a princípio, autorizada pelos arts. 174 (que trata da função de fiscalização, incentivo e planejamento da economia por parte do Estado) e 170 (que veicula os princípios que regem a ordem econômica brasileira) da Constituição de 1988.

A regulação funciona como um importante mecanismo de combate a crises econômicas, notadamente aquelas derivadas de falhas regulatórias ou desregulação excessiva, situação bastante comum em crises cuja origem se dá no mercado financeiro. A Crise de 2007-2010 é um exemplo de recessão gerada por desregulação no mercado financeiro, tanto que, após a crise, os EUA editaram uma série de normas que visam a trazer maior regulação para o mercado financeiro, a exemplo do *Dodd-Frank Act*.

2.5.7. Controle de preços

O controle de preços pode se dar por meio do tabelamento ou do congelamento de valores. O tabelamento de preços ocorre quando o próprio governo fixa preços de produtos, em substituição à liberdade de mercado, regida pela premissa liberal da lei da oferta e da procura (quanto maior a procura por um bem, maior o seu preço; quanto maior a oferta, menor o preço). Já o congelamento se dá quando o governo limita os preços aos valores que já vinham sendo cobrados. Apesar dessa diferença conceitual, por razões de fluência textual, tomaremos ambos como sinônimos, já que seus efeitos jurídicos aqui discutidos são os mesmos.

Essa fixação de preços é prática relativamente comum em momentos de crises, não apenas as econômicas, como mecanismo de contenção de inflação e/ou combate a práticas

popular regulatory strategy over the past two decades but, following the credit crisis of 2007-9, the reputations of both principles- based regulation and its UK regulatory counterpart, risk-based regulation, have fallen. PBR has been criticized for allowing firms to escape from rigorous control and for providing inadequate protection to consumers and others". BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. p. 302.

abusivas em momentos particularmente sensíveis, como, por exemplo, a cobrança de valores exorbitantes por gêneros alimentícios e bens de primeira necessidade (água, medicamentos, etc.) após a ocorrência de catástrofes naturais ou durante guerras⁵². No caso brasileiro, foi adotado, *exempli gratia*, durante o Plano Cruzado, lançado pelo Presidente José Sarney em fevereiro de 1986 como estratégia de controle à inflação que assolava a economia nacional.

Apesar da frequência com que é utilizado, o controle de preços não costuma surtir os efeitos pretendidos – ao menos, não a longo prazo. Na mesma experiência do Plano Cruzado, o tabelamento levou a desabastecimento e fortalecimento do chamado “mercado negro”, isto é, produtos vendidos na informalidade a preços maiores do que os fixados na tabela. Além disso, outros fatores como o descontrole dos gastos públicos (risco inerente às políticas expansionistas) contribuíram para o insucesso do Plano, de modo que o tabelamento acabou abandonado cerca de um ano após a sua instituição, em janeiro de 1987⁵³.

Há, ainda, exemplos mais recentes de controle de preços pelo governo. Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de Lei nº 49/2015, que visa limitar a dez por cento do valor de capa os descontos em livros com vistas a evitar a concorrência predatória por grandes redes e preservar as livrarias locais⁵⁴. Aqui, não se trata propriamente de uma medida anticrise econômica, mas de uma medida de proteção do mercado local contra a invasão de grandes redes. Outro exemplo, este do direito comparado, é a limitação do valor dos aluguéis de imóveis em Berlim (Alemanha), onde o poder público local limitou o reajuste de contratos de locação a até 10% (dez por cento) da média da área do imóvel⁵⁵.

Na atual ordem constitucional brasileira, a possibilidade jurídica de adoção de medidas de congelamento de preços é controvertida. À luz do caráter fundamental da livre-iniciativa, Tércio Sampaio Ferraz Jr., Eros Grau e Diogo de Figueiredo Moreira Neto defendem a impossibilidade de tabelamento⁵⁶, sustentando que a livre fixação de preços pelo empresário

⁵² A título de exemplo, houve tabelamento de preços na Iugoslávia durante a Guerra de 1993, na Argentina na década de 1980, nos EUA, nos anos 1970. Para mais informações, vide: NIELSEN, Bent. On the Explosive Nature of Hyper-Inflation Data. In: *Economics*, Vol. 2, 2008-21, June 24, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1726816>. Acesso em: 08 jun. 2015.

⁵³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os dois congelamentos de preços do Brasil. In: *Revista de Política econômica*, volume 8, número 4, outubro-dezembro 1988. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/32-4.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

⁵⁴ Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/entretenimento/noticia/2015/06/apos-debate-no-senado-editores-e-livrarias-apoiam-lei-do-preco-fixado-do-livro-4792477.html?utm_source=Redes+Sociais&utm_medium=Hootsuite&utm_campaign=Hootsuite>. Acesso em 05 maio 2015.

⁵⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/berlim-a-primeira-cidade-alema-controlar-alugueis-16333820>>. Acesso em 05 maio 2015.

⁵⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de*

seria elemento essencial da livre concorrência, que, por sua vez, integra a livre-iniciativa. Além disso, Ferraz Junior salienta que o planejamento econômico feito pelo Estado não pode ser confundido com dirigismo, na medida em que a própria Constituição estabelece ser este planejamento meramente indicativo para o setor privado⁵⁷.

Já Luís Roberto Barroso entende pela sua viabilidade jurídica, desde que (i) configurada uma situação transitória de excepcional anormalidade; (ii) a restrição ao livre mercado não viole os ditames da razoabilidade; e (iii) a medida não importe venda do produto tabelado a preço inferior ao de custo, acrescido de retorno mínimo compatível com a rentabilidade inerente à iniciativa privada⁵⁸⁻⁵⁹.

A posição de Barroso permite que, em situações de absoluta anormalidade, o controle de preços possa ser utilizado como medida válida para evitar práticas

comerciais abusivas que possam pôr em risco a dignidade humana e o mínimo existencial de indivíduos em estado de necessidade. Exemplificativamente, poderia ser viável

Direito Público nº 91, 1989. p. 77. E, também, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 252.

⁵⁷ Quando o art. 174 da Constituição dispõe que o Estado exerça, dentre outras, a função de planejamento, esta expressão certamente não tem nada a ver com dirigismo econômico, mas sim com intervencionismo que, como vimos, é fenômeno que ocorre no desenvolvimento da economia capitalista. Esta função, que é, então, determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, diz respeito, assim, ao disposto no § 7.º do mencionado artigo, que determina que a lei estabeleça as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. Isto significa que a Constituição, ao falar em função de planejamento, não está instituindo qualquer forma de política econômica, global e racionalmente planejada, posto que os planos, compulsórios para o setor público, mas não para o privado, são meros instrumentos de política governamental e jamais a sua essência. Isto quer dizer, outrossim, que política econômica, como exercício de governo, não é um conceito jurídico-constitucional, mas de economia política. Quando, portanto, se estabelece, por lei, um programa de estabilização econômica, o que se está fazendo não pode ser planejamento (no sentido constitucional), mas apenas exercício de função fiscalizadora. (...)A questão foi discutida largamente no curso da exposição. Em poucas palavras deve-se reconhecer que a Constituição repudia o dirigismo econômico. Onde quer que se admitam a livre-iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção, não há lugar para tal dirigismo, entendido como uma direção geral da economia que funciona na base de um plano geral obrigatório para executantes e destinatários. (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. Cit.*).

⁵⁸ “Com efeito, pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, de forma que jamais se deve interpretar uma delas invadindo ou paralisando a eficácia de outra. Por assim ser, como já se teve ocasião de registrar, deve-se preservar um núcleo mínimo dos princípios constitucionais em ponderação, sob pena de violar-se a unidade da Carta. Nesse sentido, há razoável consenso em que, mesmo quando admitido o controle de preços, ele sofre três limitações insuperáveis: a) deverá observar o princípio da razoabilidade; b) como medida excepcional, pressupõe uma situação de anormalidade e deve ser limitado no tempo; e c) em nenhuma hipótese pode impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado”. BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14, junho/agosto de 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf> Acesso em 08 jun. 2015. p. 25.

⁵⁹ O mesmo entendimento chancelado por Barroso já foi adotado pelo Tribunal Constitucional Italiano, que entendeu inconstitucional controle de preços que penalizou o lucro empresarial. Logo, *a contrario sensu*, admitir-se-ia o congelamento que não acarretasse danos ao retorno econômico inerente à atividade empresarial. Vide referência que Barroso, *Op. Cit.*, faz na página 27 a Bruno Cavallo e Giampiero de Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*. Milão, 1983 p. 531 apud Fábio Konder Comparato.

o controle de preços de gêneros de primeira necessidade em momentos de tragédias climáticas, como grandes inundações e terremotos, ou outros eventos similares, como o rompimento de barragens, a fim de evitar a cobrança de preços exorbitantes em razão do aumento da procura por tais produtos.

Por outro lado, o controle de preços não seria juridicamente viável como medida de combate a crises econômicas, notadamente aquelas derivadas de hiperinflação, uma vez que, nesse caso, a restrição imposta à liberdade empresarial violaria o postulado da proporcionalidade, sobretudo em seu aspecto da adequação, já que a experiência pretérita demonstra que o controle de preços não se configura medida eficaz para lidar com espirais inflacionárias.

2.6. Conclusões parciais

Nas últimas páginas, discorreremos sobre a natureza fundamental da livre-iniciativa em sentido estrito, caracterizada pela liberdade de empreender e de escolha da profissão, na medida em que concretiza a dignidade da pessoa humana, sobretudo em relação à capacidade de autodeterminação que integra a autonomia privada.

No entanto, nesse aspecto econômico – de maior interesse para a definição dos limites jurídicos às medidas anticrise econômica –, a livre-iniciativa somente será um direito fundamental naquilo que se referir a seu núcleo essencial, sendo admissíveis tanto a reserva justificada de determinados setores estratégicos à titularidade estatal quanto a exigência de preenchimento de certos requisitos para o exercício de algumas profissões. Nesse sentido, analisamos uma série de situações em que a atuação do Estado na economia interage com a livre-iniciativa, ora para restringi-la (como, por exemplo, no caso de criação de monopólios e serviços públicos exclusivos), ora para conformá-la (como no caso de regulação de mercado e controle de preços) e ora até para ampliá-la (como no caso de desregulação e diminuição da oferta estatal de serviços públicos não exclusivos).

No âmbito dessas medidas, o fortalecimento de monopólios, serviços públicos e atividades privadas de especial interesse público afetam diretamente a liberdade de empresa, uma vez que impõem restrições ao livre exercício de atividades econômicas. No entanto, a própria Constituição Federal de 1988, ao tratar deste aspecto da livre-iniciativa no parágrafo único do art. 170 estabelece que a lei pode prever situações em que seja necessária autorização para o exercício de determinada atividade, o que demonstra de essa liberdade não é absoluta, podendo ser ponderada à luz de preceitos constitucionais, como a segurança

nacional e a promoção de direitos fundamentais.

Já a extinção ou a relativização de monopólios, serviços públicos e serviços sociais (levada a efeito em contextos de austeridade econômica) amplia o espaço reservado à livre-iniciativa, mas também fica sujeito a balizas constitucionais. Os monopólios somente podem ser criados ou extintos por emenda à Constituição, ao passo que a delegação de serviços públicos depende de procedimento licitatório prévio (art. 175 da CF/88), enquanto a diminuição do papel do Estado nos serviços sociais não pode fazer com que a população mais carente, que não pode pagar pelas utilidades disponibilizadas por operadores privados, seja alijada do acesso a esses serviços.

O controle de preços, por sua vez, repercute na livre concorrência, positivada pelo art. 170, IV da Constituição Brasileira, tendo em vista que estabelece limitações à fixação do preço do produto pelo próprio empreendedor. Consideramos possível o controle de preços em situações excepcionais em que o congelamento se faça necessário para evitar práticas abusivas que ponham em risco a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Ponderando-se estes valores com a livre concorrência, entende-se que esta última pode ser parcialmente comprimida para suportar controles de preços temporários em situações excepcionais, desde que o tabelamento assegure lucratividade mínima ao empreendedor. Entretanto, o controle de preços não seria viável como medida de combate a crises econômicas, visto que experiências pretéritas já demonstraram sua inépcia para tanto - ou seja, no âmbito da proporcionalidade, a medida não atende ao aspecto da adequação.

A regulação encontra fundamento de validade no art. 174 da Carta, segundo o qual *“como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”*. A regulação poderá influenciar, mais comumente, a liberdade de empresa e a livre concorrência ou, em determinados casos, na liberdade de contratar.

A influência na liberdade de empresa ocorre quando a regulação exigir o cumprimento de determinados requisitos para o exercício de uma atividade econômica ou para os produtos que são colocados no mercado (por exemplo, normas relativas à segurança), ao passo que a influência sobre a livre concorrência se dá quando a regulação limita e coíbe práticas abusivas, protegendo a concorrência e o consumidor. Já as limitações à liberdade de contratar ocorrem nos casos em que a regulação estabelece a obrigatoriedade de contratação, independente da vontade do agente econômico, tal qual ocorre nos contratos coativos de

interconexão de redes de telecomunicações⁶⁰.

Ainda que devamos reconhecer a existência de um espaço de conformação para a implantação de projetos políticos contingentes, o caráter fundamental da livre-iniciativa opera como importante limitador às ações que podem ser adotadas pelo poder público com vistas à retomada do crescimento econômico, uma vez que as ações do poder público necessariamente deverão observar o núcleo essencial da liberdade de empreender para que estejam em conformidade com a ordem constitucional.

Nesse sentido, medidas que tendam a abolir por completo a liberdade de empreender devem ser descartadas de pronto, ao passo que ações que imponham restrições à livre-iniciativa (como, por exemplo, a criação de um monopólio estatal em determinado setor da economia) devem ser justificadas, demonstrando-se as razões que levaram à sua adoção, a fim de que possam ser submetidas à análise das instâncias de controle existentes em uma sociedade democrática.

A legitimidade dessas restrições deverá ser aferida, portanto, caso a caso, reservando-se espaço tanto para os valores defendidos por cada comunidade quanto para a implementação de projetos políticos democraticamente eleitos, os quais podem ser ora mais interventivos ora mais liberais; porém, sem que se comprometa o núcleo duro da liberdade de empreender e a livre escolha da profissão, elementos que, ao fim e ao cabo, revelam-se importante componente do projeto pessoal de cada um de viver bem.

⁶⁰ A obrigatoriedade de interconexão está prevista nos arts. 73 e 146 a 150 da Lei Federal nº 9.472/96 – Lei Geral de Telecomunicações e na Resolução ANATEL nº 410/2005. Nesse caso em específico, não se aplica a discussão doutrinária relativa à existência e à abrangência do poder normativo das Agências Reguladoras. Em que pese o tema estar indiretamente ligado às limitações à livre-iniciativa trazidas, que, no caso, seriam veiculadas por instrumento diverso da lei *stricto sensu*, entendemos que a discussão não se encontra no escopo do presente trabalho, de modo que apenas faremos o breve registro de que, em nosso sentir, a superação da legalidade estrita e a sua substituição pela ideia de juridicidade servem de base para o reconhecimento das normas editadas por Agências Reguladoras.

3. **CRISE ECONÔMICA E DIREITOS SOCIAIS**

3.1. Considerações iniciais

Em momentos de crise, é comum a adoção das chamadas medidas de austeridade, que trazem regras mais rígidas quanto aos gastos públicos, muitas vezes impondo restrições a direitos sociais cuja promoção – embora de inegável relevância – importa despesas consideráveis para o poder público. É nessa situação que podem surgir conflitos entre direitos sociais até então assegurados pela ordem jurídica e ações que o governo pretende implementar no bojo de pacotes de arrocho.

O escopo do presente capítulo reside em verificar se, diante desse conflito, as medidas de austeridade que restrinjam direitos fundamentais, sobretudo os de cunho social, podem ser consideradas constitucionalmente válidas, sobretudo à luz da realidade fática e econômica em que são editadas. Para tanto, investigaremos se o contexto em que a medida é adotada influencia no controle de sua juridicidade ou se, ao revés, a promoção da dignidade humana não daria margem para argumentos de cunho pragmático e consequencialista, fazendo com que se chegue à conclusão de que tais pacotes seriam inconstitucionais.

O direito europeu, neste ponto, possui exemplos recentes (que serão trabalhados com maior detalhamento na Parte II) de medidas de austeridade de restrição a direitos sociais, tais como: (i) a Lei Orçamentária Portuguesa de 2011, que determinava, em 2011, a redução da remuneração de servidores públicos, aposentados e pensionistas entre 3,5% e 10% para aqueles que recebam a partir de 1.500 euros por mês e a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal (13º e 14º salários) para servidores públicos ativos e inativos cujos vencimentos ou proventos mensais fossem superiores a 600 euros; e (ii) a Lei Orçamentária Portuguesa de 2012, que estabelecia nova redução remuneratória de 14,3% e novamente suspendia o pagamento dos subsídios de férias e Natal.

No caso português, a leitura da justificativa que acompanhou o projeto de lei orçamentária para 2012 deixa clara a relação entre a medida adotada e a grave crise econômica enfrentada pelo país. O documento também deixa claro que a medida foi adotada após um juízo de ponderação entre (i) a necessidade de o país adimplir com os compromissos assumidos perante o FMI e o Banco Europeu e, por outro lado, o peso no orçamento público dos gastos com servidores (que chegam a 2/3 da despesa pública); (ii) outras possíveis alternativas que se mostraram mais gravosas (a redução dos vencimentos mensais dos

empregados do setor público, que teria um impacto mais severo sobre as famílias portuguesas); (iii) a remuneração média dos servidores públicos e dos empregados privados (constatando-se que o primeiro grupo auferia renda, em média, maior do que o segundo); e (iv) o apoio popular à chamada *Troika*, como ficou popularmente conhecido o conjunto de medidas do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF)⁶¹.

⁶¹ Vejamos especificamente o que dispõe o Relatório para a Lei do Orçamento Português de 2012 (grifos nossos): Tendo como base as perspectivas orçamentais para 2011 e o atual enquadramento macrofinanceiro, a proposta do Orçamento do Estado para 2012 **materializa um conjunto de medidas de consolidação orçamental com vista a garantir a sustentabilidade das contas públicas num contexto de grande exigência, o controlo da despesa em todas as áreas da Administração Pública**, a monitorização rigorosa dos riscos orçamentais e o cumprimento dos limites definidos no Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF).

As medidas propostas e sumariadas na tabela abaixo incidem em grande parte sobre a despesa pública (mais de 2/3) tendo inerentes cortes transversais a toda Administração Pública, incluindo institutos públicos, Administração Local e Regional e Setor Empresarial do Estado. O cumprimento da meta para o défice em 2012 torna também necessário proceder a um ajustamento pela via fiscal, tal como aliás já previsto no próprio programa.

O PAEF impõe um limite para o défice orçamental das Administrações Públicas, numa ótica de contabilidade nacional, de 7.645 milhões de euros em 2012 (equivalente a 4,5% do PIB), cujo **cumprimento é condição necessária para garantir os desembolsos associados ao Programa** e, portanto, para impedir a interrupção do financiamento da economia portuguesa.

(...)

Com efeito, **uma medida como a suspensão dos subsídios de férias e de Natal aos servidores do Estado é ditada pela urgente necessidade de corrigir os desequilíbrios orçamentais e o profundo agravamento das finanças públicas, e só se justifica por ser absolutamente necessária para assegurar as metas muito exigentes a que Portugal se vinculou e para preservar a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e garantir o financiamento da economia portuguesa. A adoção destas medidas foi ainda modulada pela preocupação de prevenir uma onerosidade social excessiva. Para os orçamentos familiares, alternativas de reduções remuneratórias que implicassem uma diminuição dos montantes que a cada mês fazem face às despesas dos agregados seriam certamente mais penalizadoras e de muito mais difícil gestão.** Por isso a suspensão dos subsídios de férias e de Natal é socialmente mais admissível e menos onerosa, não afastando a mais-valia que a estabilidade remuneratória mensal proporciona.

O facto de os portugueses nas últimas eleições legislativas terem manifestado um apoio inequívoco ao cumprimento dos objetivos assumidos no contexto do PAEF, através de uma votação global de 80% nos partidos subscritores do acordo com a UE e FMI, demonstra estarem conscientes da situação do País e da necessidade incontornável de fortes ajustamentos ao nível geral.

Não ignora o Governo que se trata de um peso que recai diretamente sobre as pessoas com uma relação de emprego público, não tendo uma natureza universal. Mas a verdade é que embora sendo múltiplas as medidas de contenção de despesa pública adotadas pelo Governo, ainda assim os desvios subsistem com uma magnitude que não podem senão ser corrigidos por uma medida transversal sobre uma rubrica tão relevante para a consolidação orçamental como é a da despesa com pessoal. **As alternativas, ou são social e economicamente piores ou simplesmente não são eficazes para garantir as necessidades.**

O esforço do lado da receita atingiu já os limites do sustentável, e é da imperiosa combinação com um acentuado esforço do lado da despesa nos seus segmentos de maior expressão, que será possível corrigir os desequilíbrios. Acresce que não é de facto igual a situação de quem tem uma relação de emprego público e os outros trabalhadores.

Nem no plano qualitativo dos direitos e garantias, que são superiores, nem no plano quantitativo das remunerações, subsistindo na sociedade portuguesa uma diferenciação média remuneratória, com alguma expressão, entre os setores públicos e o privado. Num contexto de emergência nacional com elevado nível de desemprego, a segurança no emprego constitui um valor inestimável que, na ponderação dos bens tutelados, se sobrepõe às expectativas de intocabilidade do quantum remuneratório, sobretudo atendendo a que **os trabalhadores do setor público beneficiam em média, quando comparado com trabalhadores com qualificações idênticas no setor privado, de retribuições superiores.**

A presente proposta de orçamento tem também a preocupação de ser transversal, abrangendo todos, mas garantindo simultaneamente a proteção dos mais vulneráveis. Numa situação de crise e emergência social

De todos os argumentos suscitados acima, certamente aquele mais difícil de ser refutado é justamente o de ordem prática: a imperiosidade de redução do déficit público. A situação das contas públicas chegou a níveis tão alarmantes que o Ministro da Economia, Vítor Gaspar, respondendo a questionamento de membro do Parlamento ao expor o pacote de medidas de arrocho que seria lançado nos idos de 2012, simplesmente afirmou: “*Não há dinheiro. Qual das três palavras é que não percebeu?*”⁶²⁻⁶³.

O breve relato assume contornos próximos ao de uma anedota, mas sintetiza de forma bastante contundente a gravidade da situação de nossa antiga metrópole. Diante dessa realidade, passaremos a investigar se, por um lado, deve-se considerar que a incidência dos princípios constitucionais levaria necessariamente à inconstitucionalidade da medida de austeridade; ou se, ao revés, deve o Direito se mostrar atento à realidade dos fatos e entender a medida constitucional, ante a alegação de sua inevitabilidade. Dito de outra forma: passaremos a analisar se seria, ou não, possível admitir uma maior compressão de direitos fundamentais, notadamente os sociais, diante de um contexto de crise econômica severa e imperiosidade de contenção de gastos públicos.

3.2. Argumentos contrários à compressão de direitos sociais em momentos de crise

Como já pudemos delinear na seção introdutória, a maioria dos argumentos contrários à possibilidade de compressão de direitos sociais em situações de crise possui natureza principiológica (igualdade, proporcionalidade, vedação ao retrocesso). Contudo, isso não significa que haja uma facultatividade em considerá-los, dada a reconhecida - ao menos no direito contemporâneo - normatividade dos princípios. Nas palavras de Humberto Ávila⁶⁴:

“O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. Como afirma Weinberger, a relação meio-fim leva à transferência da intencionalidade dos fins para os meios. Em outras palavras, a positivação dos princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por

não é possível excluir nenhuma corporação ou grupo social de dar o seu contributo para o ajustamento. Daí a necessidade de medidas abrangentes que têm efeitos sobre salários, pensões e outras prestações sociais bem como de aumento de impostos com maior incidência sobre os rendimentos mais elevados e sobre o património.

⁶² Disponível em: <<http://www.cmjornal.xl.pt/opiniao/detalhe/nao-ha-dinheiro.html>>. Acesso em 05 maio 2015.

⁶³ A fala, porém, não foi imune a críticas, como se pode ver em jornais. Disponível em: <<http://gazetadabeira.pt/m-guimaraes-da-rocha-ed-669/>>. Acesso em 05 maio 2015.

⁶⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 80.

regras de competência”. (grifos nossos)

Nesse sentido, não são os princípios meros valores cuja concretização estria sujeita a preferências pessoais do legislador infraconstitucional ou do administrador público. Antes, instituem a obrigatoriedade da adoção de medidas imperativas à concretização de um estado de coisas. Os princípios, assim, embora relacionados a valores, com eles não se confundem, em virtude da carga de obrigatoriedade que carregam.

A força normativa dos princípios foi inicialmente defendida no direito alemão por Konrad Hesse em seu famoso trabalho intitulado “A Força Normativa da Constituição”, no qual o autor combate a visão até então vigente de que a Constituição seria um documento político, e não jurídico, desprovido, portanto, de eficácia normativa. Sob este enfoque, a Constituição não seria uma “folha de papel”, ao contrário das ideias defendidas por Ferdinand Lassale em 1862⁶⁵. Hesse rompe com este paradigma, sustentando que os comandos constitucionais seriam vinculantes, dotados de poder de coerção e que, nesse tocante, a Constituição seria, sim, provida de força normativa.

Essas ideias chegam ao Brasil no final da década de 1980, sobretudo pelo trabalho de Luís Roberto Barroso, recebendo o nome de “doutrina brasileira da efetividade”, expressão ligada à atribuição de efetividade às normas constitucionais, sobretudo àquelas enunciadas por meio de princípios. Como ensina Barroso:

“Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até a metade do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade”⁶⁶. (grifos nossos)

Dessa forma, é possível afirmar que o fato de os argumentos contrários à admissibilidade de restrições a direitos sociais durante crises econômicas serem baseados precipuamente em princípios não afasta, de antemão, a sua força, uma vez que estes, no atual

⁶⁵ HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. 1983. p. 59-84.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 68-69.

estado de desenvolvimento do Direito, são dotados de força normativa e eficácia irradiante, espalhando-se em direção a todo o ordenamento. A força normativa permite a superação da chamada insinceridade normativa, marcada pela “*existência formal e inútil de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido*”⁶⁷.

Assentada esta premissa, passaremos a analisar, um a um, os princípios que serviriam de fundamento para o afastamento de medidas anticrise que restrinjam direitos sociais. Iniciaremos, nesse tocante, com o princípio da vedação ao retrocesso.

3.2.1. Princípio da Vedação ao Retrocesso

O debate acerca da proibição do retrocesso já se encontra bastante consolidado no direito europeu, entendendo tratar-se de manifestação do princípio da confiança, amplamente reconhecido no direito da Europa continental⁶⁸.

No Brasil, a discussão tem início na obra de José Afonso da Silva⁶⁹, em sua já clássica tripartição das normas constitucionais em comandos de eficácia plena, contida e limitada. As primeiras seriam autoaplicáveis, já imediatamente prontas para produzir efeitos no mundo jurídico; as segundas seriam inicialmente autoaplicáveis, porém passíveis de conformação pelo legislador infraconstitucional; já as terceiras seriam apenas programáticas, dependendo da ação do legislador para serem implementadas. Contudo, mesmo as normas ditas programáticas já produziriam um efeito imediato, que independeria de sua regulamentação: a vedação à edição de normas infraconstitucionais que contrariassem os ditames dos comandos de eficácia limitada, *i.e.*, a vedação ao retrocesso pelo legislador.

A proibição do retrocesso é, ademais, reconhecida como uma das quatro eficácias dos princípios enumeradas por Luís Roberto Barroso⁷⁰. Para o autor, os princípios possuem quatro eficácias: (i) jurídica positiva ou simétrica, que assegura o poder de *enforcement* da norma jurídica, seja ela veiculada por meio de uma regra ou de um princípio; (ii) interpretativa, segundo a qual as normais jurídicas devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais; (iii) negativa, que permite a invalidação de normas e atos contrários aos

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 89.

⁶⁸ RUFFERT, Mathias (org.). *Administrative Law in Europe: between common principles and national traditions*. Groningen: Europa Law Publishing. 2013. E, também: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 378 - 381.

princípios jurídicos; e (iv) vedativa do retrocesso, que torna inadmissível a revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a modificação seja seguida de política substitutiva ou análoga.

Há, ainda, autores de peso em defesa da existência do princípio da vedação do retrocesso, como Ana Paula de Barcellos⁷¹, Ingo Sarlet⁷² e Felipe Derbli⁷³. Nesse sentido, correto afirmar que a proteção contra o retrocesso encontra guarida na doutrina brasileira majoritária.

Sendo assim, a incidência do princípio da proibição do retrocesso tornaria impossível o reconhecimento de validade a medidas de combate que a crises econômicas que acarretassem compressões a direitos fundamentais, uma vez que conquistas sociais fariam parte do avanço civilizatório do Estado Democrático de Direito, não podendo ser abandonadas mesmo em contextos de crise econômica severa.

3.2.2. Princípio da Igualdade

O segundo argumento contrário a restrições de direitos sociais seria o princípio da igualdade, tanto na sua vertente formal quanto na material, uma vez que as normas anticrise frequentemente acabam por impor sacrifícios maiores apenas a grupos já anteriormente mais vulneráveis, como trabalhadores assalariados e aposentados (realidade que fica evidente já na análise das legislações europeias citadas na introdução).

A questão da violação à igualdade se mostra particularmente premente em Portugal, onde, em combate à crise financeira iniciada em 2008, foram editadas diversas medidas que afetaram severamente grupos vulneráveis (como os servidores públicos e os aposentados), mas, por outro lado, não foi revisto nenhum contrato firmado com fornecedores e grandes agentes privados no âmbito das parcerias público-privadas⁷⁴.

⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 86-88.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: *Revista da Ajuris*, Ano XXXI – n. 95, Setembro de 2004.

⁷³ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁷⁴ Vejamos os comentários de Jorge Bacelar Gouveia, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa, sobre o tema: “Tem-se dito que não se pode reduzir as despesas do Estado em relação às parcerias público-privadas porque as parcerias público-privadas são fixas, ou são reguladas por um contrato, e a vontade contratual é sagrada, não se podendo alterar os contratos. (...) Depois também se tem pensado em introduzir um corte geral de 20% na despesa pública com as PPPs. Mas logo se diz: ‘Ah, mas isso não é possível, porque mesmo que se fizesse isso não se resolveria o problema da despesa pública’, uma vez que a massa salarial – de facto, é verdade, do ponto de vista de despesa

Especificamente no direito brasileiro, pode-se mencionar, ainda, o art. 5º, XXXVI da Constituição da República de 1988, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Assim, não pareceria possível, na ordem constitucional pátria, a edição de medidas anticrise (ao menos aquelas veiculadas por meio de lei em sentido estrito) que violem direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos nem coisa julgada⁷⁵.

Não consideramos que os argumentos acima expostos sejam suficientes para afastar, de antemão, a possibilidade de formulação de medidas anticrise que produzam efeitos sobre direitos sociais, uma vez que se baseiam em ponderações de princípios que somente podem ser sopesados à luz do caso concreto, a depender do conteúdo da norma questionada. Entendemos que esses argumentos poderão apenas servir de base para um debate acerca da juridicidade de uma medida em específico, e não de qualquer ação governamental que imponha restrições a direitos sociais em momentos de grave recessão econômica.

Diante disso, passaremos a expor os argumentos favoráveis à aceitação de restrições a direitos sociais em momentos de crise.

3.3. Argumentos favoráveis a restrições de direitos sociais em momentos de crise

3.3.1. A Reserva do Possível, o Núcleo Essencial de Direitos Fundamentais e o Mínimo Existencial

A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, na decisão BVerfGE 33, de 18 de julho de 1972, na qual se entendeu pela constitucionalidade de normas de direito estadual que, em razão da limitação da oferta do número de vagas nos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, regulamentavam o processo seletivo dos candidatos. No caso, entendeu o Tribunal ser possível restringir o acesso às faculdades de medicina, uma vez que os direitos sociais “se encontram sob a reserva do possível, no sentido

do Estado – corresponde a 2/3 da despesa total. Mas mesmo que não resolvesse o problema, certamente essa regra o minoraria e, sobretudo, introduziria um tónus de justiça, de os cidadãos não ficarem a pensar que são os únicos culpados e que têm de suportar uma crise que deve ser repartida por todos, sejam trabalhadores ou não trabalhadores, sejam portugueses ou estrangeiros” (GOUVEIA, Jorge Bacelar. Da “Constituição da Crise” à “Crise da Constituição”. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013. p. 196-199).

⁷⁵ Para maiores considerações sobre o tema, vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Fórum. 2ª ed. 2014. Há, por exemplo, divergência na doutrina pátria quanto à possibilidade de emenda constitucional afetar direitos adquiridos.

de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”⁷⁶.

Se, na Alemanha, a reserva do possível está atrelada àquilo que é razoável se exigir da sociedade, no Brasil, ela ganhou contornos ligados à disponibilidade de recursos orçamentários por parte do Estado. É o que podemos observar no seguinte trecho de Ana Paula de Barcellos: “*a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas*”⁷⁷.

A autora divide, ainda, a reserva do possível em fática e jurídica⁷⁸, sendo a primeira ligada à efetiva existência de recursos públicos para realizar determinada ação e a segunda relacionada à previsão de recursos orçamentários para fazer frente àquela despesa. Eros Grau complementa o ponto afirmando que a reserva do possível fática existiria nos casos em que, assegurados os recursos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais, não houver disponibilidade de caixa para a despesa pretendida⁷⁹. Ingo Sarlet, por sua vez, entende que a reserva do possível teria dimensão tríplice, abarcando, além dos aspectos fático e jurídico, a razoabilidade e a proporcionalidade da prestação que se exige do poder público⁸⁰.

Nesse sentido, em momentos de crise, a efetiva disponibilidade de recursos públicos em caixa tende a se mostrar reduzida, ante a diminuição da atividade produtiva (e, conseqüentemente, da arrecadação tributária) no país. Assim, o argumento da reserva do possível fática torna-se um importante instrumento para a edição de medidas anticrise que possam restringir de alguma forma direitos sociais.

Todavia, essa compressão não poderá atingir o mínimo existencial, tendo em vista o

⁷⁶ FALSARELLA, Christiane. *Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado*. Disponível em: <http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em 04 maio 2015.

⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

⁷⁸ *Op. Cit.* p. 277-278

⁷⁹ GRAU, Eros. A emenda constitucional nº 30/00: pagamento de precatórios judiciais. *Revista de Direito Administrativo*, 229:98, 2002, apud BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 278.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 30.

⁸¹ Contudo, a ideia de reserva do possível fática não é imune a críticas, como se pode observar nas palavras de Ricardo Lobo Torres: “*possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática*” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009. p. 110).

consenso⁸² (com o qual estamos de pleno acordo) de que a reserva do possível não pode servir de argumento para a não realização do mínimo existencial – muito embora seja dura a tarefa de identificar o conteúdo deste “mínimo existencial”.

Para Ana Paula de Barcellos, por exemplo, o mínimo existencial é composto por educação fundamental (ensino fundamental, com prestações que assegurem condições de real aproveitamento para o aluno), saúde básica (que atenda às prioridades constitucionalmente estabelecidas para o setor, a saber, prestação de serviços de saneamento, atendimento materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica), assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça (jurídico, físico e da pretensão material)⁸³.

Do ponto de vista dos direitos sociais, entendemos que a educação intermediária (ensino médio) e técnica deve ser inserida no bojo do mínimo existencial. A medida é salutar para permitir que cada indivíduo possa realizar seu projeto pessoal de vida boa, pilar da teoria de justiça elaborada por Ronald Dworkin⁸⁴, tendo em vista que a instrução é requisito fundamental para a escolha da profissão, para o exercício de liberdade individuais (liberdade dos modernos) e para a participação no debate político (liberdade dos antigos).

Em segundo lugar, consideramos que a garantia dos direitos fundamentais de primeira geração (tais como a liberdade de expressão, de religião e de pensamento), ligados ao exercício das liberdades individuais deve, também, integrar o mínimo existencial, uma vez que, sem estas, não se mostra possível a realização de projetos pessoais de vida boa.

Dessa forma, ainda que se admita a restrição de direitos sociais em momentos de crise severa, essa compressão não poderá afetar o mínimo existencial – que, para nós, é composto de liberdades fundamentais e direitos sociais à educação básica, média e técnica, saúde básica e assistência aos desamparados –, sob pena de violação frontal à dignidade da pessoa humana, na sua vertente do valor intrínseco de cada ser humano⁸⁵.

⁸² Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos (*A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 287-288), Ingo Sarlet (*Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 36) e J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 481).

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333.

⁸⁴ Nas palavras do próprio autor, “nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos. Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso” (DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2014. p. 4-5).

⁸⁵ Luís Roberto Barroso propõe a decomposição da dignidade da pessoa humana nos seguintes aspectos: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário. o *valor intrínseco da pessoa humana* está profundamente ligado às raízes do pensamento kantiano, segundo o qual toda pessoa é merecedora de igual respeito e consideração. Para Kant, as coisas têm preço, os seres humanos possuem dignidade. Já a *autonomia*

3.3.2. As versões fracas do princípio da proteção à confiança legítima e da proteção ao direito adquirido

Seguindo adiante na argumentação favorável à maior plasticidade dos direitos sociais em momentos de crise, mesmo a proibição do retrocesso pode embasar as ideias ora defendidas, na medida em que, como já ensinou J.J. Gomes Canotilho, este princípio recai apenas sobre o núcleo essencial de direitos fundamentais, senão vejamos:

“O princípio da vedação do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais [no português brasileiro, estatais] que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial”⁸⁶.

Dessa forma, observa-se que medidas anticrise que não representem violação ao chamado núcleo duro de direitos fundamentais poderão ser adotadas sem que haja qualquer mácula à sua constitucionalidade. Assim como no mínimo existencial, a definição do núcleo essencial de direitos fundamentais comporta dificuldades práticas, dado o caráter etéreo do conceito. Assim, os limites desse núcleo duro deverão ser delineados à luz do caso concreto⁸⁷.

Ademais, a vedação ao retrocesso é, no direito europeu, princípio que deriva da proteção da confiança, a qual, por sua vez, pode ser enxergada sob uma formulação mais

da vontade subdividir-se-ia em: a) autodeterminação, isto é, “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e desenvolver livremente sua personalidade”; b) autonomia privada (ou liberdade dos modernos), ligada aos direitos individuais, e autonomia pública (ou liberdade dos antigos), relacionada aos direitos políticos; e c) mínimo existencial, ou seja, direito a determinadas prestações e utilidades elementares, necessárias para que toda pessoa seja verdadeiramente livre, igual e capaz de exercer sua cidadania; “constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às precondições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia pública e privada”. Por sua vez, o *valor comunitário* “traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*”, assim como às responsabilidades e aos deveres de cada um, funcionando como limite às escolhas individuais. Nesse ponto, a fim de minimizar o risco de paternalismo ou ditadura da maioria, Barroso defende que devem ser levados em consideração nos casos concretos “(a) a existência ou não de direito fundamental em jogo, (b) a existência de consenso social forte em relação à questão e (c) a existência de risco efetivo para direitos de terceiros”. (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010).

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 333.

⁸⁷ Para maiores considerações sobre o núcleo essencial de direitos fundamentais, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

fraca, de que a confiança legítima somente se justifica caso mantido o mesmo contexto fático em que a norma anterior fora editada; alterando-se este cenário, não poderia o destinatário da norma anterior esperar legitimamente sua manutenção.

A versão fraca do princípio da confiança pode ser perfeitamente aplicada a situações de crise. É o que ensina António Manuel Espanha: *“Num contexto de crise, o princípio da confiança favorece a manutenção do direito e das soluções jurídicas anteriores à crise, pois seria nessa base que as pessoas tinham definido os conteúdos e consequências das situações jurídicas em que estavam. Na formulação mais fraca, as expectativas têm por base a manutenção do contexto, mas já não a sua alteração anormal e imprevisível, pelo que, ocorrendo uma alteração extraordinária das circunstâncias, a alteração da solução jurídica não ofenderá essas expectativas. Tal alteração corresponderá até a uma das formulações do princípio (versão mutatis mutandis): uma alteração (grave e não previsível) das circunstâncias provoca uma alteração da solução”*⁸⁸. (grifos nossos)

A concretização dos princípios constitucionais não é absoluta, devendo se encontrar um arranjo possível entre as demandas existentes, os ditames de outros princípios e, ainda, a realidade da época. Nas palavras de Barroso, *“a efetividade da Constituição há de se assentar sobre alguns pressupostos indispensáveis. É preciso que haja, da parte do Constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar”*⁸⁹.

Em momentos de crise econômica severa, naturalmente a realidade se mostra bastante distinta do que em momentos de expansão econômica, com uma disponibilidade de recursos orçamentários muito mais limitada do que em períodos de normalidade. Esse estado de coisas acabará por influir nas possibilidades reais de implementação e expansão de políticas públicas, levando a um encolhimento do Estado Social. Com isso, revela-se a necessidade do desenvolvimento de uma teoria jurídica que comporte compressões razoáveis - desde que necessárias - a direitos sociais, *“já que o direito positivo estabelecido, que é pensado para a estabilidade do normal, seria insuficiente e inadequado para as situações extraordinárias”*⁹⁰.

Ademais, o “senso de realidade” pode ser, igualmente, identificado com a busca pela “sinceridade normativa” e com a reserva do possível fática, expressão ligada àquilo que, diante da limitação dos recursos públicos, se é efetivamente possível exigir do Estado na

⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. *Op Cit.* P. 93-94.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 71.

⁹⁰ HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013. p. 100.

concretização de direitos sociais.

Outro argumento invocado contra restrições a direitos fundamentais que tem sido objeto de relativização é o da proteção ao direito adquirido. No ponto, ensina António Manuel Hespanha⁹¹:

*“Ao lado dos direitos fundamentais (nas várias aceções que a expressão pode ter), os direitos adquiridos constituem um outro grupo de situações jurídicas tradicionalmente garantidas contra a mudança. Pelo menos, contra uma mudança ordinária. **O âmbito da categoria „direitos adquiridos” tem sido discutido.** Tradicionalmente, a existência de direitos adquiridos era relacionada com a natureza do facto jurídico que consolidara essa aquisição (contrato, caso julgado, quase contrato). **Hoje tende-se a optar por uma noção substancial de direitos adquiridos orientada pela avaliação da razoabilidade, intensidade e relevância das expectativas que eles tutelam;** fazendo equivaler os direitos adquiridos a situações normalmente consideradas como estáveis (fundatae intentiones), suscetíveis de fundar cálculos de vida e cuja frustração violaria o princípio da confiança.*

***Mesmo em circunstâncias normais, os direitos adquiridos não são protegidos em absoluto.** O instituto da expropriação permite superá-los, embora com limitações, ao passo que a retroatividade de leis só é proibida nos casos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, das leis criminais incriminadoras mais severas e das leis que criam impostos”.*

Por essa visão mais contemporânea da proteção aos direitos adquiridos, seria possível que, em momentos de considerável crise, haja uma relativização do amparo a direitos já adquiridos, desde que permeada por um cotejo entre razoabilidade da medida restritiva e a legitimidade (chamada pelo autor de “relevância”) da expectativa do beneficiário daquela situação jurídica de que ela será mantida.

No direito brasileiro em particular, a jurisprudência é assente quanto à inexistência de direito adquirido a regime jurídico de servidores públicos⁹², ainda que se reconheça a irredutibilidade de remuneração como garantia constitucional aplicável aos agentes públicos⁹³.

O ponto é bastante relevante para contextos de crise econômica, na medida em que, como visto, os gastos com pessoal representam parcela considerável das despesas públicas (em Portugal, por exemplo, atingem 2/3 dos gastos do governo). Assim, muito embora não seja possível a redução nominal dos vencimentos dos servidores (nem, tampouco, a redução

⁹¹ HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013. P. 72-73.

⁹² Por todos, cite-se STF. RE 227755 AgR / CE. Rel. Min. Dias Toffoli. 1ª Turma. DJ 02.10.2012.

⁹³ Vide STF. MS 31353 ED/DF. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª turma. DJ 07.04.2015.

do valor pago pela hora de trabalho⁹⁴, o ordenamento pátrio admite mudanças no regime jurídico de servidores públicos (critérios para o cálculo de aposentadorias e pensões, por exemplo⁹⁵), o que pode representar um importante espaço para medidas de combate à crise⁹⁶.

3.3.3. Pragmatismo jurídico e consequencialismo

As compressões a direitos sociais em contextos de crise econômica podem ser, finalmente, justificadas sob as luzes do pragmatismo jurídico, sob o argumento inexorável da necessidade fática: nas palavras do Ministro da Economia português, “não há dinheiro”. Como sintetiza Jorge Bacelar Gouveia, “*simplesmente, a crise existe e a Constituição não pode deixar de resolver esse problema. Então como é que esse problema pode ser resolvido*”⁹⁷.

É certo que a realidade fática é fruto de um contexto e de uma trajetória que se desenhou ao longo do tempo, de modo que a escassez de recursos presente amiúde tem origem em escolhas e decisões pretéritas em relação a investimentos e despesas de longo prazo. Por outro lado, não se pode ignorar que, independente da origem da falta de recursos presente, ela inviabiliza a continuidade de políticas públicas até então desenvolvidas, demandando seu redimensionamento.

As escolhas pretéritas que tenham contribuído para o quadro de insuficiência financeira devem ser objeto de análise – e eventual responsabilização – próprias, seja em sede do processo eleitoral democrático, com a rejeição nas urnas do governo da época, seja em sede de responsabilidade jurídica, se verificado que a situação econômica não é fruto apenas de uma conjuntura desfavorável, mas, sim, de inobservância de norma jurídica atinente à responsabilidade fiscal. Aqui, porém, pretendemos analisar em que medida a realidade posta pode servir de fundamento, à luz do pragmatismo jurídico⁹⁸, para a imposição de restrições a

⁹⁴ É possível transformar o regime de um servidor de jornada parcial em trabalho em tempo integral, já que não há direito adquirido a regime jurídico. Porém, a alteração deverá ser acompanhada do aumento proporcional da remuneração do servidor público, a fim de que não haja uma redução do seu salário/hora.

⁹⁵ Vide STF ADI 3105. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso. Pleno. DJ 18.08.2004.

⁹⁶ Não estamos, aqui, emitindo juízo de valor sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico de servidores públicos. Por ora, adotamos uma perspectiva meramente descritiva desse posicionamento jurisprudencial, destacando sua utilidade prática no combate a crises financeiras. Nossa visão aqui é, portanto, ontológica (e não deontológica).

⁹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. Cit.* p. 191.

⁹⁸ O pragmatismo jurídico surge no século XX a partir do movimento norte-americano do realismo jurídico, tendo como três características principais o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo. O contextualismo prega que as medidas jurídicas levadas a cabo devem ser analisadas a partir de sua conformidade com as necessidades humanas e sociais daquele momento. O consequencialismo, por sua vez, requer que as proposições jurídicas sejam testadas por meio da antecipação de suas possíveis consequências. Por fim, o

direitos sociais.

Isso porque o direito se encontra inserido no mundo dos fatos, não é possível o estudo jurídico de forma hermética, sem qualquer espaço para a penetração de outras áreas do conhecimento humano, tais como a sociologia, a antropologia e a economia. A aplicação do direito se dá dentro de um contexto mais amplo e a preocupação com as implicações das medidas a serem tomadas parece ser medida essencial para que a norma atinja a finalidade pretendida. O pragmatismo reconhece esse contextualismo do direito, permitindo sua permeabilidade para outros elementos para além dele próprio e, com isso, admite sua mutabilidade diante das necessidades impostas pelas circunstâncias⁹⁹⁻¹⁰⁰.

Em momentos de crise econômica severa, a imperiosidade de contenção de gastos pode levar uma espécie de “estado de necessidade pública”, em que – para além de eventuais questionamentos em relação à origem e às causas desse estado – a adoção de medidas de austeridade que imponham restrições a direitos sociais seja simplesmente uma necessidade inexorável, tal qual ocorreu no momento da edição das Leis Orçamentárias Portuguesas de 2011 e 2012.

No mesmo sentido, afirma Paulo Otero que *“a necessidade financeira, numa situação de emergência, passou a ditar a lei fundamental do país, envolvendo a execução interna do Memorando do Acordo com a Troika, cenário em que o próprio Tribunal Constitucional sanciona a excecionalidade de medidas, qualificadas de transitórias ou até permitindo que*

antifundacionalismo consiste na rejeição de fundamentos metafísicos, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, transcendentais e dogmáticas como base para a ação do direito. Vide: POSNER, Richard A. *Law, Pragmatism and Democracy*. First Harvard University Press paperback University Press paperback edition, 2005, p. 59-85. E também: POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*. First Harvard University Press paperback University Press paperback edition, 1993. p. 454-469.

⁹⁹ Nas palavras de Thomas F. Cotter (tradução livre), “Apesar de os autores terem definido ‘pragmatismo jurídico’ de várias formas, provavelmente o conceito fundamental sobre o qual os pragmatistas jurídicos concordam é que conhecimento, pensamento e investigação são ao mesmo tempo contextuais (ou situadas ou sociais) e instrumentais. O pragmatismo é válido precisamente porque destrói a ilusão de objetividade nas decisões jurídicas. Michael Seigel afirma, por exemplo, que pode ser libertador, até mesmo empoderador, reconhecer que nossas normas são histórica e culturalmente contingentes; se o direito nada mais é do que uma construção humana, então podemos modificá-lo de acordo com as nossas necessidades”. No original: *Although writers have defined „legal pragmatism” in various ways, probably the one fundamental concept on which all legal pragmatists agree is that knowledge, thought, and inquiry are simultaneously „contextual” (or „situated” or „social”) and „instrumental”. (...) Pragmatism is valuable precisely because it destroys the illusion of objectivity in legal decisionmaking. Michael Seigel has argued, for example, that it can be liberating, even empowering, to recognize that our norms of decisionmaking are historically and culturally contingent; if law is nothing more than a human construct, then we can change those norms to suit our changing needs*. (COOTER, Thomas F. *Legal Pragmatism and the Law and Economics Movement*. Disponível em: <<http://home.heinonline.org>>. Acesso em 05 maio 2015).

¹⁰⁰ Por outro lado, a visão pragmatista e a preocupação com as consequências das decisões não podem acarretar um completo vilipêndio ao Estado Democrático de Direito a suas conquistas. O discurso pragmático deve ser incorporado à tônica jurídica como um dos argumentos a serem levados em consideração quando da edição de medidas jurídicas, mas não pode ser o único deles. Nem o pragmatismo nem o consequentialismo poderiam funcionalizar vidas humanas ao ponto de suplantarem a dignidade da pessoa humana.

atos inconstitucionais continuam a produzir efeitos depois da sentença que os declara inválidos, tudo num ambiente de verdadeira indiferença pela ‘Constituição oficial’ ou escrita”¹⁰¹.

O argumento de cunho pragmático-consequencialista da “necessidade pública”, durante uma crise econômica, pode servir de fundamento à edição de medidas restritivas a direitos sociais que tenham por objetivo combater os efeitos da recessão. Não obstante, este mesmo discurso não pode servir de fundamento para violações ao núcleo essencial de direitos fundamentais nem ao mínimo existencial, uma vez que a dignidade da pessoa humana não admite posições utilitaristas que desconsiderem o valor intrínseco de cada pessoa.

Por outro lado, o argumento pragmatista não deve ser considerado suficiente para legitimar medidas que atinjam o mínimo existencial, o qual se encontra umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, consideramos que medidas que comprometam este mínimo devem ser consideradas como antijurídicas, passíveis de invalidação administrativa (no exercício da autotutela) ou judicial, à luz do princípio da inafastabilidade do controle judicial, e, ainda, de responsabilização do agente público e da pessoa de direito público nos casos em que estejam presentes os elementos caracterizadores da responsabilidade civil e administrativa, como passaremos a desenvolver a seguir.

3.4. Viabilidade jurídica de restrições fracas a direitos sociais por medidas anticrise econômica e mecanismos de controle dessas restrições

Como visto na seção anterior, as restrições a direitos sociais em períodos de crise econômica severa encontram um limitador importante: o núcleo essencial dos direitos fundamentais e o mínimo existencial – que, para nós, é composto de liberdades fundamentais e direitos sociais à educação básica, média e técnica, saúde básica e assistência aos desamparados –, os quais não poderão ser atingidos pelas medidas anticrise, uma vez que salvaguardam o núcleo duro da dignidade da pessoa humana, fundamento último do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, deve-se entender pela juridicidade de medidas que, dentro das limitações impostas pelo núcleo duro dos direitos humanos e pelo mínimo existencial, imponham restrições fracas a direitos sociais em momentos de crise econômica severa. Nessa versão leve, a crise funcionará como um vetor interpretativo sobre a juridicidade das medidas

¹⁰¹ OTERO, Paulo. A crise: um novo direito administrativo? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (org.). *A crise e o Direito*. Almedina. 2013. p. 207-208.

adotadas pelo poder público no exercício de suas atribuições democráticas, admitindo-se, à luz da realidade fática que recai sobre aquela sociedade, ações de combate a crises econômicas que imponham compressões a direitos sociais, desde que resguardem o mínimo existencial a todos os cidadãos daquele Estado, baliza da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, o reconhecimento de um maior espaço para restrições fracas a direitos sociais em momentos de crise econômica não representa, de forma alguma, uma total liberdade para o gestor público - nem mesmo para o legislador democraticamente eleito. Medidas de combate a crises econômicas não se inserem no âmbito puro das *raisons de l'état*, conceito do direito francês que traduz as razões tipicamente políticas do Estado e, portanto, infensas ao controle por mecanismos jurídicos – ideia que parece pouco se coadunar com o Estado Democrático de Direito. Além da observância ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e ao mínimo existencial, as medidas de combate à crise econômica estão, também, sujeitas à fiscalização pelas instâncias de controle.

Na linguagem própria do discurso teubneriano, o direito, ainda que desenhado como um sistema autopoietico, é aberto a influências de outros sistemas sociais (como a economia), que inicialmente são percebidas como perturbações e irritações externas, mas, por meio de acoplamentos estruturais adequados, acabam filtradas e absorvidas pelos institutos que lhe são próprios¹⁰². Ou seja, as propostas formuladas pela economia para combater crises econômicas que geram repercussões jurídicas são, por meio desses acoplamentos, filtradas pelo direito e a ele incorporadas por meio de mecanismos típicos do sistema jurídico. Após essa internalização das medidas econômicas para dentro do sistema do direito, elas passam a integrá-lo e, com isso, são passíveis de serem controladas através dos mecanismos de controle tipicamente jurídicos.

Isso significa que essas ações ficam submetidas ao crivo de todas as instâncias de controle, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a sociedade civil, o Legislativo, os Tribunais de Contas e, sobretudo, o Poder Judiciário. O controle pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública e pela sociedade civil será exercido precipuamente por meio de ações coletivas, sobretudo a ação civil pública¹⁰³ e a ação

¹⁰² TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, 1993, p. 74.

¹⁰³ A ação civil pública, na forma da Lei nº 7.347/85, será cabível em face de medidas anticrise que causem danos morais e patrimoniais ao meioambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica, à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; e ao patrimônio público e social. A legitimidade ativa para sua propositura é reservada ao Ministério Público, à Defensoria Pública (desde que o objeto da ação guarde relação com a tutela de hipossuficientes, de acordo com o entendimento majoritário), às pessoas de direito público e a associações constituídas há mais de um ano cujas finalidades sejam compatíveis com o cabimento de ACP.

popular¹⁰⁴, propostas justamente perante o Judiciário, a quem competirá efetivamente decidir conflitos que surjam em decorrência da adoção de medidas anticrise. Já o controle pelos Tribunais de Contas envolverá a “*legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*” das medidas de combate à crise, nos ditames dos arts. 70 e 71 da Constituição da República.

O controle legislativo é exercido no Brasil principalmente por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, constituídas por prazo determinado para apurar fatos determinados. A CPI produzirá provas sobre seu objeto de investigação e produzirá um relatório final, cujas conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, para que este delibere quanto à propositura das medidas judiciais cabíveis (CF, art. 158, § 3º). No direito comparado, a professora britânica Julia Black sustenta que o controle legislativo das medidas anticrise - que, no Reino Unido, é muito mais amplo do que no Brasil, dado o sistema de governo parlamentarista adotado naquele país - deve se dar *ex post, i.e.*, após a edição da ação pelo Executivo, e não de maneira prévia¹⁰⁵.

O controle pelo Poder Judiciário, por sua vez, será exercido levando-se em consideração o princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição República, segundo o qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Assim, não é possível, no ordenamento pátrio, cogitar da impossibilidade de controle de medidas anticrise pelo Poder Judiciário.

Mesmo em países em que não há mandamento constitucional tão expresso quanto à sindicabilidade das medidas anticrise, como nos Estados Unidos da América, prevalece na doutrina que a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário é salutar para o sistema jurídico, tendo em vista a menor pressão política que sofrem os membros da magistratura, a vocação contramajoritária do Judiciário e o efeito que suas decisões produzem de frear atuações abusivas futuras por parte de gestores e legisladores¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Na ação popular, regida pela Lei nº 4.717/65, qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. O Ministério Público atuará como *custus legis*, assumindo a ação em caso de abandono pelo autor popular.

¹⁰⁵ BLACK, Julia, *Managing the Financial Crisis – The Constitutional Dimension* (June 3, 2010). *LSE Legal Studies Working Paper*, No. 12/2010. p. 30. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1619784> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1619784>.

¹⁰⁶ Em ensaio cujo tema abrange o controle judicial das medidas anticrise adotadas após os atentados do 11/09, David Cole defende a sindicabilidade dessas ações pelo Judiciário, afirmando que: Simultaneamente, a ideia convencional de que as Cortes falharam em momentos de crise não é inteiramente verdadeira. Ela se baseia tanto

A atuação do Judiciário deverá buscar analisar a juridicidade das medidas anticrise a partir dos princípios que entrem em rota de colisão com a sua implementação. O principal parâmetro que deve ser utilizado pelo Judiciário ao analisar ação de combate a crises econômicas é o do mínimo existencial: qualquer medida que viole o mínimo existencial deve ser rechaçada de plano, dado que não se coaduna com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, mesmo durante grave crise econômica, eventuais compressões a direitos sociais levadas a cabo em contextos de austeridade e redução de gastos públicos não poderão pôr em risco a universalização das liberdades fundamentais, da educação básica, média e técnica, da saúde básica e da assistência aos desamparados. Caso contrário, implicariam restrições para além do mínimo existencial - o que, como visto, não pode ser admitido.

Já as constrições a direitos sociais que não representem violações ao mínimo existencial deverão ser sopesadas no caso concreto, levando-se em consideração, de um lado, o tamanho da necessidade fática que levou à sua edição e, de outro, a gravidade da restrição imposta. É verdade que essa análise, feita a partir do já conhecido “teste da proporcionalidade”¹⁰⁷, acaba, na prática, incorrendo casuísmos que comprometem a

em uma visão apressada sobre as decisões judiciais quanto em uma visão excessivamente idealizada daquilo que é de fato possível. Quando analisados dentro de um determinado período de tempo, verifica-se que os Tribunais desempenharam um papel relevante em revisar e restringir graves violações a direitos perpetradas em nome de salvar o país. Decisões judiciais, embora raramente tragam alento para as primeiras vítimas de uma ‘mentalidade de crise’, cumprem uma função de restringir as opções disponíveis para o governo na próxima emergência. Assim como *Marbury v. Madison*, essas decisões podem ser muito mais importantes a longo prazo do que podem parecer inicialmente” (tradução livre). No original: “*At the same time, the conventional wisdom that courts have failed during times of crisis is itself overstated. It is based both on a snapshot view of the courts' decisions, and on an overly idealized vision of what is in fact possible. When considered over time, courts have played a valuable role in reviewing and ultimately restraining some of the more egregious rights violations undertaken in the name of saving the country. Judicial decisions, while rarely providing relief to the initial victims of a crisis mentality, have played a role in restricting the options available to the government in the next emergency. Like Marbury v. Madison itself, these decisions may well be more important over the long run than their bottom lines would make them appear in the short run*” (COLE, DAVID. *Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis. Michigan Law Review*, 2003). Note-se que o artigo versa sobre medidas adotadas em resposta a atentados terroristas, portanto, não *sine* trata de situação de crise econômica, mas, sim, de segurança nacional. Nesses casos, há um risco expressivo de que as medidas adotadas venham a colidir com liberdades fundamentais – risco esse muito mais considerável que no caso de medidas anticrise econômica, contexto em que os direitos ameaçados são os sociais, justamente porque têm a implementação mais custosa para o Estado). Não obstante, o trecho serve de ilustração para a defesa da possibilidade de controle judicial de medidas anticrise, independente da natureza da crise.

¹⁰⁷ O teste da proporcionalidade, formulado por Alexy, parte da ideia de que princípios são “mandados de otimização, que devem ser promovidos da melhor forma possível no caso concreto, subdividindo-a em adequação (a medida deve ser apta a alcançar a finalidade desejada), necessidade (não deve haver meios menos gravosos para atingir o mesmo resultado) e proporcionalidade em sentido estrito (os benefícios da medida devem superar seus custos). Assim, somente violará a ordem constitucional a medida anticrise que violar a proporcionalidade, admitindo-se aquelas que não o façam. A proporcionalidade não deve funcionar como uma vedação apriorística às medidas anticrise; em verdade, deve ser um parâmetro de análise da medida adotada para se verificar sua juridicidade. E, indo além, essa aferição deve levar em consideração o contexto em que a ação se insere, uma vez que a “necessidade” e a relação entre os custos e os benefícios (proporcionalidade em sentido

objetividade do Direito, mas também se deve reconhecer que, até os dias atuais, tentativas de parametrização asséptica do estudo jurídico, por exemplo através do positivismo kelseniano, não produziram resultados socialmente desejáveis.

Sobre a proporcionalidade em momentos de crise, António Manuel Hespanha destaca que:

*“Num contexto de crise, o argumento da proporcionalidade pode ser usado para apoiar a repartição igual dos sacrifícios, porque a crise seria igual para todos, ou a diferenciação dos sacrifícios, segundo o diagnóstico que se fizer (i) dos diferenciados impactos negativos da crise (em proporção inversa); (ii) dos impactos positivos da sua superação (em proporção direta); (iii) das responsabilidades pela crise (em proporção direta). Vale também o argumento a partir da comparação entre os custos e os benefícios. Neste caso, o contexto da crise – de uma crise que se caracteriza como final e suprema, pondo em perigo tudo – pode servir para justificar o aumento dos sacrifícios até ao limite máximo, salvaguardando apenas o mínimo exigido por direitos fundamentais, não tanto porque a crise também não os ponha em causa, mas apenas porque o direito positivo não os pode sacrificar”.*¹⁰⁸

A ponderação realizada no âmbito da proporcionalidade deverá, pois, ter em mente o contexto de crise severa em que a medida foi levada a cabo, admitindo-se restrições a direitos sociais que não representem violações a seu núcleo duro nem ao mínimo existencial. Nesse sentido, a situação de crise econômica persistente funcionará, para o Poder Judiciário, como um vetor interpretativo da validade jurídica da medida.

Os Tribunais Constitucionais de uma série de países europeus foram instados a analisar a juridicidade de medidas de austeridade econômica que acarretavam compressões a direitos fundamentais e, em todos os casos (como veremos na Parte III), as decisões proferidas levavam em conta a proporcionalidade da medida¹⁰⁹, o que mostra que a proporcionalidade – apesar de seu conteúdo altamente fluido – continua a ser um elemento invocado no controle de constitucionalidade.

O lado negativo da atribuição de peso excessivo à proporcionalidade é o excessivo

estrito) da medida estarão intimamente ligadas ao cenário em que ela se insere. Vide: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

¹⁰⁸ HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013. p. 98-99.

¹⁰⁹ Assim, nas decisões de 2012 e 2013, apesar da menção à igualdade proporcional o TC procura deslocar-se da introdução de elementos materiais mais próximos dos dois princípios citados. No entanto, afigura-se claro que a igualdade proporcional de 2012 tem uma clara componente da idoneidade, da necessidade e da razoabilidade, mais do que da proibição do arbítrio (PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013). *Observatório da jurisdição constitucional*. Ano 7, nº 1. Jan/jun 2014. ISSN 1982-4564.)

casuísmo - e até certo decisionismo - em que podem acabar incorrendo os tribunais superiores, como apontam Miguel Nogueira de Brito e Luís Pereira Coutinho¹¹⁰. O Tribunal Constitucional Português oferece um exemplo bastante interessante nesse ponto: o Acórdão n° 396/2011 considerou constitucionais as reduções nos salários dos servidores públicos sob o argumento da urgência e da necessidade da medida, ao passo que o Acórdão n° 353/2012 julgou inconstitucional a nova redução de 14,3% intentada no ano seguinte, por entender que a medida, somada à redução já efetivada, extrapolaria a razoabilidade e a proporcionalidade.

Como assevera Alexandre Sousa Pinheiro¹¹¹, — *em síntese, o TC estabelece que a limitação de rendimentos entre 3,5% e 10% é „razoável“, já o não sendo o acréscimo de 14,3%. Rigorosamente trata-se de uma decisão sobre o quantum da restrição, que leva a proporcionalidade a enraizar os contornos de uma medida de controlo político”*.

Em Portugal, o conjunto de decisões que analisam a juridicidade de medidas anticrise recebeu o nome de “jurisprudência da crise”, a qual se caracteriza pelo reconhecimento de uma série de elementos extrajurídicos na *ratio decidendi* do Tribunal Constitucional, cujas decisões frequentemente citam dados fáticos e econômicos para chancelar políticas de austeridade bastante duras sobre a população.

No âmbito teórico, Marcelo Neves¹¹² alerta para o risco de alopoiese do subsistema jurídico, representado pela sabotagem do código-diferença próprio do Direito (lícito/ilícito) por intervenções excessivas de outros subsistemas, notadamente a economia. A “jurisprudência da crise” parece apontar justamente para a concretude deste risco, justamente por isso sendo vista com ressalvas por parte da doutrina portuguesa, como Luís Pereira Coutinho, que considera essa influência excessiva “*um elemento perturbador*”¹¹³.

Com vistas a fornecer um parâmetro mais objetivo do que o mero casuísmo da proporcionalidade, a autora portuguesa Maria Benedita Urbano, em artigo destinado ao controle de políticas de combate a crises econômicas pelo Poder Judiciário, defende que o controle judicial dessas ações deve ser realizado com base no princípio “*in dubio pró medida anticrise*”¹¹⁴. A autora prega uma maior deferência (*strict scrutiny*) do Judiciário às ações

¹¹⁰ BRITO, Miguel Nogueira de; e COUTINHO, Luís Pereira, A «Igualdade Proporcional», novo modelo no controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013 in *Direito&Política*, n.º 4, Julho-Outubro, 2013, p. 182 e ss.

¹¹¹ PINHEIRO, Alexandre Sousa. *Op. Cit.*

¹¹² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 42.

¹¹³ Luís Pereira Coutinho, *Os Direitos Sociais e a Crise*: Breve Reflexão in *Direito&Política*, n.º 1, Outubro/Dezembro, 2012, p. 81.

¹¹⁴ URBANO, Maria Benedita. Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional. In: GONÇALVES, Pedro et. al. *A crise e o direito público*. VI Encontro de professores portugueses de direito público.

adotadas no âmbito de programas de combate a crises econômicas, privilegiando o programa político e econômico implementado por representantes eleitos por voto popular. Além disso, reconhece, ainda que de forma implícita, que a vocação maior do Poder Judiciário reside na microjustiça, na justiça do caso concreto, à luz da teoria das capacidades institucionais¹¹⁵.

Assim, defende que as medidas anticrise somente podem ser invalidadas se representarem uma violação flagrante à ordem vigente, devendo o Judiciário adotar uma postura de maior autocontenção quando a ação se situar em uma zona cinzenta de admissibilidade.

Além disso, o Tribunal Constitucional Português, no Acórdão nº 353/2012, asseverou que, quanto maior o grau de sacrifício imposto ao cidadão para atender a interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios, afastando-se da ideia de que o Judiciário somente poderia anular decisões políticas se as considerasse evidentemente excessivas e dispensáveis¹¹⁶.

Carlos Cano Ameyrich¹¹⁷ traz, ainda, outro parâmetro interessante para o controle judicial de medidas de combate a emergências econômicas, na esteira da preocupação com a legitimidade democrática da atuação pública, especialmente cara ao Estado Democrático de Direito: quanto menor é a participação e debate na elaboração da norma e maiores os sacrifícios que ela impõe, mais incisivo e exigente deve ser o controle judicial, como garantia última de vigência dos direitos e princípios constitucionais afetados.

¹¹⁵ Para aprofundamento do tema, vide: SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. University of Chicago Law School. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156, 2002.

¹¹⁶ Nas palavras de Carlos Cano Ameyrich, Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade de Corunha, *“Diga-se, em qualquer caso, que esta (auto)limitação no controlo não é incompatível, todo ao contrário, com a intensidade na aplicação dos parâmetros escollidos. Porque a mesma excecionalidade e gravidade da crise económica, que salva a constitucionalidade de algumas das medidas de corte, é a que justifica um maior rigor na sua fiscalização, na ideia de que „quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios”, afastando-se o tribunal, neste ponto, do parecer de uma minoría que advogaba por um „control mínimo” a partir da idea de que quando a diferenciação realizada pelo legislador não violar expressamente uma proibição de discriminação explicitada na Constituição – e tal seria o caso do tratamento diferenciado dispensado pelas lei do orçamento e quem aufere por verbas públicas – a justiça constitucional só pode anular as decisões do legislador para o caso de estas se mostrarem, à evidência, excessivas ou dispensáveis. Este rigor material exigido pelo TCP encontra o seu correlato procesual na ideia, formulada por PISARELLO, do controlo judicial não como uma via para o desenho de políticas públicas concretas (assumindo deste jeito a justiça uma tarefa que, em virtude do princípio democrático, deve corresponder ao legislativo) mas como espaço no qual “discutir mejor, con mayor información y con mayor implicación de los afectados, la calidad democrática y la sensibilidad garantista de las políticas públicas existentes”*. Grafia original em galego. (AMEYRICH CANO, Carlos. *O controlo judicial das políticas de austeridade*. A propósito do Acórdão 187/2013, de 5 de Abril, do Tribunal Constitucional português. Disponível na internet.) A redação original do texto foi mantida, não tendo sido possível apurar se se trata de algum dialeto galego (já que o autor é professor da Universidade de Corunha) ou de uma tentativa do autor, hispanófono, de escrever em português. As fontes do texto, porém, foram conferidas e pareceram acuradas.

¹¹⁷ *Op. Cit.*

Nesse sentido, em uma tentativa de conciliar as ideias que expomos ao longo dos últimos parágrafos, defendemos a possibilidade de controle judicial das medidas anticrise econômica que imponham restrições a direitos sociais, principalmente quando esses sacrifícios se mostrarem especialmente pesados. No entanto, a efetiva invalidação fica sujeita a um escrutínio estrito, devendo o Judiciário mostrar deferência à medida caso ela não viole o mínimo existencial (*i.e.*, não represente violação patente a preceito constitucional), possa ser justificada à luz das necessidades públicas que levaram à sua edição e tenha sido submetida a amplo debate democrático.

Note-se, porém, que, não obstante os parâmetros aqui delineados, é possível que, na prática, não haja recursos disponíveis para efetivar a decisão que determina a garantia do mínimo existencial. Nesse caso, caberá a responsabilização do ente público e dos administradores públicos envolvidos, principalmente aqueles cujas decisões tenham sido determinantes para a configuração do contexto de escassez absoluta de recursos.

Essa responsabilização pode se dar tanto na esfera civil, à luz da omissão no dever de cumprir com o mínimo existencial, quanto na esfera da improbidade administrativa, à luz da violação a princípios administrativos. No caso de responsabilidade civil omissão genérica, isto é, que não seja fruto de descumprimento de determinações específicas, a responsabilidade, na esteira da jurisprudência do STF¹¹⁸, deverá ser subjetiva, dependendo da demonstração de dolo ou culpa, na forma da teoria da culpa anônima, que entende que a culpa estaria presente sempre que caracterizada uma *faute du service*.

Nesse sentido, em se tratando de omissões genéricas, caso ausente o elemento subjetivo na conduta do agente público, ainda que comprovado o não atendimento ao mínimo existencial, não será possível nem a responsabilização do ente público nem a do agente. Já no caso de omissões específicas – *i.e.*, aquelas que vêm do descumprimento de deveres específicos, sejam estes impostos pela via legislativa sejam fruto de determinações judiciais -,

¹¹⁸ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: ESTUPRO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALHA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. - *Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço.* II. - A falha do serviço - *faute du service* dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Crime de estupro praticado por apenado fugitivo do sistema penitenciário do Estado: nesse caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o crime de estupro, observada a teoria, quanto ao nexo de causalidade, do dano direto e imediato. Precedentes do STF: RE 369.820/RS, Ministro Carlos Velloso, "DJ" de 27.02.2004; RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, "DJ" de 19.12.1996; RE 130.764/PR, Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV. - RE conhecido e provido. (RE 409203/RS, Informativo nº 391).

a responsabilidade civil do Estado, na linha do entendimento do STF¹¹⁹, será objetiva, dependendo apenas da comprovação do dano oriundo da inobservância do mínimo existencial, da conduta (omissiva ou comissiva) de algum agente estatal e do nexo de causalidade entre os dois primeiros.

Por outro lado, em se tratando de inobservâncias do mínimo existencial que decorram de ações estatais, a responsabilidade será objetiva, regida pela teoria do risco administrativo, na forma do art. 37, § 6º da Constituição da República, que consagra a responsabilidade do poder público sempre que presentes dano, conduta e nexo causal.

Tanto nos casos de responsabilidade objetiva quanto subjetiva será possível, porém, ao Estado alegar uma espécie de “força maior” ou “inexigibilidade de conduta diversa” (a que os portugueses denominam de “estado de necessidade pública”, como visto) para afastar o nexo causal e, com isso, sua responsabilidade, argumentando que a crise econômica severa advém de fatores alheios à sua vontade. Para que tais alegações sejam aptas a afastar esse dever de indenizar, contudo, o ente público precisará demonstrar que a crise decorre exclusivamente de elementos externos à sua conduta e que não houve nenhum comportamento de agentes públicos que tenha contribuído para a deterioração das finanças públicas. Se, ao revés, ficar comprovado que a crise é, na verdade, uma soma de fatos endógenos e exógenos ficará caracterizada a responsabilidade do Estado, mas estes últimos podem (devem, a nosso ver) ser levados em consideração quando do arbitramento do *quantum* indenizatório, em uma espécie de “fato concorrente”.

Além disso, o caso de condenações civis do poder público ao pagamento de indenizações pelo descumprimento do mínimo existencial, caberá, ainda, direito de regresso perante os agentes políticos e demais autoridades cujas condutas dolosas ou culposas tenham contribuído para a situação de crise e escassez de recursos. Na jurisprudência pátria, há dissenso quanto à possibilidade de denúncia do agente público à lide por parte do Estado¹²⁰, mas, no ponto, entendemos que a denúncia é perfeitamente compatível com as disposições do art. 37, § 6º da Constituição da República e, também, com a realidade fática de indisponibilidade de recursos públicos para fazer frente às reparações.

Já no caso de responsabilidade do agente público por improbidade administrativa, a violação a princípios também exige a demonstração do elemento subjetivo doloso, como deixa claro o art. 11 da Lei nº 8.429/92, de modo que eventual condenação do agente público

¹¹⁹ Vide o acima transcrito RE 409203/RS, Informativo nº 391.

¹²⁰ A jurisprudência do STJ admite tanto a denúncia da lide quanto à inclusão do agente público no polo passivo pelo próprio autor, ao passo que a jurisprudência do STF não admite nenhuma das possibilidades acima. Vide: STF, RE 327904, Rel. Min. Carlos Britto, e STJ, REsp 1.325.862-PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

dependerá de comprovação de que ele agiu com dolo ao adotar decisões político-financeiras que tenham comprometido gravemente a saúde das contas públicas.

O Estado do Rio de Janeiro é objeto de um exemplo interessante no que se refere ao controle judicial da garantia do mínimo existencial em momentos de crise: em 23 de dezembro de 2015, o ente público foi também condenado pelo Tribunal de Justiça local¹²¹, em ação ajuizada pelo Sindicato dos Médicos e com parecer favorável do Ministério Público, a depositar nas contas do Fundo Estadual de Saúde o montante equivalente a 12% de sua receita anual em até 24 horas, sob pena de multa diária de R\$ 50 mil. Esse percentual, na verdade, é estabelecido pelo art. 198, § 3º da Constituição da República, regulamentado pela Lei Complementar nº 141/2012, de modo que a decisão, em tese, apenas determina que o Estado cumpra a determinação constitucional de investimento mínimo nos serviços de saúde.

A questão se torna especialmente tormentosa no cenário em que não há caixa disponível para fazer frente à despesa determinada judicialmente, o que traz à tona os debates travados na seção anterior em relação ao pragmatismo jurídico como um balizador de medidas anticrise. Nesse caso, a imposição de astreinte – ainda que robusta –, não é suficiente para materializar recursos que simplesmente não existem, dando azo ao que José Vicente Santos de Mendonça denomina de “quixotismo judiciário”¹²². Para minimizar esse risco, o debate nos casos de ausência de recursos deve acabar por recair mais sobre a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público e de responsabilização civil da pessoa de direito público do que propriamente na efetivação de determinações e cumprimento de obrigações de fazer e fornecimento de prestações positivas.

3.5. Haveria espaço para restrições fortes?

Na seção anterior, vimos que a restrição a direitos sociais em momentos de crise severa comporta uma versão fraca, limitada pela dignidade da pessoa humana. Contudo, é possível que a crise seja tão profunda e persistente que as medidas implementadas no primeiro

¹²¹ Ver processos nº 0514173-42.2015.8.19.0001 e 0514178-64.2015.8.19.0001, ambos em tramitação junto ao TJRJ.

¹²² “O quixotismo judiciário é o irmão da insinceridade decisória. São as multas de centenas de milhões de reais para pessoas físicas; as ameaças de prisão de secretários de saúde em recusas de remédios. É o Judiciário fazendo-se de tigre de papel. A coisa toda se passa como num jogo surreal, em que nem o juiz vai prender, nem o secretário vai ser preso, mas todos agem como se isso fosse possível e provável”. (MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Quixotismo Judiciário: o caso WhatsApp*. Disponível em: <http://jota.info/quixotismo-judiciario-o-caso-whatsapp>). Na mesma esteira, o Governador Luiz Fernando Pezão deu entrevistas após as decisões acima comentando ironicamente que, juntamente com a intimação, o Judiciário poderia enviar ao Estado um carro-forte para fazer frente às despesas por elas impostas. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/pezao-ironiza-decisoes-da-justica-afirma-que-vai-recorrer-de-liminares-18362390>>. Acesso em 15 jun. 2015.

momento (em observância aos limites trazidos garantia ao mínimo existencial) não sejam suficientes para superá-la. Nesse caso, a gravidade dos fatos pode levar à cogitação de medidas que representem restrições fortes a direitos, em que as ações implementadas invadam direitos sociais para além do mínimo existencial.

Esse tipo de ação somente será juridicamente possível caso previamente reconhecido, pelo procedimento constitucionalmente estabelecido, algum tipo de estado de exceção, não se admitindo a implementação, no estado de normalidade, de medidas que invadam o núcleo da dignidade da pessoa humana. A decretação de estados de exceção deve ser disciplinada pela Constituição, que trará o rol taxativo de situações que admitirão a sua implantação, assim como os direitos que poderão ser restringidos durante o período excepcional.

É importante que o rol de direitos essenciais passíveis de restrição durante a vigência do estado de exceção esteja previsto de maneira exaustiva no texto constitucional, dada a seriedade da medida. Afinal, o estado de exceção não pode ser anormativo nem ajurídico. Como afirma Jorge Bacelar Gouveia:

Em síntese: o estado de exceção não pode ser um não Direito, ou um espaço ajurídico, ou um espaço em que certos princípios essenciais são postergados. O estado de exceção pode excepcionar muita coisa, mas não pode excepcionar certos princípios fundamentais do Direito. E, portanto, qualquer estado de exceção tem de ter o limite da normatividade, não pode ser um estado de exceção „desnormativo” ou „anormativo”. Deve estar preso, ainda que por relações mínimas, a um fundamento de legitimidade, a um fundamento de legitimidade política e de legitimidade jurídica¹²³.

Além disso, somente no caso de a Constituição do país admitir a deflagração de estado de exceção por motivos econômicos é que será possível a sua implantação nesses momentos, uma vez que as normas que restrinjam direitos fundamentais devem ser interpretadas sempre de forma restritiva.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 traz duas espécies de estados de exceção: o de sítio e o de defesa. O estado de sítio pode ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com o propósito de preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza¹²⁴.

Já o estado de sítio demanda autorização prévia do Congresso Nacional, a qual poderá

¹²³ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. Cit.* p. 185.

¹²⁴ Constituição da República, art. 136.

ser solicitada pelo Presidente da República nos casos de: (i) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou (ii) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira¹²⁵.

A decretação dos estados de defesa e de sítio está sujeita à valoração de conceitos jurídicos indeterminados, como “ordem pública”, “paz social”, “grave e iminente instabilidade institucional” e “comoção grave de repercussão nacional”. Na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, há margem para interpretação por parte do aplicador da norma, assim como existe espaço para uma zona cinzenta, em que não será possível afirmar peremptoriamente se a situação posta está ou não abrangida pelo conceito indeterminado em questão¹²⁶.

Nessa esteira, é admissível momentos de grave crise econômica possam ensejar “grave e iminente instabilidade institucional” ou “comoção grave de repercussão nacional”, situações aptas a legitimar o reconhecimento de um estado de exceção. Por exemplo, a crise dura e prolongada pode originar saques generalizados e episódios de violência que cheguem à beira de uma guerra civil. Assim, desdobramentos da crise que possam ser enquadrados dentro da moldura dos conceitos jurídicos indeterminados que autorizam estados de exceção poderão servir de fundamento para a decretação de estado de defesa pelo Presidente da República ou para o pedido de autorização, pelo Presidente da República, ao Congresso Nacional para decretação de estado de sítio.

Na vigência do estado de defesa, são autorizadas¹²⁷: (i) a restrição dos direitos de reunião, sigilo de correspondência, sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e (ii) na hipótese de calamidade pública, a ocupação temporária de bens e serviços públicos. Já no estado de sítio será possível a implementação de¹²⁸: (i) obrigação de permanência em determinada localidade; (ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (iii) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (iv) suspensão da liberdade de reunião; (v) busca e apreensão em domicílio; (vi) intervenção nas empresas de serviços públicos; e (vii) requisição de bens.

Observa-se, portanto, que as medidas autorizadas pelo Constituinte Brasileiro na

¹²⁵ Constituição da República, art. 137.

¹²⁶ Para aprofundamento sobre a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, vide: KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição. 2013.

¹²⁷ CR/88, art. 136, § 1º.

¹²⁸ CR/88, art. 137.

vigência dos estados de defesa e de sítio relacionam-se precipuamente a direitos e garantias individuais, não havendo maior espaço para restrições a direitos sociais. Destarte, ainda que seja viável a decretação de estado de exceção em razão de instabilidades institucionais decorrentes de grave crise econômica, na ordem constitucional pátria vigente, não seria possível a restrição a direitos sociais para além do mínimo existencial e do núcleo essencial mesmo na vigência de estados de exceção, já que nosso Texto Maior não admite restrições desta natureza nem no estado de defesa nem no de sítio¹²⁹.

3.6.As medidas anticrise como buracos negros ou cinzentos

A teoria das situações de crise - não propriamente as econômicas, mas principalmente aquelas que envolvam questões de segurança nacional - como buracos negros (*black holes*) ou cinzentos (*grey holes*) é desenvolvida no direito norte-americano por autores como Adrian Vermeule¹³⁰, Bruce Ackerman¹³¹ e David Dyzenhaus¹³² no contexto histórico das respostas do governo George W. Bush aos atentados terroristas de 11/09/2001 - tema que volta à ordem do dia com os atentados de Paris, em 13/11/2015.

O ponto de partida dos autores é a crítica de Carl Schmitt, jurista alemão publicamente conhecido por seu apoio ao Nazismo, à República de Weimar, sustentando que a pretensão democrática de submeter a atuação do Estado a preceitos jurídicos e ao *due process of law* inexoravelmente esbarraria nas situações emergenciais e excepcionais

Sustenta Dyzenhaus que “*os estados de emergência são um vazio normativo, um buraco negro jurídico em que o Estado age sem as restrições do direito*”¹³³. Já os buracos cinzentos seriam “*espaços jurídicos em que há algumas restrições à atuação administrativa - não se trata de um vácuo normativo - mas os limites são tão abertos que, na prática, permitem que o governo faça o que bem entender*”¹³⁴.

¹²⁹ A título ilustrativo, destacamos que outras Constituições, como a portuguesa, sequer admitem a decretação de estado de exceção em razão de eventos de cunho econômico. Como destaca António Manuel Hespanha (*Op. Cit.* P. 56-57), “*o Estado de exceção está previsto na Constituição da República Portuguesa no art. 19º, que se refere à suspensão do exercício de direitos. Ao contrário do que acontece com algumas constituições contemporâneas, a Constituição [Portuguesa] não prevê a declaração de um estado de exceção por razões econômico-financeiras*”.

¹³⁰ VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, vol. 122, p. 1095, ano 2009.

¹³¹ ACKERMAN, Bruce. *The emergency constitution*. Yale Law School. Faculty Scholarship series. Paper 121. 2004.

¹³² DYZENHAUS, David. Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*, Vol. 27, p. 2005, ano 2008.

¹³³ No original: A state of emergency is a lawless void, a legal black hole, in which the State acts unconstrained by law (DYZENHAUS, David. *Op. Cit.* P. 2.006).

¹³⁴ No original, “A grey hole is a legal space in which there are some legal constraints on executive

Justamente para evitar o vácuo normativo gerado pelos buracos negros e cinzentos, Ackerman, por sua vez, traz a proposição da criação de uma “Constituição da Emergência”, dispositivos constitucionais que disciplinem situações de urgência delicada, os quais devem necessariamente contemplar os seguintes pontos: (i) necessidade de referendo do estado de emergência pelo Legislativo; (ii) compartilhamento de informações de inteligência envolvendo segurança nacional com comissões formadas pelo Legislativo, nas quais a maioria dos assentos seria reservada aos partidos de oposição; e (iii) possibilidade de o Judiciário assegurar o cumprimento das regras da “Constituição da Emergência” (macropapel) e controlar as prisões e detenções sumárias de suspeitos (micropapel), vedada a tortura desses detentos.

Dyzenhaus, por sua vez, afirma que a proposta ackermaniana, ainda que tenha o mérito de reconhecer os perigos dos *grey holes*, não os soluciona por completo, uma vez que ainda trabalha com conceitos jurídicos indeterminados e não leva em considerações situações em que a própria “Constituição da Emergência” precisasse ser suspensa. O autor alerta para os perigos dos buracos cinzentos, apontando que eles “*conferem um verniz de legalidade à supressão oficial do Estado Democrático de Direito*”¹³⁵.

Vermeule, por sua vez, diverge de Dyzenhaus ao sustentar que os buracos cinzentos são intrinsecamente parte da tradição jurídica norte-americana, trazendo uma série de exemplos para ilustrar seu argumento, tais como a possibilidade de revisão judicial de atos administrativos “arbitrários ou caprichosos” (U.S. Code § 706) e a não submissão da Presidência da República ao *Administrative Procedure Act - APA*, tenho em vista seu não enquadramento no conceito de “agência” trazido pela própria lei, como assentado nos precedentes *Dalton v. Specter* (1994) e *Franklin v. Massachusetts* (1992).

Mais do que isso: Vermeule defende que os buracos negros e cinzentos seriam necessários ao direito administrativo, haja vista não só a imprevisibilidade e a complexidade das situações concretas com que este deverá lidar, sobretudo em contextos de anormalidade institucional, como também a onipresença dos conceitos jurídicos indeterminados na ordem jurídica em geral.

A teoria dos buracos negros e cinzentos foi desenvolvida, reitere-se, para emergências de segurança nacional. Vermeule, em nota de rodapé, afirma expressamente que seu foco está

action—it is not a lawless void—but the constraints are so insubstantial that they pretty well permit government to do as it pleases”. (DYZENHAUS, David. *Op. Cit.* p. 2.018).

¹³⁵ No original, “*The real test for his challenge is whether legislative responses to emergencies necessarily create black holes or grey holes which are in substance black but, as we have seen, in effect worse because they give to official lawlessness the façade of legality*”. (DYZENHAUS, *Op. Cit.* p. 2.039).

“no período pós 11/09 e nas emergências relativas à segurança nacional, e não nas de ordem econômica ou advindas de desastres naturais ou mudanças climáticas”¹³⁶. Reconhece o autor, porém, que muitas - embora não todas - de suas observações sejam também aplicáveis a essas outras espécies de crises, inclusive as econômicas, objeto do presente estudo. Posteriormente, o próprio Vermeule, em artigo escrito conjuntamente com Eric Posner, trata dos buracos negros e cinzentos ao comparar as situações vivenciadas nos EUA pós 11/09 e durante a crise de 2008¹³⁷.

Em artigo específico sobre emergências econômicas, Bernadette Meyler, na mesma linha de Vermeule, aponta para a necessidade de existência de espaços de conformação que permitam a intervenção do governo na economia, ainda que essa atuação possa temporariamente desestabilizar a lógica do livre mercado, desde que não afete liberdades individuais e os direitos políticos dos cidadãos. A própria autora adverte, contudo, que não tem a pretensão de prescrever ações interventivas estatais, mas apenas de reconhecer a existência desse espaço democrático de deliberação quanto às liberdades econômicas, contanto que observados os direitos básicos dos indivíduos, como o *habeas corpus* e o voto¹³⁸.

A advertência de Meyler está em sintonia com as ideias expostas no Capítulo I de que não cabe ao direito definir qual ou quais medidas serão adotadas no combate a crises econômicas, competindo-lhe apenas delinear os limites de cada intervenção escolhida pelo gestor democraticamente eleito, à luz do projeto político e econômico majoritário.

Nesse sentido, entendemos que a existência dos buracos cinzentos é inevitável para garantir margem de conformação ao projeto social em curso, mas, para evitar arbitrariedades, esses espaços devem ser passíveis de controle pelo Judiciário, o qual, após um juízo de estrito escrutínio, poderá invalidar medidas que se mostrem violadoras de direitos fundamentais. Os

¹³⁶ No original, “By ‘administrative law’, I mean the administrative law of the federal government of the United States. I focus on the post-9/11 period and on emergencies implicating national security, rather than on economic emergencies or on emergencies arising from natural disasters or environmental change. (By ‘emergencies’, then, I mean security emergencies unless otherwise specified.) Many of the points I will make apply in those other settings as well, although some do not”. (VERMEULE, *Op. Cit.* p. 1.095-1.096).

¹³⁷ POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008. Disponível em: <http://www.ericposner.com/Crisis_Governance_in_the_admin_state.pdf>. Acesso em 25 nov. 2015.

¹³⁸ No original, “This Article contends that, in the United States context, the rule of law should be conceived flexibly enough to permit governmental intervention that may temporarily disrupt the economic but not personal liberty or political participation rights of individuals during these situations of economic emergency. Without addressing whether and to what extent the government should interfere in the economic sphere, this Article argues that several justifications based in the democratic vision underlying our constitutional system warrant treating the suspension of economic rights differently from the suspension of rights such as those of habeas corpus or the vote”. MEYLER, Bernadette. Economic Emergency and the Rule of Law. *Cornell Law School research paper*. No. 06-045. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=944618>>. Acesso em 15 nov. 2015.

buracos negros, por sua vez, não parecem compatíveis com a ordem constitucional brasileira, que, como visto, consagra o princípio da inafastabilidade da apreciação de lesões e ameaças de lesões a direitos pelo Poder Judiciário.

No Brasil, Marcelo Valença Ramos¹³⁹ defende que a teoria dos buracos negros e cinzentos pode ser utilizada na análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no já histórico julgamento da ADI nº 534, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro em face da Medida Provisória nº 168, posteriormente convertida na Lei nº 8.024/1990, que criava o Plano Collor.

O plano econômico em questão promoveu o congelamento, pelo período de 18 meses, de 80% dos depósitos bancários e investimentos de pessoas físicas e jurídicas em ativos financeiros superiores a cinquenta mil cruzados novos. Na ocasião, o STF, por maioria, indeferiu a Medida Cautelar requerida, entendendo que não haveria *periculum in mora* na manutenção do plano, tendo em vista tratar-se de congelamento temporário. No mérito, o Requerente alegava que a medida representava um empréstimo compulsório disfarçado, desrespeitando os ditames do art. 148 da Constituição Federal, que exige a edição de lei complementar para instituição dessa espécie tributária. A ação acabou por perder o objeto pelo decurso do prazo para o congelamento, não tendo seu mérito analisado.

De acordo com o autor, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, como interesse público e *periculum in mora*, para permitir a manutenção de uma polêmica medida do Executivo em combate a uma severa crise econômica funcionaria como um buraco cinzento, trazendo os típicos elementos deste instituto, como o consequencialismo e o reconhecimento de uma assimetria de informação entre o Judiciário e o Executivo no que tange à formulação de políticas econômicas, o que demandaria uma maior deferência à opção administrativa¹⁴⁰.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴¹ sustenta, *de lege ferenda*, que a Constituição deveria trazer um sistema prefixado de ações de resposta a crises econômico-financeiras,

¹³⁹ RAMOS, Marcelo Valença. *Op. Cit.* p. 163.

¹⁴⁰ No caso em questão, a grave crise econômica causada pela hiperinflação e possivelmente alguns outros fatores circunstanciais levaram o STF a utilizar conceitos indeterminados e ajustáveis para evitar ter que aferir a constitucionalidade do Plano Collor, convenientemente aguardando o fim do prazo de 18 meses para então declarar a ADIn prejudicada. Trata-se, portanto, de buracos cinzentos utilizados não apenas pelo Poder Judiciário, mas também pelo Legislativo (que aprovou a conversão da Medida Provisória nº 168 na Lei nº 8.024/1990), para permitir que o Poder Executivo promulgasse e se valesse de norma possivelmente inconstitucional no combate à crise de hiperinflação. É ilustrativo nesse sentido o voto do Min. Ilmar Galvão, que curiosamente inverteu a análise do *periculum in mora* no julgamento da Medida Cautelar. Estão presentes no referido voto (a) o reconhecimento de déficit informacional em relação ao Poder Executivo; (b) o temor de riscos e consequências adversas associados à tomada de decisões relacionadas a questões econômicas complexas e (c) a utilização de conceitos indetermináveis e ajustáveis (interesse público e *periculum in mora*) como válvulas de escape para situações de crise.

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, nº 108, 1990.

evitando-se, assim, a declaração de sua inconstitucionalidade. No entanto, o reconhecimento das medidas anticrise como um buraco cinzento, uma zona de maior deferência judicial às ações administrativas à luz da maior expertise técnica do Executivo em assuntos financeiros e da maior capacidade deste Poder de formular uma macrovisão sobre o orçamento público, já minimiza esse risco, a ponto de se tornar despcienda a alteração constitucional - desde que os juízes, quando instados a analisar tais medidas, adotem, de fato, parâmetros de maior autocontenção.

3.7. Conclusões parciais

Diante de todo o exposto, podemos concluir pela juridicidade de medidas que, em contextos de crise econômica grave e duradoura, provoquem restrições a direitos sociais, sem que a ação esbarre em princípios como a vedação do retrocesso, a isonomia e a proteção à confiança legítima. Isso porque, à luz do pragmatismo e da versão fraca da proteção à confiança (que somente considera legítima a expectativa que se baseie no mesmo contexto), o direito deve ser permeado pela realidade em que ele se insere e, em momentos de crise econômica prolongada, a disponibilidade orçamentária para a desenvolvimento de políticas públicas de modo geral - inclusive aquelas voltadas à promoção de direitos sociais - sem dúvida resta comprometida.

Todavia, para que essa compressão de direitos sociais possa ser considerada válida, ela não poderá atingir o núcleo essencial desses direitos nem o mínimo existencial –para nós, composto de liberdades fundamentais e direitos sociais à educação básica, média e técnica, saúde básica e assistência aos desamparados¹⁴².

Constrições de direitos sociais para além dos limites acima fixados somente seriam admitidas caso expressamente declarado o estado de exceção. Contudo, esse estado excepcional somente pode ser declarado dentro das hipóteses constitucionalmente previstas e apenas poderá restringir aqueles direitos expressamente arrolados no texto constitucional. Na ordem atual brasileira, embora uma dura crise econômica possa servir de fundamento, a partir de conceitos jurídicos indeterminados, à declaração de estado de exceção, não seria possível a restrição de direitos sociais, tendo em vista que estes não estão previstos no rol dos arts. 136 e

¹⁴² No mesmo sentido, Marcelo Valença Ramos: “Neste cenário, a legitimidade constitucional das políticas econômicas deverá ser aferida casuisticamente mediante a avaliação das dimensões objetivas dos direitos fundamentais e sua irradiação sobre as demais normas constitucionais, embora a doutrina e a jurisprudência possam e devam buscar construir *standards* que balizem o processo interpretativo para evitar o arbítrio e a subjetividade. São úteis para tanto alguma deferência do Judiciário em relação aos Poderes majoritários e a preocupação com a universalização dos serviços básicos” (RAMOS, Marcelo Valença. *Op. Cit.* p. 65).

137 da Constituição da República de 1988 como passíveis de compressão durante os estados de defesa e de sítio.

Não obstante, é importante ter em mente que as medidas de combate a crises econômicas, como buracos cinzentos que são, sempre estarão sujeitas à apreciação pelos órgãos de controle, notadamente o Poder Judiciário. Ao aferir a validade dessas ações, os magistrados deverão considerar o contexto em que foram editadas, o grau de debate que se colocou em torno da medida e as possíveis consequências de sua invalidação e, mesmo em se tratando de período de crise persistente, não devem ser admitidas restrições a direitos sociais que importem violações ao mínimo existencial.

Por fim, a atuação do magistrado deverá ter em conta o princípio “*in dubio* pró medida anticrise”. Assim, seu juízo acerca da ação levada a cabo deverá se basear em uma análise rígida, declarando-se sua antijuridicidade apenas nos casos em que a medida se situar em uma zona de certeza positiva, privilegiando-se a decisão do gestor público – democraticamente eleito – quando a política adotada se situar em uma zona cinzenta ou em uma zona de certeza positiva quanto à sua legitimidade.

No caso, porém, de ter sido adotada uma medida que invada o mínimo existencial, será possível a sua invalidação pela via administrativa (autotutela) ou judicial e, ainda, eventual responsabilização civil do ente público e do agente público e responsabilização por improbidade administrativa deste último por violação a princípios da Administração.

A responsabilidade por improbidade em razão de violação a princípios dependerá da comprovação do elemento subjetivo doloso, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Já a responsabilidade civil do ente público será objetiva nas ações e nas omissões específicas e subjetiva nas omissões genéricas. Em ambos os casos, porém, entendemos possível a alegação de “força maior” ou “inexigibilidade de conduta diversa” (“estado de necessidade pública”) para afastar o dever de indenizar, caso demonstrado que a crise não decorre de nenhum comportamento do Estado, ou, ao menos, reduzir o *quantum indenizatório*, quando comprovada a presença de fatos exógenos concorrentes. Além disso, na linha da jurisprudência do STJ, também consideramos cabível a denúncia do agente público cujas ações dolosas ou culposas tenham contribuído para a instalação e o agravamento da crise à lide.

Por fim, deve-se ter em mente que, independentemente dos motivos que culminaram em uma situação tão grave, nos casos de grave indisponibilidade financeira, é possível que não haja possibilidade fática de o Estado dar cumprimento a determinações judiciais de cunho prestacional. Para não incorrer em “quixotismo judiciário”, nesses casos o debate jurídico

deve se deslocar dessa relação obrigacional e direcionar-se mais para a responsabilidade civil do Estado – à luz dos parâmetros trazidos ao longo deste capítulo – e para a responsabilidade civil e por improbidade dos agentes políticos cujos comportamentos tenham, por dolo ou culpa, contribuído sensivelmente para a deterioração das finanças públicas.

PARTE II

MEDIDAS EXPANSIONISTAS EM ESPÉCIE

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

Não raro veem-se referências às imagens de ciclos ou de um pêndulo¹⁴³ para explicar esta relação entre Estado e economia. Este pêndulo, em momentos de maior otimismo com o livre mercado, penderia para uma atuação mais branda do Estado em questões econômicas, já nos momentos de maior pessimismo, o pêndulo se deslocaria para um ponto de mais atuação estatal, movendo-se entre esses extremos de acordo com o contexto de cada época.

Em momentos de crise, frequentemente ocorre um movimento do pêndulo no sentido de um aumento da intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de um conjunto de medidas expansionistas com que o Estado passa a assumir um papel mais ativo na economia.

Esta Parte II tem por objetivo analisar as modalidades interventivas que o Estado pode adotar para atingir essas finalidades. Não se pretende esgotar o estudo de cada modalidade – até porque as estratégias efetivamente adotadas podem variar e se modificar com o passar do tempo –, mas tão somente realizar uma análise mais ampla sobre os comportamentos de que o poder público pode lançar mão em momentos de crise a fim de estimular o crescimento econômico.

Nesse cenário, podemos afirmar que a maior atuação Estatal na economia pode assumir três grandes gêneros: expansão da atuação direta do Estado, maior regulação dos mercados e adoção de medidas de fomento¹⁴⁴⁻¹⁴⁵.

¹⁴³ Vide: Bresser-Pereira, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção Estatal. *Revista de Economia Política*. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.

¹⁴⁴ Quanto às modalidades de atuação do Estado na economia de uma forma geral estas, a doutrina clássica afirma que haveria quatro espécies de intervenção Estatal na ordem econômica, a saber: intervenção direta, prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia e fomento. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos, a saber: (a) ora, dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como agente normativo e regulador da atividade econômica ‘– caso no qual exercerá funções de fiscalização’ e em que o planejamento ‘que conceber será *meramente indicativo* para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª edição. Malheiros Editores. 2007. p. 769). O objetivo deste trabalho não é propor teorização diversa para as hipóteses gerais de atuação do Estado na economia, nem, tampouco, adentrar a fundo na discussão a respeito da manutenção da teoria quadripartite no direito administrativo contemporâneo.

Durante a crise internacional iniciada em 2008, o Brasil adotou uma combinação entre essas três medidas para responder ao cenário internacional desfavorável e evitar que seus efeitos fossem sentidos de maneira mais dura em âmbito interno. Esse movimento mostrou-se, à época, bem-sucedido, na medida em que, de fato, os efeitos da chamada —crise do *subprime*¹⁴⁶ não foram sentidos de maneira tão forte no Brasil¹⁴⁷, consolidando no país um

Pretende-se, aqui, apenas tecer algumas considerações, do ponto de vista jurídico, sobre os métodos que a Administração Pública pode adotar para estimular a economia em momentos de crise, sem que a partir destas se objetive extrair uma nova categorização para o direito administrativo econômico.

¹⁴⁵ Nesse diapasão, pode-se afirmar que as formas de o Estado intervir na economia em momentos de crise estão em consonância com a classificação trazida por Luís Roberto Barroso no que tange às modalidades de intervenção do Estado na economia de maneira geral (e não apenas em momentos de crise), na medida em que o autor considera haver três grandes espécies de atuação econômica do poder público: (i) direta; (ii) por direção/disciplina; e (iii) por indução/fomento. BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123-124.

¹⁴⁶ A expressão crise do *subprime* surgiu a partir da constatação de que um dos fatores determinantes da crise originada nos EUA em 2008 deveu-se, *grosso modo*, a uma combinação entre excesso de crédito e regulação insuficiente do mercado financeiro norte-americano, o que permitiu a emissão de derivativos lastreados em garantias imobiliárias de baixa solidez. Sobre o tema, vide as considerações de Ioannis Glinavos (em tradução livre): “Atualmente, há razoável consenso de que a crise financeira de 2007-2008 foi causada por excesso de crédito e de investimento, incentivados por uma série de fatores econômicos e regulatórios. A abundância de crédito foi ampliada no âmbito do mercado de hipotecas *subprime* (de alto risco) nos EUA, principalmente em 2005 e 2006. Esses excessos, no entanto, não se restringiram aos EUA; foram reflexos de tendências globais que impactaram em quase todos os mercados e classes de ativos (Arner 2009:2). No final de 2006, os preços de imóveis nos EUA e em uma série de outros países desenvolvidos alcançaram níveis insustentáveis. À medida que bancos centrais em todo o mundo começaram a subir as taxas de juros a fim de conter pressões inflacionárias, devedores de hipotecas residenciais de alto risco nos EUA começaram a ter dificuldades em adimplir suas obrigações e os atrasos nos empréstimos começaram a subir. Ao mesmo tempo, a concessão de novos empréstimos caiu, preços de imóveis despencaram rapidamente, iniciando uma queda livre que, ao fim, se espalhou para todas as classes de ativos, culminando, em Setembro e Outubro de 2008, em uma crise sistêmica nos sistemas financeiros americano e global”. No original: “It is now generally recognised that the financial crisis of 2007-2008 was caused by excessive borrowing, excessive lending and excessive investment incentivised by a series of significant economic and regulatory factors. Excessive borrowing and lending most directly arose in the context of the market for subprime residential mortgages in the United States, especially during 2005 and 2006. These excesses however, were not limited to the United States. They were reflections of global trends impacting almost every market and asset class (Arner 2009:2). By the end of 2006, real estate prices in the United States and a series of other developed countries had reached unsustainable levels. As central banks around the world began to raise interest rates to pre-empt inflationary pressures, weaker residential mortgage borrowers in the United States began to have difficulties meeting their obligations, and defaults on loans began to increase. At the same time, as the rate of new borrowers dropped, real estate prices began to decrease rapidly, triggering a downward spiral which ultimately impacted on most asset classes and led ultimately to the systemic crisis in the U.S. and global financial systems of September and October 2008”. (GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). *European Business Law Review*, Vol. 21, No. 4, 2010). Para uma análise mais aprofundada da crise do *subprime*, vide: STIGLITZ, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010.

¹⁴⁷ “No Brasil, a crise do *subprime* também provocou uma ampliação no diferencial entre as projeções de crescimento para 2008 que, nas últimas semanas passaram a variar de menos de 3% a mais de 6%. Entretanto, o último boletim Focus do Banco Central aponta que mercado financeiro espera, em média, que a economia cresça 4,5% ao ano em 2008, um percentual que, tendo em vista o desempenho nos últimos trimestres, representaria uma certa desaceleração no crescimento do nível de atividade ao longo do ano. Mesmo assim, o impacto direto do *subprime* não parece ser muito relevante”. TORRES, FILHO. Ernani Teixeira. Entendendo a Crise do *Subprime*. *Revista BNDES: visão do desenvolvimento*. Nº 44. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/visao/visa_o_44.pdf>. Acesso em 14 nov. 2015.

ciclo de maior atuação do Estado na economia.

Essa opção por um modelo mais (ou menos) interventivo se mostra possível na medida em que a Constituição da República de 1988 apresenta um título próprio sobre a ordem econômica e financeira, a partir de seu art. 170 e seguintes¹⁴⁸, marcado pela preferência do legislador constituinte por objetivos amplos e normas de caráter principiológico, como “busca pelo pleno emprego” e “livre concorrência”. Ao estabelecer cláusulas abertas para os contornos do modelo econômico brasileiro, o Legislador Constituinte pretende justamente conferir maior ductibilidade à atuação Estatal a partir do contexto fático dado. Atesta-se que a perenidade a que aspira o texto constitucional não se mostra compatível com o dinamismo que gira no âmbito das relações econômicas, permitindo-se que este papel possa ser redefinido e reajustado à luz das circunstâncias fáticas, políticas e econômicas de cada período.

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

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...).

Ademais, a livre-iniciativa é consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil logo no art. 1º, IV da Constituição da República¹⁴⁹. Por esse motivo, acreditamos na existência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual a atuação do Estado no domínio econômico deve ocorrer apenas nos casos em que a atuação da iniciativa privada for, por algum motivo, ineficiente¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Eros Grau afirma que a expressão “ordem econômica” teria conteúdo dúplice, referindo-se tanto ao conjunto setorial de normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico no âmbito das relações econômicas quanto aos fatores e relações econômicas (elementos fáticos) sobre os quais incide o ordenamento econômico (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros Editores. 15ª. Ed. 2012). No presente trabalho, adotamos a primeira acepção do termo.

¹⁴⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa”

¹⁵⁰ No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “A subsidiariedade prescreve o escalonamento de atribuições entre entes ou órgãos, em função da complexidade do atendimento dos interesses das sociedades. Cabe, assim, primariamente aos indivíduos decidirem e agirem no que se refira aos seus respectivos e inerentes interesses individuais, e, apenas secundária e sucessivamente, aos entes e órgãos sociais e políticos, instituídos para tomar decisões sobre interesses coletivos. Portanto, nesse escalonamento de responsabilidades para o atendimento de interesses, cabe aos grupos sociais menores, por suas organizações civis, decidirem e agirem para a satisfação dos respectivos interesses coletivos; aos grupos sociais maiores, também por suas organizações civis

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

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

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

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

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

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

próprias, decidirem e agirem em prosseguimento de interesses coletivos de maior abrangência; e à sociedade civil, como um todo, por suas organizações civis de âmbito geral, decidir e agir para o atendimento de seus interesses gerais. Assim, somente as demandas que, por sua própria natureza, em razão da complexidade e da necessidade de uma ação concentrada e coercitiva, inclusive com centralização de recursos, deverão ser cometidas às organizações políticas, que atuarão, portanto, subsidiariamente às da sociedade”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014, p. 93). O princípio da subsidiariedade começa a ser trabalho pela Doutrina Social da Igreja Católica nas Encíclicas *Pacem in Terris*, da lavra do Papa João XXIII, *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. Ele é amplamente aceito na doutrina pátria (vide: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55), podendo-se apontar como uma das raras exceções que não o reconhecem na ordem constitucional brasileira José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto (vide: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro.: Lumen Juris, 2006).

intervenção do Poder Público.

Entretanto, como já salientado acima, a Constituição de 1988 consagra a livre-iniciativa como fundamento da República e da ordem econômica brasileira. Sendo assim, ainda que sejam conferidos espaços de conformação à atuação do Estado, esta deve se dar dentro da moldura fixada a partir deste princípio fundamental, sem que se comprometa por completo o livre mercado¹⁵¹.

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

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

Nota-se, pois, que o art. 173 da Constituição traz três grandes exceções à liberdade de atuação empresarial no campo das relações econômicas, as quais são dominadas pela atuação direta do Estado na econômica, a saber: (i) monopólios estabelecidos pela própria Constituição¹⁵²; (ii) imperativos da segurança nacional; (ii) relevante interesse coletivo¹⁵³. A

¹⁵¹ Discorda-se, aqui, da ideia defendida por José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto de que haveria uma livre-iniciativa também reservada ao Estado. Isso porque a Constituição Federal coloca como fundamento da República e da ordem econômica brasileira a livre-iniciativa, estabelecendo textualmente que, salvo nas hipóteses previstas no próprio texto fundamental, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida nos casos de imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

¹⁵² Na obra citada na nota acima, os autores José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto defendem a possibilidade de o Estado criar monopólios por lei. Contudo, não é o entendimento que aqui adotado, na medida em que, ao que nos parece, o texto constitucional parece ter sido claro ao exigir que a criação de monopólios se dê apenas pela própria Constituição, ao prever, em seu art. 173, que, “**ressalvados os casos previstos nesta Constituição**, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” (grifos nossos). Na mesma linha, Alexandre Santos de Aragão, para quem: “Em relação à atividade econômica *stricto sensu*, a Constituição estabelece *numerus clausus* o monopólio em favor da União de uma série de bens e atividades correlatas, com destaque para os bens minerais, inclusive os minerais nucleares e o petróleo (arts. 20, 21, XXIII, 176 e 177). A exploração pelo Estado de outras atividades econômicas *stricto sensu*, além daquelas que são objeto de monopólio é permitida ao Estado apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que seja necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173). (...) Uma diferença formal importante é que a prestação de atividades econômicas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada pode ser prevista tanto na Constituição, como em leis formais, desde que atendidos os conceitos jurídicos indeterminados postos no *caput* do art. 173 (segurança nacional e relevante interesse coletivo). **Já em relação aos monopólios, não há delegação do Constituinte para que o Legislador possa criar outros além dos já previstos na própria Constituição**”. (grifos nossos). ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013. p. 169-170.

este rol, podemos acrescentar, ainda, os serviços públicos, disciplinados pelo art. 175, nos quais a liberdade empresarial também ficará restrita quando se tratar de serviço de titularidade estatal exclusiva, como visto no Capítulo II.

Por outro lado, cumpre salientar que as limitações acima incidem apenas nas hipóteses de atuação direta do Estado na economia, isto é, naquelas situações em que o Estado, seja por meio de órgãos da Administração Direta seja por meio de entidades da Administração Indireta, desempenha diretamente uma atividade econômica em regime de concorrência com a iniciativa privada.

Nos casos de atuação indireta do Estado na economia – seja por meio de regulação seja por meio de fomento de mercados – não se coloca esta necessidade de a atuação Estatal estar pautada em monopólio constitucional, imperativo de segurança nacional, relevante interesse coletivo ou serviço público. Pelo contrário: o já citado art. 174 da Carta Magna estabelece que, na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá papel de fiscalização, incentivo e planejamento¹⁵⁴.

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

Dito de outro modo: a atuação direta somente será permitida nas hipóteses previstas nos arts. 173 e 175 da Constituição (monopólios previstos no texto fundamental, imperativos de segurança nacional, relevante interesse coletivo e serviços públicos), ao passo que a regulação e o fomento terão como baliza o art. 174 da Carta Magna, sendo admitidos sempre que o poder público atuar como —agente normativo e regulador da atividade econômica.

Não obstante, é inegável que, nos momentos de crise, a atuação do poder público, com seu amplo poder de influência nos mercados, não pode – nem deve – ser desprezado. O

¹⁵³ As duas últimas hipóteses podem ser consideradas conceitos jurídicos indeterminados, a terem seu conteúdo definido pelo Legislador, quando da edição da lei que cria a pessoa de direito público ou autoriza a criação da pessoa de direito privado que irá explorar aquela atividade. Sobre os “conceitos jurídicos indeterminados” e a existência, ou não, de discricionariedade no seu preenchimento *in concreto*, vide: KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição. 2013.

¹⁵⁴ Também nos casos de exploração pelo Estado de serviço público não haverá incidência do limitador trazido pelo art. 173 da Constituição, na medida em que estes, ao menos aqueles exclusivos, são de titularidade do Estado. Tarefa das mais tortuosas na doutrina pátria consiste no estabelecimento de uma definição do que seriam “serviços públicos”. O presente trabalho, porém, não possui como escopo adentrar nesta celeuma, uma vez que a discussão extrapola o limite do tema ora proposto, qual seja, modalidades de intervenção Estatal na economia em situações de crise. Para maiores ilações a respeito do conceito de serviços públicos, consultar: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013, Capítulo IV.

Estado, valendo-se de uma série de mecanismos interventivos assume um papel relevante no combate à situação de baixo crescimento, sendo imperioso que essa atuação pública mostre-se a mais racional e eficiente¹⁵⁵ possível.

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

Acreditamos, destarte, que o papel do jurista, nesses momentos, não é o de definir qual medida se revela mais adequada a solucionar mazelas de ordem econômica, mas, sim, o de estabelecer os limites e os contornos dentro dos quais o conjunto de soluções escolhidas para o caso concreto poderá ser implementado, à luz da ordem constitucional vigente. Nesse sentido, passaremos a analisar nos capítulos que seguem cada uma dessas hipóteses de atuação

Estatal.

¹⁵⁵ Expressão, aqui, utilizada no sentido de apta a gerar o melhor resultado concreto possível dentro do objetivo visado.

4. ATUAÇÃO ESTATAL DIRETA

4.1. Considerações iniciais

A atuação direta do Estado no domínio econômico¹⁵⁶ ocorre quando o poder público, seja por meio de órgãos da Administração Direta seja por meio de entidades da Administração Indireta, desempenha por mãos próprias uma atividade econômica ou, ainda, realiza diretamente aportes vultosos de recursos públicos em agentes privados ou outros Estados que estejam passando por dificuldades extremas.

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

A história brasileira é permeada pelo protagonismo de pessoas jurídicas criadas pelo Estado para desempenhar atividades econômicas estratégicas, consideradas essenciais para promover o crescimento do país. Como grandes exemplos, podem-se citar a Companhia Siderúrgica Nacional, criada em 1942 durante o Estado Novo Vargasista, e a Petrobrás, criada em 1953, no segundo governo de Getúlio Vargas, após intensa campanha popular de cunho nacionalista conhecida como “O Petróleo é Nosso”.

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

O modelo, porém, retorna às luzes com a crise econômica mundial iniciada em 2008, tanto no Brasil quanto para além do território pátrio, sendo utilizado até os dias atuais como

¹⁵⁶ Optamos aqui pelo termo “atuação” em vez de “intervenção” para frisar que essa participação do Estado na economia é, em geral, legítima, uma vez que lastreada em balizas constitucionalmente fixadas (no caso do direito brasileiro, sobretudo pelo art. 173 da Constituição), de modo que a inconstitucionalidade surge apenas quando essa atuação torna-se excessivamente interventiva, desviando-se da moldura juridicamente prevista.

mecanismo para buscar o crescimento e o desenvolvimento do país. Não obstante a atuação direta possa ainda ser observada, atualmente sofre alguns temperamentos devido à queda da capacidade de investimento do poder público, dando-se preferência às participações minoritárias do Estado em sociedades particulares em vez de investir mais pesadamente da criação de uma pessoa jurídica total ou majoritariamente pública (empresa pública ou sociedade de economia mista, respectivamente).

No caso brasileiro em específico, deve-se ainda ter em mente que a criação de empresas estatais – assim como monopólios e serviços públicos –, somente pode ocorrer nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, como ensina o art. 173 da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque a criação de uma estatal destinada à exploração de atividades econômicas representa intervenção bastante forte do Estado no domínio econômico, marcado, de acordo com o entendimento majoritário¹⁵⁷, pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual deve ser dada preferência para a atuação da iniciativa privada no desenvolvimento de atividades econômicas.

As expressões “relevante interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional” representam conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo levando-se em consideração que a lei prevista no art. 173 da Constituição para balizar esses conceitos jamais foi editada. Com isso, a tarefa de identificar que tipos de interesses podem ser enquadrados dentro desses “guarda-chuvas” revela-se não meramente binária (o interesse é ou não relevante; há ou não imperativo de segurança nacional). Há um considerável espaço para uma zona cinzenta que deve ser identificada e motivada pelo gestor público quando da elaboração do projeto de lei de criação da estatal, levando em conta questões de ordem técnica e econômica que deverão ser explicitadas quando da redação da justificativa do projeto de lei¹⁵⁸.

Como já mencionado, as estatais podem ser definidas como empresas de propriedade total ou majoritariamente pública (no primeiro caso, trata-se de empresa pública e, no segundo, de sociedade de economia mista), esta última caracterizada, de acordo com o Decreto-Lei nº 200/1967¹⁵⁹, nas hipóteses em que o poder público detiver mais da metade das

¹⁵⁷ Ressalvado, como visto acima, o entendimento de José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto (*Op. Cit.*).

¹⁵⁸ Para alguns, essa amplitude é tão grande que, na prática, serviria para justificar a criação de uma estatal para desempenhar qualquer tipo de atividade. Nas palavras de Vitor Rhein Schirato: “Por essa razão, entendemos que o conteúdo do art. 173 da Constituição Federal pode ser invocado para justificar qualquer forma e intensidade de intervenção do Estado no domínio econômico, dependendo apenas do conteúdo jurídico que se dê a seus termos a partir de um processo de interpretação” (SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou Estado banqueiro? *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 283).

¹⁵⁹ Muitas são as críticas ao conceito estanque de controle público previsto no Decreto-Lei nº 200/1967 e à sua incapacidade para lidar com as complexidades da organização societária que as pessoas jurídicas podem assumir.

ações com direito de voto de uma sociedade.

No entanto, é possível que a atuação do Estado na economia se dê não pela criação de uma estatal, mas, sim, pela participação minoritária do Estado em pessoas jurídicas privadas, isto é, situações em que o poder público seja detentor de parcela do capital social inferior à metade das ações com direito a voto. Nesse caso, a entidade não integrará a estrutura da Administração Pública Indireta, mas isso não significa que não servirá como mecanismo de intervenção Estatal direta na economia, tendo em vista que o Estado poderá lançar mão de outros instrumentos, tais como a *golden share* e o acordo de acionistas, para fazer com que a sociedade atue de acordo com interesses definidos pelo poder público como prioritários.

Passando à segunda modalidade de atuação direta do Estado no domínio econômico, o resgate (*bailout*) a agentes privados e até mesmo Estados-Nações¹⁶⁰ em graves dificuldades financeiras - ou por outras razões de interesse público -, assim como a criação de Estatais, também não é novidade na história. A título ilustrativo, a montadora francesa Renault foi nacionalizada pelo governo francês em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, sob a alegação de terem seus dirigentes cooperado com o nazismo - a família Renault hoje busca reparações em face do Estado Francês pelas perdas que alega ter sofrido¹⁶¹. Na história recente, os governos britânico e norte-americano resgataram, respectivamente, em 2008, os bancos *Northern Rock* e *Merrill Lynch* e a seguradora AIG com vistas a mitigar os efeitos sistêmicos

A Diretiva União Europeia nº 80-723, de 29.07.1980, que estabelece normas relativas à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, traz um conceito de “empresa pública” no direito comum europeu que se fundamenta na ideia de “influência dominante”, considerando-se estatal toda a sociedade em que o poder público possa direta ou indiretamente exercer influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem. A diretiva prevê presunção de influência dominante nos casos em que o poder público detenha a maioria do capital subscrito, disponha da maioria dos votos ou possa designar mais da metade dos membros dos órgãos de administração, direção e fiscalização da sociedade. Note-se que as hipóteses em que a influência é presumida são meramente exemplificativas, havendo margem para que a influência dominante seja reconhecida em outros casos concretos, a depender das peculiaridades da empresa. A definição de estatal no direito europeu, portanto, está atrelada a um aspecto subjetivo - a existência ou não de influência dominante do Estado na companhia -, não havendo que se falar em definição estática tal como previsto no direito brasileiro. Esse modelo tem a vantagem de abrir espaço para mais situações concretas em que o poder público possa ou não efetivamente determinar os rumos da empresa, mas, por outro lado, tem a desvantagem de trazer maior insegurança jurídica, na medida em que uma mesma sociedade pode ser considerada ou não estatal dentro de um curto espaço de tempo, bastando que sejam modificadas as condições para o exercício de controle na companhia.

¹⁶⁰ Ainda que nossa opção topográfica tenha sido por incluir os *bailouts* na atuação direta do Estado, deve-se reconhecer que eles também possuem um aspecto de fomento, principalmente em se tratando de resgates a entidades privadas, na medida em que acabam por estimular aquele setor. Contudo, inserimos os salvamentos no âmbito da atuação direta por dois motivos principais: (i) uma das técnicas mais utilizadas para executá-lo é a aquisição de ações da companhia resgatada pelo poder público, que passa a ter participação societária em seu capital social; e (ii) os resgates a Estados-Nações não parecem exatamente se caracterizar como fomento, visto que este em geral recai sobre atividades e/ou setores da economia, e não nações.

¹⁶¹ Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,netos-de-renault-buscam-indenizacao-imp-724139>>. Acesso em 05 maio 2015.

que poderiam advir de sua falência para as economias do Reino Unido¹⁶² e dos EUA¹⁶³.

O salvamento de agentes privados pode se consubstanciar de três formas: aquisição de ações do agente privado, aquisição de títulos emitidos pelo agente privado ou concessão de empréstimos com condições especiais de pagamento. No caso de agentes públicos, apenas a aquisição de ações não seria aplicável, já que não há que se falar em participação no capital social de um ente público.

Muito embora os *bailouts* não possuam previsão expressa na ordem constitucional brasileira, devem ser considerados admissíveis, na medida em que, em relação à aquisição de ações, o já citado art. 173 admite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, cabendo às autoridades públicas enquadrar, de maneira motivada, a situação que levou à nacionalização nesses conceitos indeterminados. Já a aquisição de títulos e a concessão de empréstimos está ligada às atividades de fomento Estatal previstas no art. 174 da Constituição, que trata do papel do Estado de fiscalizar, incentivar e planejar a economia. Vale frisar que, embora teoricamente essa atividade esteja mais ligada ao fomento do que à atuação direta, optamos, aqui, por tratar dos resgates em um bloco unitário por questões de maior didatismo, na medida em que as razões que levam ao resgate - independentemente da forma como ele se operacionaliza - costumam ser as mesmas.

Começaremos este capítulo com o estudo dos *bailouts*, em primeiro lugar os resgates a agentes privados e, em segundo, aqueles realizados em prol de Estados- Nações. Em seguida, analisaremos a criação e a expansão de Estatais, inclusive em relação à possibilidade (ou não) de sua utilização com finalidades macroeconômicas, para, ao final, tratarmos das participações acionárias minoritárias do Estado.

4.2. Operações de resgate a agentes privados em dificuldades: *bailouts*

Em períodos de crise econômica severa, inúmeras empresas privadas passam a buscar socorro junto do poder público para evitar de ir à bancarrota¹⁶⁴. Nesse contexto, não foram poucos os agentes que receberam consideráveis auxílios Estatais para que pudessem manter

¹⁶² BLACK, Julia, Learning from Regulatory Disasters (November 6, 2014). *LSE Legal Studies Working Paper* No. 24/2014.

¹⁶³ Disponível em: <http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1458&context=faculty_publications>. Acesso em 05 maio 2015.

¹⁶⁴ Nos EUA, por exemplo, a montadora General Motors se beneficiou de grande auxílio do governo federal, o que evitou sua falência durante a crise de 2008.

suas atividades, inclusive por meio da estatização de companhias.

Essas operações de “salvamento” ocorrem na medida em que companhias privadas se tornam tão grandes que sua falência passa a ser mais prejudicial para o mercado do que um resgate público, tendo em vista o risco sistêmico advindo de sua possível quebra, com milhares de demissões, perda da confiança do mercado, fuga de investimentos e instabilidade econômica. Trata-se, assim, de empresas consideradas “*too big to fail*”, isto é, grande demais para falir¹⁶⁵.

Os resgates são, portanto, efetuados com vistas a garantir a estabilidade do sistema financeiro, injetar liquidez no mercado e restaurar a confiança no mercado, trazendo à tona uma nova função do Estado pós-moderno: o papel de salvador e estabilizador da economia em situação extremas, dado seu maior fôlego econômico-financeiro em relação aos agentes privados¹⁶⁶.

O papel do Estado como agente último de salvação da economia em momentos de crise econômica severa - e a contradição que isso representa para o capitalismo - é abordado com precisão por Jürgen Habermas¹⁶⁷:

Em relação à domesticação do capitalismo financeiro asselvajado, ninguém pode se iludir sobre a vontade majoritária das populações. No outono de 2008, pela primeira vez na história do capitalismo, a espinha dorsal do sistema da economia mundial, impulsionada pelo mercado financeiro, pôde ser salva do colapso apenas com as garantias dadas pelos contribuintes. E esse fato de que o capitalismo não pode mais se reproduzir por força própria se sedimentou desde então na consciência dos cidadãos, que devem responder, como contribuintes, pela „falha do sistema”.

¹⁶⁵ STIGLITZ, Joseph. *Op. Cit.*

¹⁶⁶ “O aumento de operações financeiras virtuais e a desregulação de sistemas de supervisão levou à ascensão do Estado como salvador, a pedra angular de ações públicas sem precedentes no período de crise econômica e atuação do poder público no domínio econômico (...). O papel estabilizador do Estado é igualmente fundamental, fato frequentemente ignorado em períodos de expansão da economia e do mercado, mas que se mostra inevitável em situações de crise, particularmente aquelas de natureza financeira. Os Estados são as únicas entidades que possuem os recursos financeiros necessários para financiar pacotes de resgate. Além disso, são os únicos que detêm os poderes e a legitimidade necessários para realizá-los”. Tradução livre do original: “The increase in paperless financial operations and the deregulation of oversight systems has given rise to the State as savior, the cornerstone of emergency public measures that were unprecedented during the time of State management of and involvement with the market. (...) A stabilizing role for the State is also fundamental, a fact often overlooked in times of economic and market expansion, but which nevertheless becomes unavoidable in crisis situations, particularly those of a financial nature (...) States are the only entities that possess the financial resources necessary to fund rescue packages. Moreover, they are the only ones who have the necessary authorizing powers, as well as the acknowledged legitimacy to exercise them.”. (NAPOLITANO, Giulio. The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: New Challenges for Administrative Law. In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010. p. 572-573)

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Ed. UNESP, 2012. p. 131.

Parcela considerável da doutrina, no entanto, critica tais resgates¹⁶⁸, sob o argumento de que a prática seria dotada de elevado risco moral, na medida em que acabaria por gerar incentivos para que dirigentes de grandes conglomerados, cientes de que suas companhias seriam posteriormente salvas por agentes estatais, atuassem de forma descuidada (*reckless*).

Entretanto, não se pode ignorar que os “salvamentos” ocorrem de forma sistemática em períodos de crise nos mais diversos países do mundo. Uma análise de direito comparado permite verificar que algumas dessas operações de resgate possuem efeitos positivos para a economia e a sociedade onde ocorrem, evitando colapsos ainda maiores em situações de crise. Exemplos já mencionados são a montadora francesa Renault, nacionalizada após a II Guerra Mundial, o *Northern Rock*, o *Merrill Lynch* e a seguradora AIG, os dois últimos nacionalizados pelos governos britânico e norte-americano, respectivamente, em 2008 durante a crise do *subprime*.

Salienta Giulio Napolitano que essa universalização dos *bailouts* pode, na verdade, decorrer de captura dos gestores públicos por grandes conglomerados privados, que possuem maior poder de pressão sobre o governo, inclusive, numa perspectiva típica da Teoria da *Public Choice*¹⁶⁹, quanto à possibilidade de reeleição dos detentores de poder, principalmente nas localidades em que o financiamento privado de campanhas permite que esses mesmos conglomerados financiem plataformas eleitorais.

Há, ainda, questões graves quanto aos critérios de seleção para os possíveis resgatados, quanto aos mecanismos a serem utilizados para que o poder público possa definir aqueles agentes considerados “grandes demais para falir” e aqueles cuja falência não é dotada de risco sistêmico apto a ensejar o salvamento.

O estabelecimento legal prévio de possíveis critérios para o *bailout* teria a vantagem de trazer maior objetividade à escolha dos resgatados, mas, por outro lado, aumenta consideravelmente o risco moral no setor financeiro, uma vez que os diretores das instituições privadas já saberiam de antemão os requisitos que deveriam preencher para fazer jus a um

¹⁶⁸ Ver: STIGLITZ, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010. E também: BAKER, Tom; e MOSS, David. *Government as risk manager*. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. p. 89-111.

¹⁶⁹ “Sob uma perspectiva da *Public Choice*, essas medidas são o resultado de uma mudança de mercado no processo político em benefício dos grupos de pressão mais organizados (Davidoff e Zaring:2009; nessa obra, para uma perspectiva comparada, vide Capítulo 32, de Irma Sandoval). Em uma abordagem da teoria política positiva, elas são o efeito de uma estratégia racional de atores políticos que visam a maximizar as chances de serem reeleitos” (tradução livre). No original: “*From a public choice perspective, these measures are just the result of a market exchange in the political process, to the benefit of the most organized pressure groups (Davidoff and Zaring 2009; in this book, for a comparative approach, see Chapter 32 by Irma Sandoval). On a positive political theory approach, they are the effect of a rational strategy by political actors aiming to expand their chance of being re-elected*”. NAPOLITANO, Giulio. *Op. Cit.*. p. 573.

resgate estatal em caso de risco iminente de falência. Por outro lado, a não definição prévia de critérios de salvamento dá azo a decisionismo administrativo no momento de escolha das entidades beneficiadas - por exemplo, por que o governo americano resgatou a AIG e não fez o mesmo com o Banco Lehman Brothers? - e amplia o risco de o gestor público ser capturado por interesses privados das entidades financeiras.

Entendemos que o elevado risco moral deve afastar o estabelecimento prévio de critérios de escolha de resgatados, mas, a fim de evitar a arbitrariedade e captura, a decisão pelo salvamento deve ser precedida de ampla justificção e análise técnica do risco sistêmico inerente à falência. Além disso, é altamente necessário o salvamento seja acertado por meio de instrumento que imponha condições e encargos à entidade privada, como a manutenção de empregos e a não utilização de recursos públicos para a distribuição de bônus a membros da diretoria.

A ênfase na imposição de condições para o resgate vem da experiência prática. No caso da AIG, a ausência dessas condicionantes fez com que recursos do Tesouro Americano fossem utilizados para o pagamento de bônus milionários a membros da diretoria - cuja conduta descuidada, frisa-se, havia contribuído decisivamente para a deterioração da companhia -, enquanto milhares de pessoas comuns perdiam seus empregos e suas moradias por conta da crise econômica severa. Essa contradição levou a uma série de protestos populares que culminaram no movimento que ficou conhecido como *Occupy Wall Street*, em que uma série de pessoas, sobretudo jovens, ocuparam ruas do centro financeiro de Nova York em protesto aos grandes agentes capitalistas e à crise do *subprime*¹⁷⁰.

O resgate pode ser realizado de três formas, a saber: empréstimos com condições favorecidas, aquisição de títulos emitidos pelo agente que estejam enfrentando problemas de liquidez e aquisição de ações¹⁷¹.

Nos empréstimos com condições favorecidas, o poder público libera recursos do Erário a título de financiamento para o agente privado, que deverá restituir esse montante em condições mais favoráveis do que as usualmente praticadas no mercado, por exemplo, com juros menores e/ou prazos mais diluídos. Nesse caso, o governo não assumirá participação societária na entidade, que permanecerá totalmente privada. O poder público será, apenas, credor daquela.

Já na aquisição de títulos que enfrentem problemas de liquidez, chamados na prática do mercado de “títulos podres”, o poder público adquire uma série de valores mobiliários

¹⁷⁰ Disponível em: <<http://occupywallst.org>>. Acesso em 05 maio 2015.

¹⁷¹ NAPOLITANO, Giulio. *Op. Cit.*. p. 573.

(exceto ações) emitidos pela companhia que não estejam sendo bem aceitos no mercado ou cujo valor de negociação tenha despencado em relação a seu valor de emissão. Com isso, pretende-se evitar a falência da instituição e garantir que ela mantenha fôlego financeiro para operar.

Note-se que, na compra de títulos, não há aquisições de ações, mas de valores mobiliários que não traduzem participação no capital social, como os derivativos e as debêntures. É nesse ponto que se diferencia a compra de títulos de baixa liquidez da aquisição de ações; a ideia, aqui, é garantir liquidez para a instituição sem que o poder público se torne acionista da companhia.

Por fim, a compra de ações é a forma de *bailout* em que o poder público adquire participação no capital social da companhia em dificuldades financeiras. Dependendo do número de ações adquiridas, de sua classe e de seu valor nominal¹⁷², a participação Estatal poderá ser majoritária ou minoritária; no direito brasileiro, se o Estado se tornar titular de mais da metade (50% + 1) das ações com direito a voto¹⁷³, será considerado controlador da entidade, ao passo que a aquisição de menos da metade das ações com direito a voto fará com o que o poder público se torne acionista minoritário.

Caso o Estado torne acionista controlador, a companhia terá sido nacionalizada e passará a integrar a estrutura da Administração Pública Indireta, na forma de empresa pública (se a totalidade do capital social passar à titularidade estatal) ou de sociedade de economia mista (se mais da metade do capital social se tornar público).

Nesse sentido, caso o adquirente das ações seja o próprio ente público (Administração Direta), poder-se-ia concluir, no ordenamento jurídico brasileiro atual, pela necessidade da edição de lei *stricto sensu* que autorize a aquisição de percentual superior à metade do capital social de sociedades particulares, na medida em que o Decreto-Lei nº 200/67 exige (arts. 5º, II e III) a edição de lei que autorize a criação de empresas públicas e sociedades de economia

¹⁷² O valor nominal de uma ação diz respeito à parcela do capital social que aquela fração representa. Nas palavras de José Edwaldo Tavares Borba, “Correspondendo o capital social a um determinado número de ações, cada ação representa uma fração desse capital, do que resulta para cada ação um valor ideal, que não é senão o quociente da divisão do montante do capital pela quantidade de ações. Se o valor ideal é declarado, tem-se uma ação com valor nominal, se não o é, tem-se uma ação sem valor nominal. Existindo valor nominal, que será o mesmo para todas as ações, constará este do estatuto e dos certificados. Além disso, nenhuma ação poderá ser emitida por preço inferior ao seu valor nominal (art. 13 [da Lei nº 6.404/76]), sob pena de nulidade do ato e responsabilização civil e criminal dos autores da infração” (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Renovar. 12ª edição. 2010. p. 232). Já a classe da ação diz respeito aos direitos que a ação confere a seu titular, dividindo-se em ordinárias, ações que asseguram os direitos básicos do acionista previstos na Lei nº 6.404/76, e preferenciais, ações que asseguram direitos distintos daqueles previstos na Lei das Sociedades por Ações. Para maiores explicações vide: Borba, *Idem*, p. 238-246.

¹⁷³ Art. 5º, II e III do Decreto-Lei nº 200/1967. Esta definição legal é criticada pela doutrina, como veremos nas seções seguintes.

mista. Já na hipótese de o adquirente das ações ser uma empresa estatal, a necessidade de autorização legislativa seria suprida pela existência de lei que autorize a criação de subsidiárias pela estatal, não sendo necessária a edição de lei específica.

No Brasil, a Lei nº 11.882/2008, fruto da conversão da Medida Provisória nº 442, traz um importante mecanismo de resgate a instituições financeiras com dificuldades de liquidez, autorizando o Conselho Monetário Nacional, a (i) estabelecer critérios e condições especiais de avaliação e de aceitação de ativos recebidos pelo Banco Central do Brasil em operações de redesconto em moeda nacional ou em garantia de operações de empréstimo em moeda estrangeira; e (ii) mitigar, nas mesmas operações, as exigências de regularidade fiscal do banco devedor, exceto a regularidade previdenciária. A medida é relevante porque operações de redesconto¹⁷⁴ e de empréstimo são importantes mecanismos de captação de recursos pelos bancos comerciais, os quais serão posteriormente disponibilizados como oferta de crédito. Com isso, asseguram-se tanto a recapitalização de bancos comerciais em dificuldades quanto a garantia de crédito na praça.

Já no Direito Comparado, a aprovação, em 2008, do *Trouble Asset Relief Program – TARP* Estados Unidos, em resgate a uma série de instituições financeiras por meio de empréstimos e nacionalizações deu-se por meio de lei, que enfrentou bastante resistência da opinião pública americana ligada à tradição liberal clássica defensora de uma menor participação do Estado na economia. Já no Reino Unido, a própria lei que trata do sistema bancário admite a nacionalização excepcional e temporária de instituições financeiras, dispositivo que foi utilizado durante a crise para a nacionalização de oito grandes bancos por um total de 50 (cinquenta) milhões de libras esterlinas. Outros países europeus, como Espanha e Itália, ofereceram pacotes de salvamento distintos da nacionalização, baseados no oferecimento, pelo poder público, de garantias lastreadas em títulos da dívida pública aos títulos cuja liquidez se encontrava em xeque¹⁷⁵.

Em que pesem as duras críticas aos *bailouts*, reconhecemos que pode haver casos em que a omissão estatal poderia produzir resultados mais graves do que o resgate pelo poder público. Por outro lado, não nos mostramos insensíveis às ponderações trazidas pela doutrina (Stiglitz, por exemplo) quanto aos riscos derivados do uso indiscriminado dessas operações – sobretudo no que tange ao risco moral, à isonomia entre agentes privados e à responsabilidade

¹⁷⁴ Operação de redesconto é um empréstimo concedido pelo próprio Banco Central a um banco comercial, remunerado por meio de uma taxa de desconto, com a finalidade de trazer maior liquidez à instituição devedora. Os juros cobrados pelo Banco Central nas operações de redesconto estão diretamente relacionados com a oferta de crédito no mercado: quanto menores as taxas de redesconto, mais crédito é ofertado pelos bancos comerciais, ao passo que, quanto maiores essas taxas, mais caro e escasso se torna o crédito.

¹⁷⁵ NAPOLITANO, Giulio. *Op. Cit.* p. 574-576.

dos dirigentes dessas companhias.

Nesse sentido, os salvamentos devem ser utilizados com parcimônia e apenas nos casos em que, comprovadamente, sua não efetivação traga prejuízos ainda maiores àquela comunidade – e não apenas ao agente privado. Para isso, consideramos fundamental que os resgates a grandes empresas sejam (i) precedidos de estudos técnicos quanto à sua viabilidade e aos efeitos diretos e sistêmicos de sua não realização, a fim de que a decisão do gestor público no caso concreto seja devidamente fundamentada; e (ii) acompanhados de uma série de condições e restrições à entidade resgatada, como por exemplo a exigência de manter empregos, pagar salários em atraso e a proibição do uso de recursos públicos para condutas indesejáveis e/ou especulativas, como o pagamento de bônus e a aquisição de novos títulos de alto risco.

4.3. Operações de resgate internacional a estados em dificuldades

Vimos na seção anterior os resgates a agentes privados em situação de crise severa. Agora, passaremos a analisar os salvamentos de Estados-Nações que também enfrentem crises graves. Essa espécie de resgate pode ser realizada tanto por outros países que estejam em situação econômica mais favorável quanto por organismos e bancos internacionais, como o Banco Europeu, a União Europeia e o Fundo Monetário Internacional - FMI.

Durante a crise internacional de 2007-2010, foram concedidos empréstimos facilitados para os países mais afetados da União Europeia, como Portugal, Espanha e Grécia. A maior parte desses empréstimos foi concedido pelo Banco Europeu, pela União Europeia e pelo FMI (a *Troika*), que impuseram condições tão severas que parte da doutrina em Portugal, como Paulo Otero, entende que nossa antiga metrópole não mais seria um Estado-Nação, mas, sim, um protetorado da União Europeia¹⁷⁶.

Em termos de técnica para a efetivação, o resgate ao Estado-Nação pode ser materializado por meio de aquisição de títulos da dívida pública emitidos pelo país resgatado ou, mais comumente, por meio de empréstimos concedidos com condições mais vantajosas para o pagamento. No entanto, nos casos em que os empréstimos são concedidos por organizações internacionais, é comum que fiquem sujeitos ao cumprimento de determinados encargos pelo devedor, ligados à implementação de políticas de austeridade, como o aumento de tributos, redução dos gastos públicos e mudanças em regras de aposentadoria. Na história

¹⁷⁶ OTERO, Paulo. A crise: um novo direito administrativo? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (org.). *A crise e o Direito*. Almedina. 2013.

recente, os resgates efetivados aos países europeus mais afetados pela crise ocorreram por ambas as modalidades, embora tenham sido mais numerosos os resgates por entidades internacionais, a exemplo dos pacotes da *Troika* para Portugal.

Os resgates realizados em prol de Estados-Nações podem gerar conflitos de soberania em relação ao país resgatado, sobretudo nas hipóteses em que haja condições para o salvamento, uma vez que, aceitas essas condições, passará a haver uma ingerência do "salvador" no Estado salvo. Essas questões foram objeto de debate na Grécia nos últimos tempos, com a eleição do partido esquerdista Syriza para o governo no primeiro semestre em 2015, o que à época gerou atritos com o FMI e o Banco Europeu com relação ao cumprimento dos compromissos de implementação de políticas de austeridade no país. Hoje, porém, a discussão parece um pouco mais superada, com o compromisso do Syriza de dar continuidade às políticas da *Troika* - o que se revelou algo decepcionante para os eleitores de esquerda que acreditaram uma mudança na condução da economia grega¹⁷⁷.

Quando o resgate é levado a cabo por outro país, há, também, polêmica sob o ponto de vista do "salvador", na medida em que o Estado que promove o salvamento investirá recursos próprios no exterior em meio a um contexto internacional de crise (tanto que outro Estado necessitou de ajuda externa), em que a população do ente que resgata, embora este não esteja sendo tão afetado pela crise, poderia preferir aplicar estes recursos no próprio país.

Essa situação ocorreu na Alemanha quando da efetivação de empréstimo à Grécia durante a crise internacional de 2007-2010. O ato de concessão do empréstimo foi questionado perante o Tribunal Constitucional Alemão, que acabou decidindo pela sua constitucionalidade frente à ordem jurídica germânicas, porém, para conferir maior legitimidade democrática aos salvamentos internacionais, assentou que futuros resgates semelhantes deveriam ser previamente submetidos ao Parlamento¹⁷⁸.

Em comentários sobre a Constituição da Europa, Jürgen Habermas, com grandes doses de ironia, salienta que as próprias razões que levam o país que resgata a agir dessa forma podem ser postas em xeque, destacando que a Alemanha teria promovido o resgate à Grécia por ser a principal economia da zona do Euro e ter nos países mais periféricos da unidade monetária um importante mercado consumidor para sua produção industrial, o que explicaria a preocupação país em garantir a sobrevivência da moeda única. Além disso, bancos alemães são grandes credores desses países, gerando ainda mais pressão sobre Berlin para garantir a

¹⁷⁷ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/terceiro-pacote-de-ajuda-grecia-pode-chegar86-bilhoes-16743818>>. Acesso em 13 jul. 2015.

¹⁷⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-08/suprema-corte-alema-aprova-ajuda-grecia-faz-advertencias>>. Acesso em 13 jul. 2015.

liquidez dessas nações, ainda que contra a vontade inicial do governo salvador¹⁷⁹.

Observa-se, portanto, que os salvamentos a Estados-Nações não são infensos a críticas e polêmicas; contudo, em momentos de crise econômica severa, por vezes os empréstimos internacionais representam a única solução viável para que o país possa garantir liquidez e garantir o saneamento das contas públicas.

4.4. Criação de novas estatais

Analizamos na seção acima a intervenção direta do Estado na economia por meio de salvamentos a agentes privados e públicos. Passaremos, agora, a analisar a atuação direta levada a cabo por meio da criação de estatais.

O advento de uma nova empresa estatal, no Brasil, dá-se em duas etapas: primeiramente, é aprovada uma lei, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que autoriza a sua criação (art. 173 e 71 da Constituição) e, em segundo lugar, os atos constitutivos daquela sociedade são registrados no órgão competente (a Junta Comercial, em se tratando de estatal econômica, ou o Registro Civil das Pessoas Jurídicas, no caso de prestadora de serviços públicos).

Por meio da criação de uma empresa estatal, o poder público opta por desempenhar diretamente uma atividade econômica, medida que, em momentos de crise, pode servir de importante estímulo para a retomada do crescimento, tendo em vista que a elevada capacidade de investimento dos agentes públicos permite-lhes injetar recursos na nova estatal com vistas a assegurar que ela manterá altos níveis de produtividade, gerando empregos e circulação de riqueza através do aumento da demanda por insumos.

Exemplo importante de ser mencionado no direito brasileiro envolvendo a criação de estatais em momentos de crise econômica é o da Lei nº 11.908/2008, fruto da conversão da Medida Provisória nº 443, que autoriza a criação da empresa pública CAIXA - Banco de

¹⁷⁹ Em Moscou, sob a sombra da tradição da velha República Federal da Alemanha, Merkel havia deixado para trás, naquele 8 de maio em Bruxelas, a luta de semanas de uma lobista a favor dos interesses nacionais do membro economicamente mais forte da União. Apelando ao exemplo de disciplina orçamentária alemã, ela havia bloqueado uma ação comum da União que daria apoio oportuno à solvibilidade da Grécia contra uma especulação que intencionava a bancarrota do país. Declarações de intenção inócuas haviam impedido uma ação preventiva comum. A Grécia seria um caso isolado. Só depois do mais recente choque das bolsas a chanceler começou a transigir de maneira atônita, amolecida pela massagem de ego realizada coletivamente pelos presidentes dos Estados Unidos, do FMI e do Banco Central Europeu. Por meio das forças de aniquilação em massa da imprensa sensacionalista, ela parecia ter desviado os olhos da força percuniente das armas de aniquilação em massa dos mercados financeiros. Ela não queria, a nenhum preço, uma zona do euro onde quem não quisesse a unificação político-econômica teria de esquecer a união monetária, como diria o presidente da Comissão Europeia, José Manuel Barroso. (HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Ed. UNESP, 2012. P. 126)

Investimentos S.A., subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, com o objetivo de explorar atividades de banco de investimento e participações societárias. A mesma lei também autorizou o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a constituir subsidiárias e adquirir participações societárias, o que será visto com mais detalhes na subseção relativa às participações societárias minoritárias do Estado.

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

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

Por outro lado, o advento de uma estatal cujas competências se sobrepõem a agências reguladoras ligadas ao setor de transportes, como a ANTT e a ANTAQ, mostra um esvaziamento - um *institutional by-pass* - do modelo de agências independentes outrora eleito pelo governo federal para a condução de assuntos de alta complexidade técnica. Trata-se de clara manifestação da preferência do atual governo por um modelo de gestão mais centralizador, em detrimento da chamada Administração policêntrica.

A opção, na verdade, é mais política do que jurídica, tendo em vista que a Constituição brasileira possui como uma de suas principais características o caráter compromissório e conciliador em relação a pensamentos econômicos divergentes. Nesse sentido, ambos os modelos - Administração centralizada ou policêntrica - encontram assento na ordem constitucional brasileira, sobretudo em se tratando da competência de agências reguladoras não expressamente previstas no Texto Maior, cabendo a escolha por um ou por outro ao projeto político democraticamente eleito - fator essencialmente contingente.

Na mesma esteira de um modelo mais concentrado de gestão, temos, ainda, o caso da Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA, empresa pública federal criada em 2012 sob a forma de

sociedade anônima, que tem por objeto “a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União” (art. 2º, Lei nº 13.304/2012). Com a adoção do modelo de partilha para a exploração de petróleo encontrado na área geológica do “Pré-sal”, incumbe à PPSA justamente a gestão dos contratos firmados para esta finalidade. Ademais, no modelo de partilha, é também obrigatória a participação da Petrobrás nos consórcios vencedores das licitações para lavra desses minerais.

Outro exemplo de concentração de gestão diz respeito à opção pelo modelo de *open access*, em que o concessionário não apenas se administra a malha e se responsabiliza pela manutenção da infraestrutura, como também detém os direitos de exploração do trecho, podendo cobrar tarifas para que outros operadores utilizem a infraestrutura, para as concessões de ferrovias durante a primeira fase do Programa de Investimentos em Logística (PIL), em 2012. No modelo adotado pelo governo federal, a Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., empresa pública federal vinculada ao Ministério dos Transportes (Lei nº 11.772/2008) seria a principal concessionária de ferrovias no país, podendo subconceder trechos a empresas privadas. Essa opção foi objeto de questionamentos da iniciativa privada, reticente da capacidade de investimento e da solidez financeira da Valec¹⁸⁰, o que levou o governo federal a rever o modelo na segunda fase do PIL, lançada em junho de 2015 com a promessa de que as novas concessões ferroviárias não mais contarão com a intermediação da Valec.

Ao final de 2015, contudo, o cenário econômico pátrio mostra-se bastante distinto daquele vivenciado até meados de 2014. O modelo expansionista já apresenta sinais mais francos de esgotamento no Brasil, podendo-se observar o retorno do pêndulo em direção a medidas de cunho mais contracionista, como a redução de gastos públicos e a criação de novos tributos (que serão estudadas em capítulo próprio). Com isso, não tem sido mais tão frequente a criação de novas estatais destinadas a desempenhar atividades econômicas.

Já nos EUA e na Europa pode-se afirmar que, durante a crise de 2007-2010, não se verificou uma criação tão intensa de estatais. Nos países mediterrâneos, a gravidade da crise ensejou medidas de austeridade que impunham a redução do Estado, e não a sua expansão. Nos países anglo-saxões, por outro lado, foram estabelecidos diversos órgãos e entidades responsáveis por fiscalizar agentes do mercado financeiro, a exemplo dos entes criados no

¹⁸⁰ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-17/modelo-open-access-concessao-ferrovias-traz-desafios-valec>>. Acesso em 14 jul. 2015.

âmbito da Administração Pública norte-americana pelo *Dodd-Frank Act* (que serão mais bem detalhados no próximo capítulo).

O sistema da *common law* é marcado por um pragmatismo menos preocupado com categorizações do que o sistema da *civil law*, característica que se reflete no fato de as leis americanas e britânicas não especificarem a natureza jurídica do ente criado. Assim, não há que se falar em natureza jurídica de órgãos, autarquias ou qualquer outra categoria das entidades integrantes da Administração Pública em relação às entidades criadas pós crise do *subprime* nos EUA e no Reino Unido para supervisionar o mercado financeiro. Por outro lado, suas competências fiscalizadoras se aproximam, em certa medida, do poder de polícia estudado do direito administrativo de origem francesa, motivo pelo qual não enquadraremos essas entidades como empresas estatais, as quais são criadas precipuamente para desempenhar atividades econômicas ou prestar serviços públicos. Diante disso, trataremos desses entes no capítulo seguinte, dedicado à regulação (sobretudo do sistema financeiro).

4.5. Reestatização de companhias privatizadas

Assim como a criação de novas estatais, a reestatização de sociedades anteriormente desestatizadas em momentos de crise econômica tem como objetivo garantir a produtividade em setores estratégicos, evitando o agravamento da crise e garantindo a manutenção de empregos e demanda por insumos e, com isso, a circulação de riqueza.

A reestatização de uma sociedade anteriormente privatizada pode ser levada a cabo por meio da desapropriação de ações da companhia, na medida em que, do ponto de vista do direito civil, ações possuem natureza jurídica de bens móveis e não há nenhuma vedação à desapropriação de bens móveis. Inclusive, a desapropriação de ações como mecanismo para aquisição de controle societário pelo Estado está expressamente prevista no parágrafo único do art. 236 da Lei nº 6.404/1976 - Lei das Sociedades por Ações¹⁸¹.

A desapropriação das ações será regida pelas normas próprias do direito administrativo, notadamente o Decreto-Lei nº 3.365/1941, com a sua declaração de utilidade ou necessidade pública e o ajuizamento de ação de desapropriação por meio do ente público expropriante. Além disso, como o art. 235 da Lei nº 6.404/76 exige a edição de lei que

¹⁸¹ 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 assembleia-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.

autorize a criação de Estatal, à luz do paralelismo de formas, a desapropriação de ações deve ser, ainda, precedida da edição de lei em sentido estrito que autorize a compra dos valores mobiliários pelo poder público.

De acordo com o art. 5º, XXIV da Constituição da República, a indenização na desapropriação deve ser justa, prévia e em dinheiro; em caso de propositura de ação, será paga pelo regime de precatórios e requisições de pequeno valor previsto no art. 100 da Constituição, podendo ser paga administrativamente em caso de desapropriação amigável.

Ademais, perfeitamente aplicável às desapropriações de ações o art. 15, § 1º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, que autoriza o expropriante a se imitar provisoriamente na posse do bem desapropriado, desde que deposite em juízo o valor da indenização em juízo, autorizado ao proprietário do bem - no caso, os acionistas - a sacar até 80% (oitenta por cento) do valor depositado¹⁸². Havendo, portanto, urgência em adquirir controle da companhia, o poder público poderá requerer a imissão provisória na posse das ações desapropriadas, mediante depósito do valor que entenda devido pelas ações,

A polêmica que surge aqui refere-se a qual valor a Administração expropriante pagará pelas ações, uma vez que estas podem ser avaliadas por múltiplos critérios, como o valor nominal (parcela do capital social que representam), o valor patrimonial (fatia do patrimônio líquido da companhia que representam) ou o valor de mercado (montante pelo qual aquele valor mobiliário está sendo negociado no mercado financeiro). Para assegurar a justa indenização devida constitucionalmente ao expropriado, entendemos que o mais adequado deve ser a estimativa do valor do depósito com base no valor de mercado financeiro no momento da desapropriação.

Na Argentina, por exemplo, a crise - somada a um modelo político mais estatizante do governo Kirchner - deu azo à reestatização da YPF - Yacimientos Petrolíferos Fiscales, companhia do setor petrolífero que fora privatizada anos antes e, até 2012, era controlada pelo grupo espanhol Repsol¹⁸³. A reestatização foi efetivada justamente por meio da desapropriação de 51% (cinquenta e um por cento) das ações, que levou ao pagamento de

¹⁸² Parte da doutrina mais contemporânea, como Jessica Acocella, sustenta a inconstitucionalidade da limitação do saque pelo proprietário do bem expropriado a 80% do valor do depósito, entendendo que o saque deveria ser integral, já que o proprietário irá suportar a perda provavelmente definitiva da posse do bem. Vide: ACOCELLA, Jessica. *Uma releitura da desapropriação à luz da Constituição de 1988 e suas principais repercussões sobre o regime jurídico vigente*. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013. Entendemos que a crítica é igualmente aplicável às desapropriações de ações, visto que estas operações também são regidas pelos mesmos dispositivos aplicáveis às desapropriações de bens imóveis em geral.

¹⁸³ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/2617734/argentina-anuncia-projeto-para-estatizacao-da-ypf/>>. Acesso em 13 jul. 2015.

indenização de cinco bilhões de dólares à Repsol¹⁸⁴.

4.6. Expansão das estatais já existentes

A expansão de estatais já existentes ocorre quando o governo, durante uma crise econômica, opta por ampliar as atividades de estatais já existentes. A expansão das estatais já constituídas se dá por duas grandes formas: a realização de novos investimentos e a atuação macroeconômica por parte da estatal. Passaremos a discorrer sobre essas modalidades nas linhas a seguir.

4.6.1. Realização de Novos Investimentos

A ampliação das atividades de Estatais por meio da realização de novos investimentos ocorre quando a companhia expande suas atividades dentro de seu próprio objeto social, com vistas a promover a circulação de riqueza e a geração de empregos. Tais medidas se mostram operacionalmente viáveis tendo em vista que o acionista controlador da Estatal é o próprio poder público, o que gera duas consequências relevantes para a presente análise: (i) o governo indicará a maioria dos membros dos órgãos de direção da entidade, possibilitando o apontamento de pessoas favoráveis a políticas contracíclicas; e (ii) o governo poderá injetar capital público na companhia, a fim de assegurar que ela terá fôlego financeiro para pôr em prática os investimentos desejados mesmo em momento de retração econômica (e, possivelmente, do acesso ao crédito).

Como exemplo dessa atuação de estatais na execução de políticas contracíclicas no bojo de seu objeto social, podemos imaginar que, em um momento de crise econômica, a Petrobras opte por licitar a reforma e modernização de plataformas de petróleo e a realização de obras em seus estabelecimentos, promovendo o aumento da demanda por insumos e mão-de-obra mesmo durante o período de recessão. Outro possível exemplo seria a Eletrobrás ampliar seus investimentos em energia elétrica, expandindo e modernizando a rede já existente.

Note-se que esses investimentos da estatal, embora inseridos em seu objeto social, podem ter finalidade que transcende o mero objeto daquela companhia, inserindo-se dentro da política macroeconômica do governo - porém, vale frisar, sem comprometer os interesses da companhia. Por exemplo, durante a crise de 2008 a União, valendo-se da sua posição de

¹⁸⁴ Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,repso-recebera-us-5-bi-por-estatizacao-da-ypf,178327e>>. Acesso em 13 jul. 2015.

controladora do Banco do Brasil e de única acionista da Caixa Econômica Federal, determinou que estes bancos estatais reduzissem as taxas de juros e criassem linhas especiais de crédito, com vistas a garantir o acesso ao crédito mesmo no contexto de crise internacional e estimular bancos privados a adotarem o mesmo comportamento.

Além disso, no mesmo período uma lei federal autorizou essas mesmas instituições financeiras a adquirir participações societárias em bancos privados. Ambas as medidas representaram maiores lucros para as estatais no período (isto é, não comprometeram os interesses das companhias) e serão analisadas mais a fundo, respectivamente, no capítulo relativo ao fomento e na seção relativa às participações minoritárias do Estado, ainda neste capítulo.

A decisão de realizar de novos investimentos e ampliar suas atividades está inserida na seara da gestão empresarial da companhia, sendo decidida por meio de seus órgãos de direção. A princípio, não haveria nenhum óbice a essa atuação, tendo em vista que ela se cinge ao objeto social da estatal. Inclusive, é possível que esse aumento das atividades da Estatal leve à ampliação dos lucros da companhia e, por conseguinte, dos dividendos e da remuneração de juros sobre capital próprio que recebe o próprio ente público na qualidade de acionista controlado, como ocorreu no Brasil durante o período da crise de 2008, quando as estatais distribuíram até 47% em média de lucros à União Federal¹⁸⁵.

A polêmica pode surgir, ao revés, na hipótese de a expansão dos investimentos colocar em risco a liquidez e comprometer o lucro da companhia no exercício (sobretudo no caso de a expansão envolver atividades deficitárias), situação em que ela passa a se tornar juridicamente discutível.

Para responder à indagação a respeito da possibilidade de a estatal ampliar suas atividades ao ponto de absorver prejuízos, primeiramente cabe analisar se os lucros são uma obrigação ou uma faculdade da estatal, na medida em que somente será possível cogitar da absorção de perdas por essas companhias em decorrência de investimentos realizados no contexto de políticas anticíclicas se o lucro nas estatais for uma faculdade, mas não uma obrigação.

Geraldo Ataliba e J.A. Lima Gonçalves manifestam-se contrariamente à possibilidade de a estatal apresentar lucros, uma vez que, para os autores, o lucro seria atividade própria do empresariado, ao passo que o Estado deve obter receita por meio da arrecadação de

¹⁸⁵ Disponível em:

<[http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2013/fichas/3.3%20Receita%20de%20Dividendos%20\(ficha%203\).pdf](http://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2013/fichas/3.3%20Receita%20de%20Dividendos%20(ficha%203).pdf)>. Acesso em 13 jul. 2015.

tributos¹⁸⁶. Logo, nesse entendimento, a expansão das atividades da estatal em momentos de crise econômica não poderia ser limitada por uma suposta necessidade de a companhia apurar resultados positivos, já que o lucro seria até mesmo vedado para estatal.

No espectro oposto, Jacintho Câmara Arruda entende que o lucro não seria incompatível com a atividade empresarial do Estado, inclusive porque ele serve de mecanismo para a ampliação das atividades da companhia¹⁸⁷. No mesmo sentido, Mario Engler é expresso ao estender a possibilidade de lucro tanto às sociedades de economia mista quanto às empresas públicas, destacando, porém, que nas primeiras o lucro seria um dever, e não uma mera faculdade, já que os acionistas privados são investidores, que visam ao lucro, e não à consecução de interesses coletivos¹⁸⁸. Contudo, adverte Engler que a facultatividade do lucro nas empresas públicas não significa que elas possam absorver prejuízo, uma vez que o déficit seria incompatível com a organização de direito privado que assumem. Para atividades deficitárias, o poder público deveria optar por constituir autarquias ou fundações públicas, e não pessoas de direito privado¹⁸⁹.

Assim, nas empresas públicas, o lucro seria facultativo, mas mesmo assim essas entidades não podem ser deficitárias, dada sua estrutura de direito privado; já as sociedades de economia mista, por terem acionistas privados, teriam a obrigação de visar ao lucro compatível com padrões adequados de risco-retorno¹⁹⁰. Nesse sentido, em momentos de

¹⁸⁶ “Não serve – pois para tanto é inútil – o critério *superavit* para avaliar o grau de sucesso do desempenho da atividade pública, que não o busca, não o tem como parâmetro, que é a ele (enquanto resultado) indiferente. Mais que isso; o *superavit*, na atividade pública, não pode ser finalidade (**o Estado, se quiser receitas, é obrigado a recorrer aos tributos**, como sublinhou enfaticamente Seabra Fagundes, in RDP, vol. 98, p. 174)”. (ATALIBA, Geraldo. GONÇALVES, J. A. Lima. Excedente contábil: sua significação nas atividades pública e privada. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 6, p. 279, 1994. *Apud* CÂMARA, Jacintho Arruda. Op. Cit., p. 12; grifou-se).

¹⁸⁷ CÂMARA, Jacintho Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, abr./jun. 2012. p. 15.

¹⁸⁸ “A conciliação entre a finalidade lucrativa e interesse público pressupõe a correta compreensão da função econômica do lucro empresarial. O lucro não deve ser encarado como uma vantagem indevida ou um enriquecimento sem causa, cujo produto decorre sempre da cobrança de sobrepreço injustificado dos consumidores – o que seria obviamente inadmissível na atividade empresarial pública. (...) Em matéria de contenção de lucros, existe um limite baseado na razoabilidade e na proporcionalidade que, uma vez ultrapassado, gera a obrigação de o Estado compensar a companhia controlada. **O aspecto mais sensível da convivência público-privada no âmbito da sociedade de economia mista consiste na identificação de um parâmetro minimamente objetivo para aferir a responsabilidade do titular do controle nesse particular**”. PINTO JR., Mario Engler. *Empresa Estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 355. Grifos nossos.

¹⁸⁹ Contra esse entendimento, Ricardo Marcondes Martins: “Registra-se: não é admissível ao Poder Público perseguir o *lucro*, vantagem econômica como fim principal de sua atividade. O Direito admite a exploração da atividade econômica apenas e tão somente para realizar o interesse público, ou, mais precisamente proteger a segurança nacional ou satisfazer relevante interesse coletivo. Por isso **é plenamente admitido que as empresas estatais sejam economicamente deficitárias**: o ‘lucro’ estatal consiste na realização do interesse público, e não na obtenção de mais dinheiro”. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 279; grifou-se.

¹⁹⁰ “A diferença específica entre empresa estatal e empresa privada está na relevância da finalidade lucrativa

adoção de políticas expansionistas, a empresa pública poderia realizar investimentos até o limite do resultado zero, isto é, até o limite de, embora não apurar lucros, não absorver prejuízos; enquanto a sociedade de economia mista ficaria obrigada a observar as normas da legislação societária e, ainda, suas disposições estatutárias referentes à apuração e à distribuição de lucros¹⁹¹.

Entendemos, assim, que, embora a busca pelo lucro pelas sociedades de economia mista possa ser temperada pelas finalidades tipicamente públicas que justificaram a criação da estatal - como é o caso dos investimentos levados a efeito em contextos de políticas econômicas anticíclicas -, essa mitigação encontra limite nas normas da Lei nº 6.040/76 e do estatuto social que protejam os acionistas minoritários e assegurem determinadas regras para a distribuição de dividendos. Isso significa que a sociedade de economia mista poderá, em prol de manter o aquecimento da economia, realizar determinados investimentos a fundo perdido, desde que, no total, seu saldo seja positivo e as regras de proteção aos acionistas minoritários particulares sejam observadas.¹⁹²

No entanto, a expansão das atividades da estatal deve ficar limitada ao seu objeto

(causa final). Na companhia controlada totalitariamente pelo Estado, a obtenção de resultado positivo tem em mira precipuamente assegurar a preservação da empresa enquanto unidade produtiva, o que pressupõe normalmente a autossuficiência financeira. Se houver acionistas privados, o lucro serve ainda para remunerar o investimento acionário, segundo padrões adequados de risco-retorno. Isso obviamente afasta a necessidade de proporcionar ganhos extraordinários ou meramente especulativos aos prestadores de capital. É aí que reside a diferença entre o lucro máximo que impulsiona o empreendedor privado, e o lucro razoável considerado compatível com a função empresarial do Estado”. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Op. Cit.* p. 317.

¹⁹¹ A favor desse posicionamento, pode-se mencionar decisão da Comissão de Valores Mobiliários - CVM envolvendo a Eletrobrás, em que a autarquia fiscalizadora entendeu que a estatal deveria distribuir aos minoritários dividendos previstos no estatuto da sociedade que alcançavam R\$ 7 bilhões, afastando as alegações da estatal de que ela poderia deixar de distribuir lucros com vistas a permitir que a estatal ampliasse investimentos em infraestrutura elétrica. Vide: CVM, Processo Administrativo nº RJ-2007- 13216.

¹⁹² Esse entendimento não é pacífico. Contrariamente à ideia aqui defendida, temos Vitor Rhein Schirato, para quem a atuação dos bancos públicos não poderia contar com essa espécie de subsídio cruzado entre atividades lucrativas e não rentáveis - ideia que poderíamos estender às estatais em geral: “Segundo essa construção da necessidade de subsídio das atividades não lucrativas pelas atividades lucrativas, as instituições financeiras públicas apenas atuam na condição de instituições competidoras para obter os recursos necessários ao desempenho de suas funções. É dizer, o empreendimento de um vasto rol de atividades no setor financeiro seria um instrumento para viabilizar o cumprimento das funções constitucional e legalmente atribuídas às instituições financeiras públicas. Porém, o que se verifica na realidade é exatamente o inverso: quanto mais imergem nas atividades lucrativas competitivas do setor financeiro, mais se afastam as instituições financeiras públicas do exercício de suas funções. A razão para tanto é muito simples: para sobreviver em um mercado extremamente competitivo e com grandes agentes privados altamente qualificados e fortalecidos, as instituições financeiras públicas não podem dar ênfase a suas funções, muitas vezes consideravelmente menos lucrativas (vide, por exemplo, o dever de universalização, que é extremamente oneroso e não raro não traz resultados financeiros efetivos”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou Estado banqueiro? *In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.* Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 285) Com as devidas vênias, entendemos que as razões acima elencadas não seriam suficientes para afastar a possibilidade de a estatal desenvolver algumas atividades deficitárias, desde que seu balanço geral seja positivo, uma vez que a atuação do poder público como acionista controlador deverá servir justamente para garantir que os objetivos institucionais da companhia - o interesse público que justificou a sua criação - sejam observados, sob pena de desvio de objeto passível de tutela pelas instâncias de controle a que se submete a estatal.

social e ao interesse público setorial que justificou a sua criação. Não é possível, assim, que a estatal persiga finalidades para além daquelas elencadas na lei de sua criação - exceto se a própria lei e o seu estatuto forem alterados para prever novos interesses públicos que aquela estatal fica autorizada a concretizar.

Dentro do objeto da estatal e observados os direitos mínimos dos acionistas minoritários previstos no estatuto da companhia e na Lei nº 6.404/76, essa mitigação ao lucro parece compatível com a propriedade majoritariamente pública da estatal, tendo em vista que o acionista privado, ao adquirir ações da sociedade de economia mista, por um lado, participa de uma sociedade que, a princípio, fica afastada do risco falimentar¹⁹³; mas, por outro lado, ficará ciente de que o lucro da estatal poderá - dentro de certas balizas - ser mitigado por outras finalidades que ela persiga além da mera lucratividade.

Sendo assim, em momentos de crise econômica que deem ensejo à implantação de políticas expansionistas, a expansão das atividades da estatal dentro de seu objeto sofreria as seguintes limitações: (i) no caso de empresas públicas, o limite seria o não comprometimento dos recursos mínimos à manutenção da estatal, devendo ser garantida a preservação de recursos suficientes para que a empresa pública não apure prejuízo; e (ii) no caso de sociedades de economia mista, os limites seriam o saldo positivo no balanço da companhia e as normas legais e estatutárias de proteção aos acionistas minoritários.

4.6.2. Estatais como instrumento de políticas macroeconômicas

Além da ampliação das atividades típicas da companhia, outra possível maneira de as estatais ampliarem suas atividades no âmbito de políticas contracíclicas refere-se à utilização dessas companhias para atingir finalidades macroeconômicas, passando as empresas de controle público a funcionar não apenas como atores de um mercado específico, mas também como colaboradores na consecução de objetivos macroeconômicos.

Nesse caso, a atuação da estatal transborda seu objeto social e passa a levar em conta aspectos não ligados a seu objeto com vistas a perseguir determinado objetivo

¹⁹³ Essa é a literalidade do art. 2º, I da Lei 11.101/2005 - Lei de Falências. Há, todavia, bastante polêmica sobre a possibilidade de estatais falirem. Para Tavares Borba, estatais podem falir porque o art. 173 da Constituição estabelece que é vedado às estatais gozar de privilégios não extensíveis às empresas privadas, logo, o autor considera o art. 2º, I da Lei 11.101/2005 (que estabelece a não aplicação da Lei de Falências às estatais) inconstitucional. Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o dispositivo da Lei de Falências deve receber interpretação conforme, para excluir da possibilidade de falência apenas as estatais que prestem serviços públicos, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos. Por sua vez, Marcos Juruena entende que nenhuma estatal, nem as econômicas, pode falir, fundamentando seu entendimento no paralelismo de formas, visto que, como a criação da estatal depende de lei autorizadora, também seria necessária a edição de lei para permitir a extinção da companhia pública.

macroeconômico eleito pelo governo como prioritário, mesmo que isso acarrete a absorção de prejuízos pela estatal. É justamente neste ponto que a atuação macroeconômica se diferencia da expansão das atividades sociais, vista na seção acima: enquanto a atuação macroeconômica se dá para além do objeto da companhia, a expansão das atividades observa os limites do próprio objeto da companhia, definido na lei que autoriza sua criação e nos atos constitutivos.

A atuação macroeconômica, embora extrapole o objeto da companhia, torna-se possível por meio da participação da Administração Pública na composição de órgãos estratégicos das estatais, como os conselhos de administração e as diretorias, o que permite que o poder público dirija a forma como a estatal irá atuar – se mais restrita ao seu mercado e similar a um ator privado ou se mais voltada a objetivos políticos e/ou sociais tidos como relevantes pelo poder central.

Considerando que a atuação macroeconômica da estatal visa um objetivo que transborda o objeto da companhia, ela pode se pautar em interesses mais ou menos legítimos. Entendemos que a única hipótese de uma empresa estatal atuar com base em objetivos macroeconômicos de modo legítimo diz respeito a atuações com vistas à correção de falhas de mercado e/ou ao estímulo de comportamentos socialmente desejáveis naquele mercado, desde que a medida seja compatível com os objetivos da companhia, não acarrete prejuízos à companhia nem represente violação a normas societárias ou tutela da concorrência.

Um exemplo hipotético dessa atuação macroeconômica dentro dos limites aqui estabelecidos seria um caso de existência de oligopólio cartelizado no mercado de combustíveis que fizesse com que a gasolina fosse vendida por cinco vezes o preço de custo e uma distribuidora estatal, tal qual a BR Distribuidora, passasse a comercializar gasolina a 2,5 vezes o preço de custo. Nesse caso, o lucro da companhia ainda seria preservado, mas sua atuação teria por objetivo incentivar os demais agentes daquele mercado a reduzirem seus preços e, com isso, reduzir o peso morto¹⁹⁴ daquele mercado, aperfeiçoando a concorrência.

Os bancos públicos federais atuaram de forma semelhante durante a crise de 2008, reduzindo taxas de juros em suas linhas de crédito com vistas a estimular instituições financeiras privadas a atuar no mesmo sentido e, dessa forma, reduzir o elevado *spread* (diferença entre a taxas de juros básica e aquela efetivamente praticada no mercado) bancário

¹⁹⁴ Peso morto (é um conceito da economia comum em mercados ineficientes - normalmente aqueles marcados pela presença de monopólios, externalidades negativas, subsídios ou controle de preços inadequado - que traduz situações em que o nível de produtividade, tecnologia e inovação é inferior àquele que poderia ser alcançado com as ferramentas disponíveis no momento. Ele ocorre devido à ausência de incentivos adequados para o aumento da produtividade e da inovação, uma vez que um único agente (ou pequeno grupo de agentes) já detém um domínio de mercado assegurado. (Vide: MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 313-430).

no país e manter a economia pujante mesmo no cenário de crise internacional.

Como, nesse caso, as instituições públicas agem de forma não coercitiva, apenas gerando incentivos para que bancos privados adotem determinado comportamento - no caso, a redução das taxas de juros e a expansão do crédito -, sem obrigá-los a tanto, a questão será analisada com maior profundidade no capítulo V, que trata do fomento. Por ora, fica o registro de que, embora a medida tenha sido feita com que os bancos públicos apurassem lucros bastante expressivos, há polêmica quanto à sua legitimidade. Há autores, como Vitor Rhein Schirato, que se manifestam contrariamente à conduta dos bancos estatais de reduzir juros, afirmando que teria acarretado prejuízo às instituições, inflação e estagnação econômica¹⁹⁵.

Já como exemplo da atuação macroeconômica das estatais em prejuízo da companhia e, portanto, flagrantemente ilegítima, pode-se mencionar a atuação da Petrobrás durante os exercícios de 2013 e 2014 no auxílio ao governo federal ao controle da inflação por meio da concessão de subsídios a estes combustíveis pela própria estatal com vistas à manutenção artificial de preços de combustíveis derivados de petróleo inferiores àqueles que seriam praticados no livre mercado¹⁹⁶.

Outro exemplo – ainda mais polêmico e também em prejuízo da pessoa jurídica de utilização macroeconômica de estatais pelo Poder Público Central se deu recentemente no caso das chamadas “pedaladas fiscais”, como ficou conhecida no jargão popular a prática do governo federal de atrasar repasses devidos a bancos públicos em razão do pagamento de benefícios sociais, como o Bolsa Família, o Seguro-Desemprego e os subsídios ao Minha Casa Minha Vida. Na análise das contas apresentadas pela Presidente da República para o exercício de 2014, o Tribunal de Contas da União considerou a prática ilegal (Acórdãos nº

¹⁹⁵ “Paradoxalmente, [mesmo após o fim da crise de 2008] continuaram essas instituições a ser utilizadas como instrumento de realização de políticas públicas, como se verificou na implantação da política governamental de redução dos juros bancários, em que as instituições públicas passaram a oferecer crédito a taxas muito inferiores às práticas de mercado, forçando as instituições privadas a seguir o mesmo caminho, bem como na realização de programas públicos como o ‘Minha Casa, Minha Vida’ do Governo Federal. (...) Aqui é importante mencionar que não estamos a defender a atuação das instituições financeiras públicas nesse caso. É evidente que era importante a realização de uma política pública relacionada a taxas de juros bancárias. Contudo, fazê-lo com o preço de consumir o lucro de instituições financeiras de capital aberto, em movimento claramente artificial e ao arpejo dos mecanismos mais idôneos é, evidentemente, um equívoco. Os efeitos verificados no descontrole da inflação e na estagnação econômica deixam isso claro” (SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou Estado banqueiro? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 266).

¹⁹⁶ Felipe de Melo Fonte traz os seguintes comentários sobre o tema: “Como forma de amenizar o impacto da inflação, o Governo Federal vem lançando mão das opções políticas que estão ao alcance: manteve o preço dos combustíveis, que tem alto impacto na composição dos índices, abaixo do custo de produção, em prejuízo da Petrobrás - Petróleo Brasileiro S.A. - e solicitou aos governos das capitais mais importantes do país que posterguem eventuais aumentos de tarifas públicas, contratualmente devidos às concessionárias de serviços públicos”. (FONTE, Felipe de Melo. Supervisão ministerial e controle societário de empresas estatais: três standards para um modelo de complementariedade e limitação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 183).

825/2015, 1.464/2015 e 2.461/2015, todos do Plenário) e emitiu parecer pela rejeição da prestação de contas.

O principal argumento utilizado pelo TCU nas decisões que consideraram as “pedaladas” ilegais foi a vedação a operações de crédito entre entes públicos e instituições financeiras estatais controladas pelo ente devedor trazida pelo art. 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000)¹⁹⁷. Considerou o TCU que os arts. 29 e 37 da LRF trazem um rol meramente exemplificativo do que se consideram operações de crédito e equiparadas¹⁹⁸, de modo que o atraso proposital e reiterado¹⁹⁹ na transferência de recursos públicos destinados à cobertura de benefícios sociais poderia ser enquadrada como operação de crédito.

Além disso, a Corte de Contas Federal considerou que na Lei Orçamentária Anual – LOA de 2014 o pagamento dessas despesas estava prevista para enquadramento na chamada “Fonte 100”, “*que representa recursos livres e ordinários arrecadados pelo Tesouro ao longo do respectivo exercício financeiro*”. Dessa forma, promover a realocação da despesa para custeio, ainda que temporário, pelos bancos operadores dos benefícios representaria

¹⁹⁷ Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não proíbe instituição financeira controlada de adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios.

¹⁹⁸ Veja-se o seguinte trecho do Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário: “Pedindo escusas, desde já, por começar a discorrer sobre dedução aparentemente elementar, mas necessária em atenção à linha argumentativa trazida na peça de defesa, a LRF não se limitou a considerar como operação de crédito apenas a situação de ingresso de numerário na conta única do Tesouro Nacional. A mera interpretação literal daquela lei complementar leva a conclusão distinta. Neste ponto, permito-me passar brevemente pela conceituação e classificação das operações de crédito à luz da LRF. Essa lei, até pela sua configuração de norma predominantemente conceitual e principiológica, procurou elastecer ao máximo o conceito de operação de crédito, sem, contudo, restringi-lo. Essa conclusão é reforçada pela expressão “e outras operações assemelhadas” prevista naquele mesmo dispositivo da LRF (art. 29, inciso III), o que não impõe dúvidas sobre o caráter exemplificativo daquele rol conceitual. Nesse contexto, tamanha a preocupação do legislador complementar em promover disciplina não exaustiva das operações de crédito para os fins de controle do endividamento público e da transparência orçamentária, notadamente que resolveu, por meio do art. 37, alçar à condição de operação de crédito (por equiparação) uma lista de situações corriqueiras que a praxe da gestão pública do passado acusava como merecedoras de controle maior, porquanto ocorridas ao largo da prudência e da transparência fiscal. Assim como as clássicas, essas operações equiparadas não se limitam às do art. 37 por mera interpretação sistemática e teleológica da lei. Em suma, tem-se o seguinte: no art. 29, inciso III, estão as operações de crédito clássicas; e nos arts. 29, § 1º, e 37, as equiparadas. Além disso, a lei permite que casos assemelhados aos descritos nos comandos acima também possam se enquadrar no conceito legal de operação de crédito, para fins de atendimento às condições, exigências e vedações estabelecidas nesta norma legal (arts. 32 a 36; e 38 da LRF, entre outros)”.

¹⁹⁹ Confira-se novo trecho do Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário: “É o que ocorreu, por exemplo, na passagem do mês de fevereiro para o mês de março. Perceba-se que, como a dívida, até então, não estava sendo registrada pelo Bacen, a variação no endividamento ocorrida em razão do atraso no repasse dos recursos à CAIXA (o qual deveria ter ocorrido até 28 de fevereiro) não foi captada em fevereiro, mas apenas no primeiro dia do mês de março, quando ocorreu a queda do saldo das disponibilidades da União (coluna A). Ou seja, o mecanismo de postergar o impacto de dispêndios primários – conhecido pelo jargão ‘pedalada fiscal’ – somente é possível se as estatísticas fiscais oficiais não estiverem captando adequadamente todos as obrigações e ou haveres do respectivo ente federado”.

abertura de crédito suplementar sem autorização por lei, o que contraria o disposto nos arts. 167, II da Constituição da República e 5º, § 1º da LRF²⁰⁰.

O Tribunal de Contas da União afastou, ainda, o pedido formulado pela Advocacia Geral da União de modulação dos efeitos do entendimento pela ilegalidade das “pedaladas”, afirmando que, no caso, não haveria que se falar em violação à confiança legítima nem à segurança jurídica, uma vez que jamais teria havido dúvida quanto à aplicabilidade dos dispositivos invocados pela Corte de Contas para considerar inconstitucional a manobra. Destacou-se, inclusive, que o fato de análises das prestações de contas de anos anteriores não terem apontado tal irregularidade não importa chancela da prática, não havendo obrigação de o TCU apresentar um “aviso prévio” de eventuais ilegalidades verificadas nas contas públicas²⁰¹.

²⁰⁰ Ainda trazendo o Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário: “22. Passando agora ao objeto inicial desta representação, qual seja, o suposto atraso, por parte da União, nos repasses de valores destinados ao pagamento de benefícios de programas sociais, subsídios e subvenções de sua responsabilidade, restou confirmado nos autos que: i) despesas concernentes ao bolsa família, ao seguro-desemprego e ao abono foram pagas pela Caixa; ii) subsídios do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV vêm sendo financiados pelo FGTS; e iii) subvenções econômicas, sob a modalidade de equalização de taxas de juros, vêm sendo bancadas pelo BNDES ou pelo Banco do Brasil. 23. No caso das despesas referentes ao bolsa família, ao seguro-desemprego e ao abono salarial, verificou-se que, ao longo de 2013 e dos sete primeiros meses de 2014 (jan. a jul./2014), abrangidos na fiscalização, a Caixa Econômica Federal utilizou recursos próprios para o pagamento dos benefícios de responsabilidade da União. Na verdade, conforme demonstram as tabelas constantes do relatório de fiscalização, as contas de suprimento desses programas na Caixa passaram a disponibilizar um crédito assemelhado ao cheque especial, porquanto seus saldos, ao longo do período fiscalizado, foram quase sempre negativos. 24. De acordo com informações fornecidas pelo Departamento de Supervisão Bancária do Bacen, o saldo total desses passivos ao final do mês de agosto de 2014 era de R\$ 1,74 bilhão, assim composto: (i) Bolsa Família: R\$ 717,3 milhões; (ii) Abono Salarial: R\$ 936,2 milhões; e (iii) Seguro-Desemprego: R\$ 87 milhões. 25. Com relação ao PMCMV, os orçamentos aprovados desde o ano de 2010, bem como o projeto para o ano de 2015, previam que as despesas com as subvenções econômicas desse programa seriam financiadas com recursos da chamada “fonte 100”, que representa recursos livres e ordinários arrecadados pelo Tesouro ao longo do respectivo exercício financeiro. 26. Entretanto, o pagamento dessas subvenções de responsabilidade da União vem ocorrendo por intermédio de adiantamentos concedidos pelo FGTS, na forma autorizada pelo art. 82-A da Lei 11.977/2009, utilizando-se a fonte de recursos “operação de crédito interna”. 27. Desse modo, do montante de R\$ 7,8 bilhões despendidos com subsídios concedidos no programa entre 2009 e 2014, apenas R\$ 1,6 bilhão foi repassado pela União ao FGTS, conforme atestam dados encaminhados pela CAIXA. Ou seja, dos R\$ 7,8 bilhões que deveriam ter sido pagos aos mutuários, apenas R\$ 1,6 foi desembolsado pela União, sendo que o restante, no montante de R\$ 6,2 bilhões, foi pago com recursos do FGTS, a título de adiantamento. **28. Note-se que, nesse caso específico, o pagamento de dívidas pelo FGTS deu-se sem a devida autorização em Lei Orçamentária Anual ou em Lei de Créditos Adicionais, requerida no art. 167, inciso II, da Constituição da República e o art. 5º, § 1º, da LRF, caracterizando a execução de despesa sem dotação orçamentária”** (grifos nossos).

²⁰¹ Arrematando o Acórdão TCU nº 825/2015 – Plenário: —Não tendo havido, portanto, qualquer mudança brusca ou radical na interpretação das leis ou da Constituição, não há que se falar em violação ao princípio da segurança jurídica, ou ao princípio da proteção à confiança, dele decorrente. Como bem salientou a Semag, “a ação de controle externo terá como escopo, em geral, fatos pretéritos, cuja análise acerca da legalidade poderá ensejar responsabilização, o que não significa, de modo algum, violação do princípio da segurança jurídica pelo Tribunal”. Além das razões expostas no exame técnico efetuado pela Semag, que demonstrou diferenças consideráveis entre as situações fáticas evidenciadas entre os exercícios anteriores e o de 2014, reputo importante ratificar a tese segundo a qual, independentemente da existência de similitudes entre os casos, é inválida a argumentação de que incorrerá este Tribunal em ofensa ao princípio constitucional da segurança jurídica na hipótese de concluir pela ocorrência de ilegalidades em 2014, não apontadas em exercícios pretéritos. As decisões do TCU, por falta de disposição legal ou constitucional que o autorizem a assim proceder, não conferem

Em sentido oposto, Ricardo Lodi Ribeiro, em parecer sobre o tema, entende que as “pedaladas” não representariam operação de crédito vedada pela LRF, na medida em que os repasses feitos pela União aos bancos públicos decorrem de imposições legais, e não de contratos de mútuo. As leis que criam benefícios como o bolsa família e o seguro-desemprego impõem a realização da despesa e determinam que a gestão dos programas será feita pelos bancos oficiais mediante celebração de contrato de prestação de serviços entre a União e Banco, de modo que o atraso nos repasses dos pagamentos não configuraria um contrato de empréstimo - mas, no máximo, um inadimplemento de contrato de prestação de serviços -, não acarretando violação ao art. 36 da LRF nem, por conseguinte, crime de responsabilidade²⁰².

Note-se que, como se trata das contas da Chefe do Poder Executivo, o TCU não reprova diretamente, mas, sim, emite parecer prévio opinando pela rejeição das contas, o qual deve ser encaminhado ao Congresso Nacional para o julgamento propriamente dito das contas, conforme arts. 71, I e 49, IX da Constituição da República. Até o presente momento, o parecer do TCU ainda não foi apreciado pelo Congresso Nacional e, de acordo com as notícias que vêm sendo divulgadas na imprensa, a análise deve ocorrer apenas na sessão legislativa de 2016²⁰³.

Para além da discussão sobre caracterização ou não de crime de responsabilidade na conduta da atual Presidente, violações à lei orçamentária são consideradas crimes de responsabilidade, conforme art. 85, VI da Constituição da República e art. 4º, VI da Lei nº 1.079/50, de modo que, caso o Congresso Nacional rejeite as contas da Presidente, poderá ser deflagrado um processo de *impeachment*, com a perda do cargo público e a inabilitação para exercício de cargo público por até cinco anos. Em se tratando da Presidente da República, a acusação deve ser admitida por dois terços da Câmara dos Deputados e posteriormente

salvaguarda à continuidade da prática de ato ilegal não abordado ou detectado por ocasião da análise fático-jurídica resultante de suas manifestações anteriores. Se assim fosse, diante das limitações por vezes operacionais e materiais a que este Tribunal se sujeita cotidianamente em seus trabalhos, especialmente no tocante à grande dimensão fática horizontal de matérias fiscalizadas, a prevalência da tese arguida levaria ao absurdo de impedir que o TCU exercesse suas competências, de plano, quando constatadas irregularidades e falhas antes não apontadas, em determinado órgão ou entidade. Assim, teria que sempre alertar ao agente público ou ao órgão ou entidade jurisdicionados, como uma espécie de "aviso prévio", antes de aplicar o que a Lei e a Constituição lhe determinam, o que caracterizaria ofensa máxima ao princípio da legalidade por parte deste Tribunal. Portanto, uma vez que não há se falar em chancela de regularidade sobre matéria presente também em outras oportunidades, porém não apreciada de forma expressa e conclusiva, não apenas por ocasião da última apuração em que foi constatado, é improcedente a tese de violação ao princípio da segurança jurídica com o propósito de obstar a atuação regular e temporânea deste Tribunal”.

²⁰² Íntegra do documento disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/parecer-ricardo-lodi-impeachment-dilma.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2015.

²⁰³ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/cunha-diz-que-apreciacao-de-contas-de-dilma-deve-ficar-para-2016,3ad2620d097febafd2cbfceb7949508a173beg5f.html>>. Acesso em 13 jul. 2015.

julgada pelo Senado Federal (CF, art. 86)²⁰⁴.

Ademais, destaque-se que a utilização de estatais para atender a finalidades macroeconômicas não é inédita e não se restringe à literatura brasileira. Há relatos de já ter sido utilizada em países como a França e a Itália, onde é apontada como possível causa para a falência de estatais, caso utilizada de maneira excessiva e indiscriminada, na medida em que poderia levar estatal a uma atuação que vise a objetivos conflitantes, comprometendo a racionalidade de sua atuação²⁰⁵.

Em que pese a frequência com que ocorre, entendemos que a utilização de estatais para o desenvolvimento de políticas macroeconômicas que extrapolam seu objeto em prejuízo da companhia e/ou em descompasso com as normas de tutela societária e concorrencial não deve ser admitida, uma vez que a estatal funciona em regime precipuamente privado e, como tal, deve se submeter ao mesmo regime jurídico reservado às empresas privadas, com as quais frequentemente concorrem, conforme art. 173, § 2º da CF.

Por outro lado, ainda que a questão se mostre polêmica²⁰⁶, entendemos possível a

²⁰⁴ O rito para o julgamento do pedido de *impeachment* em curso contra a Presidente Dilma Rousseff foi definido pelo STF, por maioria, na ADPF 378, em 17 de dezembro de 2015. *Grosso modo*, em homenagem à segurança jurídica, será mantido o rito já utilizado durante o *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor, com a peculiaridade do voto aberto dos parlamentares.

²⁰⁵ No direito francês, um estudo encomendado pelo governo que resultou em relatório denominado Barbier de la Serre, o qual aponta cinco principais falhas nas estatais francesas: confusão de papéis desempenhados pelo Estado em relação às suas empresas; identificação insuficiente de sua função acionária; falta de orientações claras aos respectivos dirigentes; mau funcionamento dos conselhos de administração; e presença excessiva do Estado na gestão cotidiana da empresa (APUD: FONTE, Felipe de Melo. Supervisão ministerial e controle societário de empresas estatais: três standards para um modelo de complementariedade e limitação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 184). Para a perspectiva do Direito Italiano, vide: AMATORI, Franco e TONINELLI, Pier Angelo. Does a Model of Italian State-Owned Enterprise Really Exist? In: *Reappraising State-Owned Enterprise. A Comparison of the UK and Italy*. p. 31-49.

²⁰⁶ Contrariamente à atuação macroeconômica das estatais de modo geral, Mario Engler Pinto Junior sustenta que: “Forçoso reconhecer que há pouco espaço para instrumentalizar políticas macroeconômicas através de empresa estatal. Isso porque a amplitude da ação governamental e seu nível de abstração tornam difícil correlacioná-la com o interesse público específico mencionado no artigo 238 da Lei nº. 6.404/76. Ademais, o controle da economia possui objetivo preciso, cujo cumprimento exige dose considerável de pragmatismo. Na maioria das vezes, essa racionalidade puramente econômica estará em conflito com o ideal da universalização que preside a prestação de serviços públicos. De outra parte, a atuação sobre as variáveis que determinam o comportamento geral da economia raramente se presta a realizar os direitos sociais constitucionalmente protegidos, como seria de rigor para permitir o enquadramento da atividade na categoria de interesse coletivo de que trata o artigo 173 da vigente Carta Política. A imposição de políticas macroeconômicas à empresa estatal expõe o conflito latente entre interesse público primário e secundário. A companhia mista passa a satisfazer o interesse secundário, que é estranho ao objeto por se referir à gestão financeira do aparato estatal, descurando o interesse público primário. A dicotomia entre interesse geral do Estado e interesse específico da companhia controlada está na raiz de muitos conflitos nessa área e pode realmente caracterizar desvio de função estatal”. (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas, São Paulo, 2010. p. 243-244). Discordamos do autor quanto à limitação busca por objetivos macroeconômicos por estatais, entendendo que o interesse público primário que enseja sua criação deve ser interpretado não apenas em caráter setorial, mas de forma mais ampla, a abranger os interesses da coletividade como um todo, inclusive aqueles inerentes ao desenvolvimento e ao crescimento econômico, desde que os objetivos da companhia previstos na lei de sua criação permitam essa interpretação, ainda que através de conceitos indeterminados.

atuação macroeconômica que atenda aos seguintes parâmetros: (i) não acarrete prejuízo à companhia; (ii) vise à promoção de valores socialmente relevantes, como a correção de comportamentos antieconômicos; (iii) resguarde normas de proteção da concorrência e dos acionistas minoritários; e (iv) seja compatível com os objetivos da própria companhia previstos na lei que autoriza sua criação e em seus atos constitutivos.

A não implicação de prejuízo significa que a atuação macroeconômica da estatal não pode fazer com que a companhia apresente resultado total negativo, admitindo-se os subsídios cruzados e a redução do lucro, desde que respeitados os direitos legais e estatutários dos acionistas minoritários. Isso porque a estatal não deve visar ao lucro pelo lucro; sua atuação deve ser constantemente permeada pelas razões de interesse público que levaram à criação da companhia, como evidencia o art. 238 da Lei nº 6.404/76, segundo o qual *“a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá²⁰⁷ orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”*.

Já a compatibilidade com os objetivos da companhia visa atender ao disposto no art. 237 da Lei nº 6.404/76, que prevê que a sociedade de economia mista *“somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”*. Nesse sentido, uma eventual atuação macroeconômica da estatal somente pode ser admitida se pautada em motivos que guardem relação com os objetivos da própria companhia, ainda que veiculados na lei de sua criação por meio de conceitos jurídicos indeterminados como *“a promoção da concorrência”* e *“correção de falhas de mercado”*.

Reconhecemos, contudo, que a legitimação de uma atuação macroeconômica das estatais, ainda que inicialmente balizada pelos parâmetros ora propostos, pode acabar dando ensejo a condutas abusivas e anticoncorrenciais por parte da companhia ou, ainda, prejuízos à empresa e aos acionistas. Nesses casos, a companhia deve ser submetida às instâncias de controle responsáveis, que podem ir desde o Tribunal de Contas até o CADE e a CVM, a depender da natureza do comportamento praticado pela empresa.

²⁰⁷ Parte substancial da doutrina considera que o verbo “poderá”, na verdade, deve ser lido como “deverá”. Por todos: PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas, São Paulo, 2010. p. 341; GRAU, Eros Roberto, in *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, Ed. Resenha Universitária, 1978, Coord. Geraldo Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins, p. 161/162. *Apud* LUCENA, José Waldecy, Op. cit. p. 661. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4º vol., tomo I, 2009, p. 408. Já no sentido de que o verbo “poderá” deve ser entendido em sua literalidade, temos: LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Anônimas – comentários à lei* (arts. 189 a 300), vol. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 662 e 663; Alfredo Lamy Filho, *Temas de S.A.*, p. 131-135; grifou-se, mas as maiúsculas constam do original. *Apud* LUCENA, José Waldecy, Op. cit. p. 662.

4.7. Participações acionárias minoritárias do Estado

4.7.1. Empresas Público-Privadas

Além da constituição de empresas públicas e sociedades de economia mista, o Estado também pode atuar diretamente na economia por meio de participação societária minoritária em companhias privadas. Como ensina Carolina Barros Fidalgo, — *são inúmeros os motivos e os exemplos práticos de participação estatal sem controle em sociedades privadas, podendo ser agrupados pela natureza das finalidades a ela subjacentes: (i) possibilitar uma maior fiscalização e determinado grau de controle sobre uma sociedade privada na qual o Estado possui especial interesse (seja concessionária de serviços públicos, sociedade estatal recém privatizada ou uma sociedade financiada pelo Estado); (ii) financiar uma atividade econômica explorada por determinada sociedade privada; (iii) explorar determinada atividade diretamente, em parceria com a iniciativa privada, com vista a dividir ônus e obter know how*²⁰⁸.

Em momentos de crise econômica, a participação societária estatal pode funcionar como instrumento importante para financiar as atividades destas entidades em que o poder público é acionista minoritário, sobretudo na fase inicial de sua operação ou no período mais agudo da recessão, permitindo que eles se consolidem no mercado e até mesmo expandam sua atuação a despeito do cenário econômico não tão favorável, o que garante geração e circulação de renda e riquezas essenciais para a retomada do crescimento econômico.

Durante a crise de 2008, a União Federal editou a Lei nº 11.908/2009, fruto da conversão da Medida Provisória nº 443, autorizando a Caixa Econômica Federal e o Banco do Brasil a adquirir participações societárias em bancos privados que estivessem enfrentando dificuldades. De acordo com o art. 2º da Lei, “*o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 [que trazem a definição legal de ‘instituições financeiras’ no Brasil], além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei*”.

²⁰⁸ FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário: Regime Jurídico das Tradicionais e Novas Formas de Atuação Empresarial do Estado na Economia Brasileira*. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. p. 384.

A aquisição das ações poderia ser feita até 30 de junho de 2011, período posteriormente prorrogado por 12 meses pelo Decreto nº 7.509/2011, seria feita após avaliação de empresa especializada e ocorreria com dispensa de licitação. Saliente-se que a dispensa de licitação encontra-se em sintonia com lições doutrinárias de autores como Alexandre Aragão, para quem a escolha do sócio do poder público não comportaria competição viável, dado que leva em conta características próprias daquela entidade (por exemplo, relevância no mercado, expertise técnica da companhia, confiança inspirada pela marca)²⁰⁹. No entanto, destacamos que a aquisição direta não pode significar dispensa de motivação na escolha da companhia cujas ações serão adquiridas pela estatal nem comprovação de que essa compra será feita com base no real valor de mercado das ações.

A medida, que conjugava as três finalidades da participação societária do Estado e, também, pode ser enquadrada como espécie de *bailout*, visava a evitar a quebra de instituições financeiras e o risco sistêmico que poderia decorrer de falências em bloco, assim como ocorreu nos EUA em 2008. Representa, nesse sentido, uma atuação expansionista do poder público em períodos de crise econômica, por meio da qual o Estado adquire participação societária e injeta capital público em instituições privadas com risco de quebra a fim de evitar as consequências sistêmicas típicas de falências bancárias, como a perda da confiança no país e a instabilidade monetária.

Por outro lado, a permissão legal para bancos estatais adquirirem participações em instituições privadas apresenta os mesmos riscos próprios dos resgates vistos acima, ligados sobretudo ao risco moral e à geração de incentivos para comportamentos irresponsáveis por parte de diretores de instituições financeiras. Traz, ainda, riscos relativos à utilização da sociedade participada como mecanismos de terceirização disfarçada, em que esta companhia prestará serviços mais baratos e sem licitação para o banco estatal.

Há outro exemplo recente bastante curioso que conjuga o primeiro (caráter estratégico da atividade) com o terceiro (aquisição de *know how*) conjunto de motivos pelos quais o Estado torna-se acionista minoritário de determinada companhia, a saber: os editais da primeira rodada de concessões aeroportuárias realizadas no Brasil, a qual incluiu aeroportos relevantes como Guarulhos-SP e Brasília-DF. Nesse modelo, os instrumentos convocatórios dos certames previam que o vencedor da licitação deveria obrigatoriamente constituir uma Sociedade de Propósito Específico - SPE cujo objeto seria a exploração do aeroporto concedido e que teria como acionista minoritária, detentora de 49% (quarenta e nove por

²⁰⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 890, p. 33-68, 2009.

cento) do capital social, a INFRAERO, empresa pública federal cujo objeto é justamente a gestão de aeroportos brasileiros²¹⁰.

A ideia por trás da participação minoritária obrigatória da INFRAERO seria, de um lado, permitir maior controle do poder público sobre aeroportos concedidos, dado o caráter recente da experiência de privatização aeroportuária no país e, de outro, possibilitar que a estatal participe dos lucros da exploração da atividade e, ainda, adquira expertise técnica em gestões aeroportuárias mais eficientes e possa replicar modelos bem-sucedidos nos aeroportos que permanecem sob sua responsabilidade.

Entretanto, o atual regime de ajuste fiscal rumo a uma política econômica mais austera - com o consequente contingenciamento de gastos públicos - que vem sendo implementado pelo governo federal fez com que, no novo pacote de concessões lançado pela Presidente Dilma Rousseff em junho de 2015, fosse anunciado que a participação da INFRAERO nas SPEs responsáveis pela administração de novos aeroportos concedidos cairia para 15% (quinze por cento), frente aos atuais 49% (quarenta e nove por cento) praticados nos aeroportos já privatizados²¹¹.

Do ponto de vista jurídico, não se verifica óbice a essa redução da fatia que caberá à INFRAERO nas novas concessões aeroportuárias, tratando-se a hipótese de típico caso de discricionariedade administrativa do gestor, de acordo com as possibilidades técnicas e financeiras daquela Administração em determinado momento histórico, econômico e político.

As participações minoritárias podem, em si, dar margem a uma série de controvérsias jurídicas, sobretudo porque, como não integram a Administração, as empresas semiestatais não ficam sujeitas aos institutos típicos do regime jurídico de direito público que acabam permeando a atuação das empresas estatais, tais como, a licitação para a realização de suas atividades-meio (já que, em relação às atividades-fim, as estatais também ficam liberadas da licitação), a realização de concurso público para preenchimento de seus quadros e o controle pelos Tribunais de Contas²¹². Além disso, entende Aragão²¹³ que a escolha pelo poder público

²¹⁰ A possibilidade de a INFRAERO participar minoritariamente de concessionárias de aeroportos privadas passou a ser prevista na lei que autoriza a criação da Estatal (Lei nº 5.862/1972) por meio de alteração legislativa na redação do parágrafo único de seu art. 2º levada a cabo pela Lei nº 12.462/2011, que também criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Como exemplo dos editais aqui tratados, cite-se o Leilão ANAC nº 02/2011. O referido edital também se encontra disponível no endereço eletrônico da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC na internet. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>>. Acesso em 23 jul. 2015.

²¹¹ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-anuncia-2o-pacote-de-concessoes-com-ajuste-pro-mercado>>. Acesso em 13 jul. 2015.

²¹² Para uma análise mais profunda sobre as empresas público-privadas, vide: FIDALGO, Carolina Barros. *O Estado Empresário: Regime Jurídico das Tradicionais e Novas Formas de Atuação Empresarial do Estado na Economia Brasileira*. Dissertação de Mestrado em Direito Público apresentada à Universidade do Rio

do(s) agente(s) privado(s) que será(ão) seu(s) sócio(s) independe de licitação, tratando-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, na medida em que a expertise e a solidez desse parceiro seriam requisitos indispensáveis à formação da parceira e não passíveis de competição.

Assim, podem acabar sendo utilizadas como instrumentos de manobra para fugir dessas “amarras” do direito público que, se de um lado, tornam a gestão das estatais mais burocrática, de outro, ao menos em tese funcionam - ou deveriam funcionar - como importantes mecanismos de atendimento à moralidade administrativa na condução dos negócios da estatal. Podem, ainda, servir de subterfúgio para transferências de recursos públicos e outros mecanismos pouco republicanos de influência entre agentes públicos e atores privados com quem tenham relações não tão transparentes, situação favorecida pelo menor controle exercido sobre as empresas público-privadas.

Os riscos inerentes à possível desvirtuação da empresa semipública foram abordados no Acórdão nº 894/2015 - Plenário do Tribunal de Contas da União, em que foi considerada irregular a aquisição pela Caixa Participações S.A. - CaixaPar, subsidiária da Caixa Econômica Federal cujo objeto é participar de outras sociedades, de participações acionárias em empresas ligadas à tecnologia da informação posteriormente contratadas sem licitação pela Caixa para prestar serviços de apoio ao processamento de crédito imobiliário. O TCU considerou, no caso, que a Caixa/CaixaPar havia adquirido a participação societária com o propósito de se subtrair do regime público de licitações e, com isso, auferir vantagens indevidas²¹⁴.

de Janeiro, 2012. p. 287. Já para uma análise mais concisa, vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso)*, v. 890, p. 33-68, 2009; e SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 36, p. 75-99, 2011.

²¹³ *Op. Cit.*

²¹⁴ “O Tribunal de Contas da União (TCU) examinou no âmbito do processo TC 033.668/2012-4 a regularidade do processo de aquisição, pela Caixa Participações S.A (Caixapar), subsidiária da Caixa Econômica Federal (Caixa), de participações acionárias nas empresas MGH SPE Empreendimentos e Participações S.A (MGH), atual Branes. Segundo o TCU, a empresa Branes foi criada a partir de uma associação entre a Caixa, por intermédio da Caixapar, e a multinacional de tecnologia IBM. Posteriormente, a Branes foi contratada sem licitação pela Caixa para a prestação de serviços com o objetivo de otimizar a área de crédito imobiliário da entidade, em um negócio de quase R\$ 1,2 bilhão”. Ainda de acordo com informações disponibilizadas pelo TCU, “para ser considerada uma atividade complementar ao setor financeiro para os fins daquela norma, a empresa em questão deveria operar em conjunto com a Caixa/ Caixapar no mercado financeiro, como um conglomerado, e não somente prestar serviços. O TCU entendeu que o negócio da Branes, na verdade, não é de processamento e criação de crédito imobiliário (negócio que pertence originalmente à Caixa), como pretendeu demonstrar a empresa, mas de mera prestação de serviços que envolvem o ramo da tecnologia da informação, por meio de contrato pactuado irregularmente com a Caixa”. Arrematando a questão, “O Tribunal concluiu, da análise do processo, que a estratégia da Caixa era transferir toda a atividade de processamento do crédito imobiliário para a nova empresa com maior flexibilidade na gestão e foco exclusivo nesta atividade. Contudo, tal expediente revelou-se como intenção da Caixa no sentido de que a atividade em foco não se submetesse aos

O precedente demonstra que, embora as participações societárias do poder público possam funcionar como importante mecanismo de estímulo à economia em momentos de recessão, as empresas semipúblicas podem ter a sua utilização desvirtuada, servindo de fuga do maior controle a que se submetem as entidades integrantes da Administração Pública. Isso não significa que as empresas público-privadas devam ser abandonadas (até porque o modelo possui vantagens importantes no que se refere à aquisição de expertise técnica pelo poder público e ao financiamento de atividades socialmente relevantes); no entanto, possíveis excessos devem ser analisados pelas instâncias de controle.

O Tribunal de Contas da União possui, ainda, importante precedente no que se refere à fixação de balizas para o controle dessas participações minoritárias do Estado. No Acórdão nº 1.344/2015 - Plenário, o TCU decidiu que se submetem a controle da corte de contas as sociedades de propósito específico de que o poder público participe sempre que houver *“predominância do interesse e do controle da empresa estatal, caracterizando relação em que a SPE figura na condição de mera controlada, independentemente da formalização jurídica adotada”*²¹⁵.

rigores das leis de direito público, às quais as atividades estatais estão subordinadas”. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14E1CA3E4014E1CFD998C5565>>. Acesso em 23 jul. 2015.

²¹⁵ Trecho extraído do resumo publicado no Informativo nº 85, das sessões de 02 e 03 de junho de 2015 do TCU. Vejamos o inteiro teor do resumo: “Competência do TCU. Sociedade de propósito específico. Abrangência. A jurisdição do TCU alcança as sociedades de propósito específico (SPE) em que haja aplicação direta ou indireta de recursos da União. Os limites do controle externo a ser exercido sobre essas entidades devem ser avaliados no caso concreto, de acordo com as especificidades do empreendimento, em especial se as garantias oferecidas para a consecução do negócio configuram risco para a União e se existem vínculos fáticos a identificar a predominância do interesse e do controle da empresa estatal, caracterizando relação em que a SPE figura na condição de mera controlada, independentemente da formalização jurídica adotada” (TCU, Acórdão 1.344/2015 - Plenário. Informativo 85, sessões de 02 e 03/06;2015). Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24E219721014E21F3789E1D5B&inline=1>>. Acesso em 23 jul. 2015. O voto do revisor, Ministro Bruno Dantas, deixa clara a preocupação do TCU com o crescimento das participações societárias do poder público e dos riscos ligados à sua tergiversação. O Ministro destaca que essas parcerias societárias não devem ser vedadas *a priori*, mas salienta a necessidade de maior fiscalização quanto à sua real motivação em cada caso concreto. Nesse sentido, destacamos os seguintes trechos do voto revisor: 3.1. o controle externo a cargo do Tribunal alcança as SPE"s em que haja, direta ou indiretamente, recursos da União, uma vez que as sociedades constituídas ou em que haja aplicação de recursos da União estão sujeitas à fiscalização por parte do Tribunal, reforçando-se a tese de que, nos casos em que há recursos públicos federais envolvidos, tanto os administradores quanto as próprias SPE"s estão sob a jurisdição do TCU, seja no exercício da sua competência fiscalizadora, seja no da judicante especial, tudo com fulcro no art. 71, inciso II, da CF/1998, no MS 23.627 julgado pelo STF, na Súmula 75 deste TCU e nos Acórdãos 399/2004, 2.609/2011 e 1.461/2012, todos do Plenário; (...) 1. De fato, conforme registrei no Acórdão 894/2015-TCU-Plenário, é possível verificar que nos últimos tempos tem sido largamente difundida nas empresas estatais em geral uma estratégia no sentido de utilizar empresas privadas (sendo pouco ou nada relevante se a parceria configura-se pela aquisição de participação acionária em sociedades empresariais anteriormente constituídas ou pela constituição de novas sociedades, sejam de propósito específico ou não, com ou sem participação no capital) para alcançar parte dos seus objetivos estratégicos ou, em termos de interesse público primário, parte das finalidades buscadas pelo Estado. 2. Ocorre que, mais recentemente, o artifício vem suscitando questionamentos nesta Corte acerca de sua viabilidade e de sua aderência ao ordenamento jurídico. Nessa linha, posso citar os TC"s 003.980/2010- 3 e 032.090/2010-2, que trataram de levantamento com o objetivo de gerar informações

O emprego da expressão “predominância do interesse”, que parece guardar relação com o conceito de “influência dominante” utilizado pelo direito comum europeu²¹⁶, como parâmetro para submissão de empresas com participação societária minoritária do poder público a controle pelo TCU oferece conceito mais dinâmico às relações societárias do poder público, mas pode trazer maior insegurança ao ordenamento jurídico, inclusive em momentos de crise econômica.

Isso porque a ampliação da influência Estatal, levada a cabo em momentos de maior expansionismo, poderá fazer com que uma empresa público-privada passe a ser considerada sociedade de economia mista sem a necessidade de edição de lei estatizadora, ao passo que a redução da influência dominante do poder público, efetivada em períodos de austeridade, acarretará a migração de uma sociedade de economia mista para a condição de empresa semiestatal, sendo igualmente prescindível a edição de lei desestatizante.

Para além da polêmica relativa aos limites do controle dessas companhias pelos tribunais de contas, a utilização de empresas semiestatais conforme às finalidades compatíveis

para futuras fiscalizações a serem realizadas na Eletrobras e na Eletronorte, respectivamente. Nos referidos processos, foram identificados, dentre outros, os seguintes fatores de risco a merecerem atenção prioritária deste TCU: má gestão dos recursos públicos aplicados por meio de SPE, perda de garantias dadas às SPE's, falhas no processo de seleção de parceiros para constituição de SPE e incipiente estrutura de governança das participações em SPE. 10. Na mesma toada, os TC"s 002.665/2011-5, 029.884/2012-8, 008.837/2013-9 e 003.330/2015-0, além do já citado TC 033.668/2012-4, que abordam a relação (aquisição, constituição ou contratação) entre a Caixa Econômica Federal e as várias sociedades empresariais em que o banco público possui participação minoritária no capital. Afora esses, há ainda o TC 001.577/2015-8, que versa sobre a aquisição de participação acionária e contratação entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a empresa Rio Linhas Aéreas S/A. (...) 13. Em face da atual expansão do uso dessa modalidade de relacionamento entre empresas públicas e privadas, tenho certeza que tal levantamento servirá para que esta Corte realize um exame mais profundo e de maior alcance para buscar a interpretação que melhor se aproxima da vontade constitucional e da disciplina legislativa aplicáveis ao assunto, a fim de sedimentar o entendimento acerca da sua jurisdição e alcançar a melhor forma de controle sobre a matéria, tudo com o propósito de melhor atender o interesse público almejado pelas normas em apreço. Embora óbvio, devo registrar que a fiscalização ainda a ser realizada pela Segecex não constitui pré-requisito para que o Tribunal pronuncie-se sobre casos concretos trazidos para sua apreciação, como o processo que ora se analisa. 14. Para encerrar esse ponto, destaco que evidentemente o TCU não pretende obstar ou impedir a legítima utilização de mecanismos de eficiência colocados à disposição das empresas estatais. Veja-se que o Tribunal não hesita em dar sua chancela para situações nas quais a relação entre empresas públicas e privadas ocorre devidamente dentro dos ditames constitucionais e legais, como ocorreu nos casos dos TC"s 030.037/2008-7, que tratou das operações de incorporação e de aquisição de participação em instituições financeiras efetuadas pelo Banco do Brasil, e 012.154/2011-3, acerca do processo de privatização do IRB Brasil Resseguros S/A”.

²¹⁶ A expressão “influência dominante” utilizada pela Diretiva União Europeia nº 80-723, de 29.07.1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas, segundo a qual “*entende-se por (...) empresa pública: qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem Presume-se a existência de influência dominante quando os poderes públicos, direta ou indiretamente, relativamente à empresa: a) Detenham a maioria do capital subscrito da empresa; ou b) Disponham da maioria dos votos atribuídos às partes sociais emitidas pela empresa; ou c) Possam designar mais de metade dos membros do órgão de administração, de direção ou de fiscalização da empresa*”. A definição de estatal no direito europeu, portanto, está atrelada a um aspecto subjetivo - a existência ou não de influência dominante do Estado na companhia -, nos mesmos moldes do Acórdão nº 1.344/2015 - Plenário (TCU).

com o Estado Democrático de Direito pode trazer aspectos positivos, como destacado no próprio Acórdão nº 1.344/2015, funcionando como relevante mecanismo de fortalecimento da indústria nacional, mediante outorga de financiamentos públicos (ainda mais úteis para a companhia em contextos de recessão econômica), e de aquisição de expertise técnica pela Administração Pública, que terá a oportunidade de absorver técnicas de gestão empresarial com seus sócios privados.

Especialmente durante crises econômicas, a participação societária do Estado, ainda que minoritária, permite que o poder público adote políticas contracíclicas de financiamento a agentes relevantes no mercado, possibilitando que realizem investimentos e ampliem suas atividades mesmo durante a recessão. Ademais, pode permitir a própria sobrevivência da companhia nos casos em que o poder público adquira participação societária como mecanismo de salvamento da empresa, a exemplo da autorização conferida pela Lei nº 11.908/2009 - durante a crise internacional de 2007-2010 - para que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal adquirissem ações de instituições financeiras com risco de falência.

No entanto, essas empresas de que o poder público se torna acionista minoritário - mesmo como instrumento de combate a crises econômicas - não podem permanecer infensas às esferas de controle, impondo-se que a atuação dessas companhias no mercado se dê em conformidade com o ordenamento jurídico, notadamente no que se refere às normas de direito público que permeiam a atuação do Estado e a defesa da concorrência.

4.7.2. Golden shares

A participação em conselhos de administração permite ao poder público determinar que não apenas as empresas consideradas estatais, mas também companhias privatizadas atuem em sintonia com a política macroeconômica. Nas sociedades objeto de desestatização, o ente público privatizante conta com um mecanismo ainda mais contundente de participação societária, podendo constituir ações preferenciais de classe especial, as *golden shares*, que lhe assegurem poderes específicos na companhia, como o veto e o voto de qualidade em determinadas deliberações previstas no Estatuto²¹⁷.

²¹⁷ As *Golden shares* estão previstas no art. 17, § 7º da Lei 6.404/76, segundo o qual “Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembleia-geral nas matérias que especificar”. A título de exemplo, a União Federal detém *golden shares* na Companhia Vale do Rio Doce - CVRD e na Embraer. Na Vale, a ação preferencial confere os seguintes direitos: alteração da denominação social; mudança da sede social; mudança no objeto social no que se refere à exploração mineral; alienação ou encerramento das atividades de qualquer uma ou do conjunto das seguintes etapas dos sistemas integrados de minério de ferro da CVRD, a saber (a) depósitos minerais, jazidas,

Por meio das *golden shares*, o poder público, ainda que não seja mais o acionista minoritário da companhia privatizada, conserva para si um papel central da definição dos rumos daquela empresa, podendo propor a adoção de medidas que tenham objetivos além daqueles meramente mercadológicos. Por vezes, esse papel do ente público é tão relevante, sobretudo nos casos em que a ação lhe assegura direito de veto em determinadas deliberações estratégicas, que, na prática, o governo acaba exercendo um quase controle da companhia, muito embora não seja detentor da maioria do capital social com direito a voto.

Muitas companhias desestatizadas atuam em setores estratégicos da economia e, na prática, se consolidaram como “campeões nacionais”, isto é, grandes atores do mercado, líderes da economia brasileira no mercado interno e no exterior²¹⁸. Com isso, a possibilidade de uma atuação dessas entidades também voltada para a consecução de interesses da coletividade pode ser um instrumento importante no combate a momentos de recessão econômica, na medida em que a posição relevante assumida por essas companhias pode conferir a escala necessária a medidas que visem a estimular a economia²¹⁹.

Dada a relevância que muitas companhias privatizadas assumem no mercado (a exemplo da Companhia Vale do Rio Doce), as *golden shares* podem funcionar como uma importante instrumento de garantia de continuidade de políticas expansionistas pelo poder público durante crises econômicas, na medida em que o governo poderá exercer o seu poder de veto contra deliberações sociais que possam pôr em risco políticas públicas de geração e manutenção de empregos, impedindo, por exemplo, o encerramento de determinada atividade.

É bastante pacífica no Brasil a possibilidade de o poder público ser titular de *golden shares* nas companhias objeto de desestatização, na medida em que tal possibilidade é expressamente prevista no art. 17, § 7º da Lei nº 6.404/1976 - Lei das Sociedades por Ações (LSA). Já em relação às participações societárias minoritárias do Estado em companhias que nunca foram estatais (sempre foram privadas) a questão se mostra mais tormentosa, dada a

minas, (b) ferrovias, (c) portos e terminais marítimos; quaisquer modificações nos direitos atribuídos às espécies de classes de ações que compõem o capital social da CVRD. Já na Embraer, a ação preferencial inclui os seguintes poderes: Mudança de denominação da Companhia ou de seu objeto social; Alteração e/ou aplicação da logomarca da Companhia; Criação e/ou alteração de programas militares, que envolvam ou não a República Federativa do Brasil; Capacitação de terceiros em tecnologia para programas militares; Interrupção de fornecimento de peças de manutenção e reposição de aeronaves militares; Transferência do controle acionário da Companhia.

²¹⁸ Sobre o tema, vide: BREMMER, Ian. *O fim do livre mercado – Quem vence a guerra entre Estado e corporações?*. Ed. Saraiva. 2011. E também: LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços – os donos do Brasil e suas conexões*. Ed. Campus. 2011.

²¹⁹ Em que pesem os elogios aqui tecidos às *Golden shares*, cabe ressaltar que a OCD possui o aspecto negativo de aumentar o grau de certeza dos investidores privados quanto ao retorno que terão no período (OECD – Organisation for Economic Co-operation and Development. Corporate governance of State-owned enterprises: a survey of OECD countries, cit., p. 76.

ausência de regramento legal expresse.

A possibilidade de constituição de ações preferenciais de classe especial é aceita pela doutrina comercialista em relação às companhias fechadas (isto é, aquelas que não têm valores mobiliários negociados em bolsas de valores)²²⁰. Adverte-se, apenas, que a *ratio* da ação preferencial é conferir uma vantagem especial ao seu titular em decorrência da restrição de um direito típico da qualidade de acionista – normalmente o direito de voto –, de modo que as vantagens conferidas à ação especial, na prática, não poderão desnaturar sua natureza de valor mobiliário representante de fração do capital social da sociedade anônima. Por exemplo, a ação preferencial não poderá conferir a seu titular o direito de receber juros periódicos, pois a ação é uma fração do capital social, e não uma parcela de um contrato de mútuo (característica atribuída às debêntures).

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

Em momentos de crise econômica, a instituição de *golden shares* tanto em companhias privatizadas quanto em companhias privadas em que o Estado tenha participação minoritária no capital social (empresas público-privadas) - partindo da premissa assentada nos parágrafos acima quanto à sua viabilidade jurídica nesse caso - pode se mostrar salutar para impulsionar a empresa a realizar novos investimentos, gerando um ciclo virtuoso com o aumento da demanda por insumos e da necessidade de mão de obra, ou até mesmo para vetar deliberações que pretendam reduzir as atividades da companhia, o que poderia reduzir a circulação de capital na localidade.

4.8. Conclusões parciais

Vistas as principais formas como o poder público por atuar diretamente na economia em situações de crise econômica, pode-se observar que essa intervenção pode se dar de duas

²²⁰ Vide: BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 11 ed. Renovar, 2008. p. 239. E também: CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Saraiva. 2002. p. 194.

formas: os resgates a Estados-Nações ou agentes privados em graves dificuldades e as participações societárias, majoritárias (empresas públicas e sociedades de economia mista) ou minoritárias (empresas semiestatais), do poder público.

Os resgates - ou *bailouts* - a agentes privados ou públicos em graves dificuldades, os quais são efetivados por meio de empréstimos, aquisição de títulos emitidos pelo resgatado ou compra de ações do resgatado. O principal limitador ao salvamento de agentes privados é o risco moral que ele pode implicar ao gerar incentivo para que os dirigentes dessas entidades atuem de forma irresponsável ao saberem que, quando seus negócios fracassarem, serão resgatados pelo governo.

Por outro lado, em relação a entidades públicas, a maior baliza é a legitimidade democrática do resgate (já que o Estado que resgata opta por investir recursos próprios em uma terceira nação em vez de em benefício de sua própria população) e o risco que o *bailout* externo pode trazer à soberania nacional do resgatado, sobretudo se o salvamento for acompanhado de imposições estrangeiras (usualmente ligadas à implementação de políticas de austeridade, como no caso da *Troika* Europeia na crise de 2008).

As participações societárias do Estado representam outra forma de efetivação da atuação direta do Estado na economia, a qual pode se dar mediante a criação de novas estatais, expansão de estatais já existentes, reestatização de companhias anteriormente privatizadas, participações minoritárias do poder público ou instituição de *golden shares* (ações preferenciais de classe especial, com poder de veto sobre determinadas deliberações) em companhias objeto de desestatização ou até mesmo em companhias de que o poder público seja acionista minoritário. A criação de empresas estatais pode ser essencial para garantir a condução de políticas expansionistas durante crises econômicas, permitindo que o Estado invista em determinada atividade considerada relevante para a geração de empregos e a circulação de riqueza mesmo em contextos de retração econômica. Entretanto, à luz dos princípios da subsidiariedade e da livre-iniciativa, a criação de estatais deverá obedecer aos ditames do art. 173 da Constituição da República, que somente a admite nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, caso contrário representará ingerência excessiva do poder público no domínio econômico.

A expansão das companhias já existentes tem a mesma finalidade contracíclica da criação de estatais, visando a garantir investimentos em áreas estratégicas apenas da crise econômica, e pode se dar por meio da ampliação de suas atividades ligadas propriamente ao objeto social ou da atuação macroeconômica da estatal. A expansão da atuação da estatal dentro dos limites de seu objeto é, a priori, legítima, desde que, no caso de empresa pública,

não acarrete prejuízos e, no caso de sociedade de economia mista, não implique violação à legislação societária que protege os acionistas minoritários nem às disposições do estatuto da companhia.

Já a utilização da estatal para a condução de políticas macroeconômicas que extrapolem o seu objeto social e contrariem os interesses da própria companhia não deve ser admitida, uma vez que excede o interesse público que justificou a criação da companhia. Admitimos, ao revés, a atuação macroeconômica que possa ser delineada a partir do objeto da companhia, desde não traga prejuízo (assim considerado o prejuízo global no balanço anual da companhia) nem viole normas de proteção dos acionistas ou da concorrência.

A reestatização de companhias privatizadas - que, quando efetuada em situações de crise econômica, terá a mesma finalidade da criação e da expansão de estatais - deverá ocorrer por meio da desapropriação de ações, como previsto no parágrafo único do art. 236 da Lei nº 6.404/76. A desapropriação seguirá o rito do Decreto-Lei nº 3.365/41, com declaração de utilidade ou necessidade pública e posterior ajuizamento de ação de desapropriação; contudo, entendemos pela necessidade de lei autorizativa da desapropriação, uma vez que a criação de Estatais também exige edição de lei e, no Brasil, vigora o paralelismo de formas.

A atuação direta do Estado durante crises econômicas pode se dar, ainda, por meio de participações minoritárias do Estado em sociedades privadas, conhecidas como empresas público-privadas ou empresas semiestatais, que não integram a estrutura da Administração Indireta por não se enquadrarem no conceito legal de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

As participações minoritárias são, a princípio, legítimas, e representam um importante mecanismo de combate a crises econômicas, seja por meio do financiamento de atividades relevantes seja através da aquisição de ações como mecanismo de salvamento de entidades em dificuldades. No entanto, devem ser utilizadas de acordo com os preceitos do ordenamento pátrio, sem que sirvam de subterfúgio para escapar das imposições típicas do regime jurídico de direito público a que se submetem as empresas estatais.

No âmbito dessas participações minoritárias, admitem-se, ainda, as *golden shares*, ações preferenciais de classe especial que asseguram direitos mais amplos a seu titular, que podem permitir ao poder público vetar determinadas deliberações sociais contrárias à política desenvolvida pelo poder público no combate à crise econômica, como, por exemplo, o encerramento de determinada atividade que possa gerar desemprego e piora de indicadores sociais.

Cada um desses mecanismos não é estanque e a adoção de um não exclui a

possibilidade de implementação dos demais. Na verdade, a escolha por um ou alguns (ou, quiçá, todos) mecanismos de atuação direta do estado na economia, seja em momentos de crise econômica seja em situações de normalidade institucional, dependerá não de parâmetros jurídicos, mas, sim, de standards econômicos e políticos, ligados às necessidades do contexto e à ideologia política do governo no momento. Não caberá, pois, ao Direito definir quais formas adotar e quando isso deverá ser feito - essas respostas competem à Economia e à Política. A função do Direito será a de definir os limites e as possibilidades do conjunto de medidas selecionadas pelo gestor público, com o aval dos instrumentos democráticos daquela sociedade.

Nesse sentido, o propósito desse capítulo foi justamente o de trazer contornos jurídicos dentro dos quais cada mecanismo de atuação direta do Estado em momentos de crise econômica pode ser utilizado de maneira legítima, sem prescrever uma solução apriorística sobre qual (ou quais) dessas medidas devem ser adotadas em determinado contexto.

5. REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO

5.1. Considerações iniciais

No auge do liberalismo clássico, era recorrente a crença de que a “mão invisível” a que aludia Adam Smith seria responsável por regular os mercados da forma mais eficiente possível, gerando renda e riqueza para todos. Com o passar do tempo, viu-se que, na prática, dificilmente o mercado, sozinho, será capaz de produzir resultados eficientes – seja pelo critério de Pareto seja pelo sistema de Kaldor-Hicks²²¹.

Isso ocorre porque o mercado apresenta uma série de falhas e imperfeições que impedem seu funcionamento ideal e acabam por gerar comportamentos ineficientes, mas que beneficiam agentes revestidos de maior poder econômico, a exemplo do chamado peso morto²²² e dos vieses comportamentais estudados pela economia comportamental. Estas falhas demandam a presença Estatal por meio do instituto da regulação.

De acordo com Marçal Justen Filho, o termo regulação pode ser utilizado em três diferentes acepções: “Quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação: (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estatal na economia por outras formas que não a participação direta na atividade econômica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da atividade econômica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo)”²²³.

Adotamos – para fins didáticos – o conceito mais restrito de regulação, que abrangeria apenas o condicionamento normativo de atividades privadas, excluindo, portanto, a atuação direta e o fomento do conceito de regulação²²⁴. Isso porque um conceito mais alargado de

²²¹ O ótimo de Pareto é representado por um critério de eficiência em que não se revela possível uma distribuição de riqueza que atribua maior quantidade de determinado bem a uma pessoa sem que seja necessário retirar este bem de outra. Já segundo o critério de Kaldor-Hicks, há incremento de eficiência quando a operação de redistribuição permite uma compensação, ainda que apenas potencial, daqueles que ganham em relação àqueles que perdem. Como aponta Stiglitz (STIGLITZ, Joseph. *Economics of the public sector*. 3. Ed. New York, London: W.W. Norton Company, 2000, p. 59), apenas no segundo modelo é que seria possível a adoção de políticas que visem à redistribuição de riqueza. Para maior aprofundamento na análise econômica do Direito, vide: COLEMAN, Jules. *Morals Markets and the Law*. New York: Oxford University Press. 2003.

²²² A expressão “peso morto”, empregada no jargão da economia, refere-se a ineficiências na alocação de recursos no mercado, o que gera produção abaixo do que seria possível e, conseqüentemente, preços mais altos do que o necessário. É uma situação comum em monopólios e outros mercados em que haja deficiência regulatória.

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.447.

²²⁴ Em sentido oposto ao aqui defendido, encontra-se Alexandre Santos de Aragão, que, recentemente, reviu sua posição e passou a adotar o conceito amplo de regulação, como se depreende das linhas a seguir: “A regulação

regulação, tal como proposto por Carlos Ari Sundfeld²²⁵, no sentido de reconhecer a superação das categorias clássicas de atuação do Estado²²⁶ encontra desafios de ordem didática e taxonômica, uma vez que engloba, em uma mesma definição, figuras cujo regramento jurídico (ainda) é muito distinto. Diante disso, com vistas a uma melhor sistematização da matéria objeto deste estudo, prefere-se a posição mais conservadora, que considera “regulação” apenas a atuação diretiva do Estado na economia.

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

As falhas de mercado mais comuns, de acordo com Joseph Stiglitz, são: (i) assimetrias de informação²²⁷, isto é, situações em que um agente dispõe de um conhecimento muito inferior do que outro acerca do funcionamento daquele mercado, de modo que suas escolhas acabam por apresentar desvios (biases) que não estariam presentes caso estivesse melhor informado; (ii) risco moral²²⁸, ou seja, situações em que um agente possui incentivo para agir de forma desleal para com os demais participantes daquele mercado; e (iii) falhas humanas, tendo em vista que os seres humanos são dotados de racionalidade limitada²²⁹ e, portanto,

estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. É nesta perspectiva que o jurista, as entidades e os órgãos reguladores devem estar atentos para paradigmas regulatórios como a administrativização, fluidez, consensualidade, flexibilidade, consensualismo, valorização dos resultados em relação aos meios, permeabilidade aos demais subsistemas sociais, etc.” (In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 31).

²²⁵ Para maiores considerações, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Público e Regulação no Brasil*. In: Guerra, Sergio (ord.) *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

²²⁶ Maiores considerações sobre o tema na nota 4, *supra*.

²²⁷ A assimetria de informações se verifica nas relações jurídicas em que há um desequilíbrio premente no que concerne ao conhecimento que cada uma das partes possui dos fatores passíveis de influenciar aquela relação. No âmbito da economia, trata-se de uma típica falha de mercado, na medida em que a parte que possui maior quantidade/qualidade de informação assume uma posição privilegiada em relação à outra. Para mais informações, vide: STIGLITZ, Joseph. *Economics of Information and the Theory of Economic Development*, *Revista de Econometria*, 5(1), April 1985: p. 5–32.

²²⁸ Sobre o problema do risco moral (*moral hazard*) no direito administrativo, vide: *Análise Econômica do Direito Administrativo*. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org: TIMM, Luciano Benetti. Ed. Atlas. São Paulo: 2ª edição, 2014. p. 404-416.

²²⁹ A racionalidade limitada é um dos objetos de estudo de nova fronteira dentro do movimento da análise econômica do Direito que tem por escopo o estudo de implicações do comportamento humano no direito e na economia, conhecida como *Behavioral Law and Economics*. Em artigo sobre o tema, Christine Jolls, descreve a racionalidade limitada da seguinte forma (tradução livre): —a racionalidade limitada consiste em parte em erros de julgamento, e, juntamente com os tipos usuais de erros discutidos na literatura sobre economia comportamental, a análise econômico-comportamental do direito (*behavioral law and economics*) recentemente enfatizou uma forma apartada de erro de julgamento - vieses implícitos na forma como membros de determinado

erros são inevitáveis e devem ser adotados mecanismos para, se possível, evitá-los ou, ao menos, mitigar seus efeitos²³⁰.

Autores ligados à Teoria Normativa de Regulação²³¹, por sua vez, elencam as seguintes falhas de mercado: (i) assimetrias de informação, conceito já apresentado acima; (ii) monopólios naturais, isto é, hipóteses em que a eficiência ótima do mercado reside na existência de apenas um prestador de determinada utilidade, seja em função de um impedimento natural à concorrência, seja devido à ineficiência econômica da concorrência²³²; (iii) externalidades²³³, ou seja, efeitos de um determinado comportamento que transbordam para além daquele mercado; e (iv) bens públicos, aqui tomados não no conceito clássico do Direito Administrativo²³⁴, mas, sim, no sentido dado à expressão pela Economia, qual seja,

grupo étnico ou social são percebidos por indivíduos que, no plano consciente, desaprovam qualquer tipo de preconceito; essa forma de erro de julgamento dá ensejo à parte inicial da discussão abaixo”. No original: “*bounded rationality consists in part of judgment errors, and along with the usual types of such errors discussed in the existing literature in behavioral economics, behavioral law and economics has recently emphasized a separate form of judgment error – implicit bias in how members of racial and other groups are perceived by individuals who consciously disavow any sort of prejudiced attitude; this form of judgment error provides the starting part for the discussion below*” (JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics (2006). Yale Law School. *Public Law Working Paper* n. 130; Yale Law & Economics Research Paper n. 342).

²³⁰ Nas palavras de Stiglitz: “A arquitetura de estruturas e sistemas regulatórios deve levar em consideração: (a) assimetrias de informação, já que o regulador está frequentemente em desvantagem em relação ao regulado; (ii) risco moral, pois frequentemente surgem dificuldades para garantir que a atuação do regulador esteja em sintonia com o bem-estar da sociedade (por exemplo, assegurar que ele não esteja capturado pelo setor regulado); e (iii) falhas humanas, visto que erros são inevitáveis e é preciso reduzir os custos desses erros. Como nenhum sistema regulatório é perfeito, economias com regulações bem construídas podem ter performances muito melhor do que aquelas com arcabouço regulatório inadequado. Regulações podem ampliar mercados e aqueles que seriam prejudicados em mercados desregulados” (tradução livre). No original: “*The design of regulatory structures and systems has to take into account: (a) asymmetries of information, since the regulator is often at an informational disadvantage relative to the regulated; (b) moral hazard, since there are often problems in ensuring that a regulator’s behavior is consistent with social welfare (for example, that he/she is not beholden to those whom he/she is supposed to be regulating); and (c) human fallibility, since mistakes are inevitable, and we need to minimize the costs of such mistakes. Well-designed regulations take into account the limitations of implementation and enforcement. While no regulatory system is perfect, economies with well-designed regulations can perform far better than those with inadequate regulation. Regulations can both enhance markets and protect those who might otherwise suffer in unregulated markets*” (STIGLITZ, Joseph. Regulation and Failure. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. p. 15)

²³¹ Vide: Baron, D.P.. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agenda and Approaches*, in J.S. Banks and E.A. Hanushek, *Modern Political Economy*, Cambridge University Press, 1995, p. 10-62. E também: Dixit, A.K., 1996, *The Making of Economic Policy: A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, Mass.: MIT Press.

²³² Exemplo de situação em que o monopólio natural decorre não de uma limitação de ordem natural, mas de uma maior eficiência econômica no monopólio é a prestação dos serviços de fornecimento de água encanada. Do ponto de vista natural, não haveria impedimento à construção de redes paralelas, com operadores distintos atuando em concorrência; todavia, os custos atinentes à duplicação da rede tornam a concorrência inviável, revelando-se mais eficiente a operação em regime de monopólio.

²³³ Para mais informações, vide OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Forms and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 35.

²³⁴ De acordo com o art. 98 do Código Civil de 2002, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que

bens que não se esgotam na utilização por um único agente de mercado e que, por isso, devem ter seu uso disciplinado a fim de evitar o perecimento²³⁵.

Todavia, a Teoria Normativa apresenta algumas limitações importantes quanto ao alcance e à qualidade da regulação. Uma delas é apontada pela Teoria Econômica da Regulação (ou da Captura), segundo a qual atores econômicos (regulados) que disponham de grande poder econômico e de informação podem influenciar o regulador para que este edite normas que atendam aos interesses deste próprio regulado, em vez de promover o interesse público primário²³⁶.

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

A fim de buscar uma melhora na atividade regulatória, descortinam-se, nos dias de hoje, três novas vertentes do estudo da regulação²³⁷⁻²³⁸: a) a teoria neoclássica, que estuda as imperfeições de mercado e tenta solucioná-las; b) a nova economia institucional, que tem como maior expoente o autor americano Douglass North e vincula o desenvolvimento econômico ao fortalecimento das instituições²³⁹; e c) estudos individuais sobre pobreza e desenvolvimento, destacando-se o trabalho do economista indiano Amartya Sen, cuja linha

pertencerem”.

²³⁵ De acordo com Anthony Ogus (*Op. Cit.*), “bem público é um bem cujos benefícios são partilhados pela sociedade como um todo ou por um grupo dentro dela. Mais especificamente, o bem público reúne duas características: em primeiro lugar, seu consumo por uma pessoa não deixa menos para que outras também o consumam; e, em segundo lugar, é impossível ou excessivamente custoso para o fornecedor excluir aqueles que não podem pagar pelos seus benefícios”. Tradução livre de: “*public good is a commodity the benefit from which is shared by the public as a whole, or by some group within it. More specifically, it combines two characteristics: first, consumption by one person does not leave less for others to consume; and, secondly, it is impossible or too costly for the supplier to exclude those who do not pay from the benefit*”. A necessidade de regulação para o uso de bens públicos é abordada por Garrett Hardin em ensaio legendário intitulado “A Tragédia dos Comuns” (*The Tragedy of the Commons*), publicado em 1968 na revista *Science* e responsável por difundir a ideia originalmente desenvolvida por William Foster Lloyd ainda na idade medieval sobre o perecimento de propriedades comunais na idade média.

²³⁶ Para um aprofundamento quanto à captura regulatória, vide: STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring). 1971.

²³⁷ Enumeração trazida por Calixto Salomão Filho em artigo intitulado Regulação, Desenvolvimento e Meio Ambiente. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15-59.

²³⁸ Outra nova fronteira importante em matéria de regulação diz respeito às fontes não estatais de regulação, como a autorregulação. Contudo, como o objeto do presente trabalho restringe-se a mecanismos de atuação do Estado, estas não se inserem no nosso escopo. Para um estudo mais aprofundado da autorregulação, vide: OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 1. (Spring, 1995), p. 97-108.

²³⁹ Para maior aprofundamento, vide: NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

de pesquisa parte do conceito de “atribuições” (entitlements)²⁴⁰.

Muito embora a atividade regulatória ainda esteja sujeita a limitações, não se deve abandoná-la sob o argumento de que o mercado seria capaz de produzir soluções mais adequadas do que aquelas emanadas de um ente regulador. Principalmente em momentos de crise econômica, as falhas do mercado tornam-se mais prementes, na medida em que, não raro, a recessão se origina do agravamento de uma (ou mais) dessas imperfeições²⁴¹.

5.2. A importância da regulação do sistema financeiro

A crise econômica de 2007-2009 ameaçou severamente a solidez do sistema financeiro global. No auge da crise, o governo federal americano aportou centenas de bilhões de dólares no mercado local e mais de um trilhão de dólares em empréstimos emergenciais para instituições financeiras²⁴².

Não foram poucos os especialistas que, à época, afirmaram que um dos principais motivos para a crise econômica mais severa desde o crash de 1929 seria a baixa densidade regulatória e fiscalizatória do setor financeiro do país²⁴³. Nesse sentido, uma das principais respostas do governo americano à crise foi a edição de um novo arcabouço regulatório para o mercado financeiro, mais estável e voltado para o fortalecimento da disciplina de mercados,

²⁴⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo. Cia das Letras. 1999. p. 109.

²⁴¹ Vemos as palavras de Stiglitz (*Op. Cit.*): “A atual crise econômica evidenciou a imperiosidade de intervenção governamental em caso de falha de uma instituição de relevância sistêmica. Mas a demanda por uma atuação maciça implica, por outro lado, a necessidade de, primeiramente, serem efetivadas ações para prevenir a ocorrência dessas falhas. Há casos em que os danos causados por ações que trazem efeitos adversos podem ser compensados posteriormente, mas no caso aqui versado isso não é possível em geral. Intervenções em políticas deveriam ser desenhadas para tornar menos provável a efetivação de ações que geram repercussões negativas significativas ou externalidades”. Tradução livre do original: “*The current economic crisis has highlighted the need for government intervention in the event of the failure of a systemically important institution. But the need for massive intervention implies, in turn, the need to take actions to prevent the occurrence of such failures in the first place. Sometimes the damage done by actions that have adverse effects on others can be compensated for after the fact, but in the cases at hand, this is in general not possible. Policy interventions should be designed to make less likely the occurrence of actions that generate significant negative spillovers, or externalities*”. Ademais, como visto em nota anterior, quando a crise do *subprime* veio à tona nos EUA, ficou bastante claro para os estudiosos do tema que uma de suas principais causas foi a regulação insuficiente do mercado financeiro norte-americano.

²⁴² POSNER, Richard. *A failure of capitalism: the crisis of ‘08 and the descent into depression*. President and Fellows of Harvard College. February, 2009.

²⁴³ Por todos, cite-se: BIERI, David S. *Financial Stability Rearticulated: Institutional Reform, Post-Crisis Governance, and the New Regulatory Landscape in the United States*. February, 2015. Chapter prepared for: *Building Responsive and Responsible Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, P. Iglesias Rodrigues (ed.), forthcoming, Cambridge, UK: Intersentia. E também: HOLSTEIN, Adora D. *How Well Does Dodd-Frank Address Regulatory Gaps and Market Failures that Led to the Housing Bubble*.

promovendo um retorno do pêndulo²⁴⁴ em relação ao movimento de desregulação que se iniciara nos anos 1980.

A regulação financeira divide opiniões na doutrina. Enquanto autores mais intervencionistas festejam a edição de normas que visem à disciplina do mercado, identificando na desregulação um risco relevante para o advento de crises (tal qual ocorrido nos EUA em 2008), autores mais liberais afirmam que a regulação excessiva reduz a competitividade das instituições locais e, ainda, não se dirige adequadamente às falhas de mercado que pretende combater²⁴⁵.

Em reforço aos seus argumentos, trazem a lume as mesmas críticas já feitas à regulação como um todo, tais como (i) o risco de captura por parte dos novos reguladores por agentes econômicos e políticos mais organizados; (ii) os problemas de agência que envolvem a atuação de instituições financeiras e seus diretores (já vistos com maior detalhamento acima); (iii) a revolving door (porta giratória, em tradução livre), que se refere à prática comum no mercado de diretores de grandes diretores de agentes privados passarem a trabalhar para o ente regulador e vice-versa, de forma sucessiva, o que pode comprometer a neutralidade regulatória.

No entanto, diante da constatação de que a maior causa da crise de 2008 foi justamente a falta de regulação do sistema financeiro, aliada a um excesso de especulação e a uma expansão irresponsável da oferta de crédito de alto risco²⁴⁶, a regulação desse mercado, por

²⁴⁴ Autores ligados ao direito regulatório e à economia frequentemente analisam a intervenção do Estado no domínio econômico como um movimento pendular, que ora pende para uma ação de maior participação e maior disciplina do mercado pelo poder público, ora se move em direção a uma intervenção mais contida. Para referência histórica ao movimento pendular da intervenção do Estado na economia, vide: D'ALBERTI, Marco. *Administrative Law and the public regulation of markets in a global age*. In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010.

²⁴⁵ Vide: GREENSPAN, Alan. *Dodd-Frank fails to meet test of our times*. Financial Times: Opinion. 29 March 2011. Disponível em: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/0/14662fd8-5a28-11e0-86d3-00144feab49a.html>>. Acesso em 15 mar. 2015.

²⁴⁶ Sobre o tema, vide as considerações de Ioannis Glinavos (em tradução livre): “Atualmente, há razoável consenso de que a crise financeira de 2007-2008 foi causada por excesso de crédito e de investimento, incentivados por uma série de fatores econômicos e regulatórios. A abundância de crédito foi ampliada no âmbito do mercado de hipotecas *subprime* (de alto risco) nos EUA, principalmente em 2005 e 2006. Esses excessos, no entanto, não se restringiram aos EUA; foram reflexos de tendências globais que impactaram em quase todos os mercados e classes de ativos (Arner 2009:2). No final de 2006, os preços de imóveis nos EUA e em uma série de outros países desenvolvidos alcançou níveis insustentáveis. À medida que bancos centrais em todo o mundo começaram a subir as taxas de juros a fim de conter pressões inflacionárias, devedores de hipotecas residenciais de alto risco nos EUA começaram a ter dificuldades em adimplir suas obrigações e os atrasos nos empréstimos começaram a subir. Ao mesmo tempo, a concessão de novos empréstimos caiu, preços de imóveis despencaram rapidamente, iniciando uma queda livre que, ao fim, se espalhou para todas as classes de ativos, culminando, em Setembro e Outubro de 2008, em uma crise sistêmica nos sistemas financeiros americano e global”. No original: “*It is now generally recognised that the financial crisis of 2007-2008 was caused by excessive borrowing, excessive lending and excessive investment incentivised by a series of significant economic and regulatory factors. Excessive borrowing and lending most directly arose in the context of the market for subprime residential mortgages in the United States, especially during 2005 and 2006. These*

ora, retorna à ordem do dia - o que torna necessário um estudo mais aprofundado quanto a este ponto.

5.3. Propostas para uma regulação financeira mais eficiente

De modo geral, é possível afirmar que existem quatro grandes tendências atuais em matéria de direito regulatório: a justificação da regulação, mediante análise de impacto e da necessidade da medida; redução da discricionariedade administrativa; consideração de normas de direito da concorrência na regulação setorial; e o surgimento de um direito econômico global e maior interação entre diferentes ordenamentos financeiros nacionais.

A maior motivação dos atos regulatórios e a diminuição do espaço para a discricionariedade administrativa caminham lado a lado, representando duas faces da mesma moeda; e, no âmbito da regulação financeira, frequentemente podem ser percebidas por meio da criação de entidades regulatórias e da determinação da realização de uma série de estudos em matéria financeira, com vistas a verificar o custo e o benefício, assim como o impacto, de medidas que se pretende implementar.

Já o maior peso atribuído às normas do direito da concorrência na edição de regulações setoriais pode ser observado na regulação do mercado financeiro a partir da edição de normas cujo objetivo é evitar a consolidação de agentes econômicos considerados “grandes demais para falir” (*too big to fail*), o que somente pode ser implementado mediante o fortalecimento da concorrência e o combate à dominação de mercado.

Em relação à ascensão do direito econômico global, pode-se mencionar a criação de um organismo supranacional na Europa, o Comitê Europeu do Risco Sistêmico, com competência para monitorar riscos sistêmicos²⁴⁷, e a implementação, pelos ordenamentos

excesses however, were not limited to the United States. They were reflections of global trends impacting almost every market and asset class (Arner 2009:2). By the end of 2006, real estate prices in the United States and a series of other developed countries had reached unsustainable levels. As central banks around the world began to raise interest rates to pre-empt inflationary pressures, weaker residential mortgage borrowers in the United States began to have difficulties meeting their obligations, and defaults on loans began to increase. At the same time, as the rate of new borrowers dropped, real estate prices began to decrease rapidly, triggering a downward spiral which ultimately impacted on most asset classes and lead ultimately to the systemic crisis in the U.S. and global financial systems of September and October 2008”. (GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. (June 25, 2009). *European Business Law Review*, Vol. 21, No. 4, 2010). Para uma análise mais aprofundada da crise do subprime, vide: STIGLITZ, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010.

²⁴⁷ A crise financeira resultou em um fortalecimento mais profundo do corpo regulatório europeu, mediante a criação do Comitê Europeu do Risco Sistêmico (formado pelo Banco Central Europeu, pela Comissão Europeia e por autoridades reguladoras internas da Europa), dotado de competência para monitorar riscos mais amplos, ao passo que os comitês já existentes foram transformados em autoridades locais, competentes para estabelecer parâmetros, monitorar o cumprimento das normas gerais em nível local, tomar medidas urgentes, monitorar conflitos entre reguladores nacionais e supervisionar agências de *rating*. Tradução livre do original: “*The context*”

nacionais, de uma série pontos já previstos nos Acordos da Basileia²⁴⁸. Contudo, há novas legislações, como a lei norte-americana, que vão além de Basileia, o que, embora vise a trazer maior proteção e solidez para o sistema, pode, de acordo com agentes do mercado, trazer prejuízos à competitividade desses sistemas em nível mundial, sobretudo no que se refere a outros países desenvolvidos em que a regulação financeira seja mais branda, como na Europa²⁴⁹.

Por outro lado, a crescente interdependência entre economias e, conseqüentemente, instituições financeiras aumenta a demanda por uma uniformização da legislação em matéria financeira, a fim de reduzir riscos sistêmicos que, cada vez mais, transbordam as fronteiras nacionais. A existência de regramentos discrepantes em matéria financeira aumenta a instabilidade desse sistema interligado e pode conduzir a práticas como o forum shopping, por meio do qual agentes de mercado que atuam em escala global escolhem montar sua sede no país cujo ordenamento local lhe é mais favorável e, assim, burlar normas mais protetivas dos outros Estados-Nações em que atuam²⁵⁰.

A necessidade de edição de normas globais em matéria financeira como importante pilar para garantir a solvibilidade do sistema é destacada, também, por Jürgen Habermas²⁵¹⁻²⁵², que aponta, ainda, a importância do endurecimento das garantias prestadas pelos bancos e

of the financial crisis resulted in a further institutional strengthening of European regulatory bodies: a „European Systemic Risk Board“ (consisting of the European Central Bank, European Commission and European regulatory authorities) was to monitor broad risks, while the existing committees were turned into „authorities“, setting standards, monitoring national enforcement actions, and able to take emergency measures, mediate in conflicts between national regulators, and oversee credit rating agencies”. (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. p. 402).

²⁴⁸ Os Acordos da Basileia são recomendações de regulação bancária prudencial lançadas pelo Comitê da Basileia de Supervisão Bancária, formado em 1974 pelos países integrantes do então G-10 (Alemanha, Bélgica, Canadá, EUA, França, Holanda, Itália, Japão, Reino Unido, Suécia e Suíça). A crítica de Marcelo Valença Ramos ao Comitê da Basileia refere-se a seu déficit de legitimidade democrática tanto em nível nacional quanto global, na medida em que é formado apenas por tecnocratas sem representatividade popular e tem como integrantes apenas países desenvolvidos (RAMOS, Marcelo Valença. *Op. Cit.* p. 155)

²⁴⁹ ANBIMA. Perspectivas. *Reforma Financeira Norte-Americana: a Lei Dodd-Frank*. Disponível em: <<http://portal.anbima.com.br/informacoes-tecnicas/estudos/perspectivas/Documents/Perspectivas%20ANBIMA%20Reforma%20Americana.pdf>>. Acesso em 03 abr. 2015.

²⁵⁰ CASESSE, Sabino. *New paths for administrative law: a manifesto*. 10 Int'l. J. Const. L. 603 (2012). Oxford Journals.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. Ed. UNESP, 2012. p. 131-132.

²⁵² No mesmo sentido, Baldwin *et. al.*: “A crise financeira acrescentou mais um ponto ao debate acerca da regulação global: como riscos sistêmicos podem ser superados por meio de legislações cruzadas e como reguladores locais (por meio de Basileia III) podem coordenar suas ações macro prudenciais e impor requisitos de capital social mínimo e reservas compulsórias para fazer frente a economias locais superaquecidas”. Tradução livre do original: “*The financial crisis also added to global regulation debates on such matters as how systemic risks could be coped with across jurisdictions, and how national regulators (through the Basel III agreement) could coordinate their „macroprudential“ actions and impose capital requirements to cope with overheated national economies*” (BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. p. 10).

do combate às instituições “too big to fail”, pontos que serão abordados mais à frente:

As exigências dos experts estão sobre a mesa. Discutem-se a elevação do capital próprio dos bancos, mais transferência para a operação dos fundos hedge, controle aprimorado das bolsas e das agências de classificação, proibição de instrumentos especulativos fantasiosos e danosos para as economias nacionais, imposto sobre transações financeiras, taxa sobre os bancos, separação entre bancos de investimentos e bancos de negócios, decomposição preventiva daqueles complexos bancários que são „grandes demais para deixá-los ir à falência (...).

Não que a regulamentação dos mercados financeiros seja uma coisa simples. Certamente, para isso também é preciso a perícia de banqueiros sagazes. Mas as boas intenções fracassam menos por causa da „complexidade dos mercados” do que pela pusilanimidade e pela falta de independência dos governos nacionais. Eles fracassam por causa da renúncia apressada a uma cooperação internacional que se coloque como meta estruturar as capacidades de ação política inexistentes - mundialmente na União Europeia e, de início, no interior da zona do euro.

Não obstante, a consolidação de um direito global – não só no âmbito da regulação financeira – encontra uma dificuldade que lhe é inerente: a ausência inata de mecanismos coercitivos no direito internacional, fundado na ausência de soberania dos organismos supranacionais. Assim, as normas de direito internacional, como os Acordos da Basileia, funcionam como mecanismos de *soft law*, que tentam trazer incentivos para que seus destinatários a cumpram espontaneamente, mas não são dotadas de capacidade vinculante²⁵³.

Mesmo no grupo dos autores favoráveis a uma maior regulação do mercado (o qual podemos caracterizar como majoritário), há divergência quanto ao foco que essa disciplina deve assumir. Muito embora a maioria seja favorável a uma regulação *ex ante*, com foco em prevenir a ocorrência novas crises²⁵⁴, Alan Greenspan sustenta²⁵⁵ que essa prevenção não poderia ser alcançada a contento, motivo pelo qual a regulação deveria assumir um foco *ex post*, tendo como fundamento a mitigação dos efeitos de crises futuras.

Na mesma esteira, Teubner defende a impossibilidade de uma regulação financeira *ex ante*, tendo em vista a complexidade natural do sistema bancário e a facilidade deste em criar novos produtos com velocidade incompatível com o passo natural do desenvolvimento das

²⁵³ Para maiores considerações sobre o soft law administrativo, vide: SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo: um estúdio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008.

²⁵⁴ Por exemplo, CROTTY, James. Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the new financial architecture. *Cambridge Journals of Economics*. Vol. 33, Issue 4, 2009, p. 563-580.

²⁵⁵ GREENSPAN, Alan. Dodd-Frank fails to meet test of our times. *Financial Times: Opinion*. 29 March 2011. E também: HOWARD, Philip K. *Results-Based Regulation: a blueprint for starting over*. Common good: Blog 2. December, 2011. Disponível em: <<http://www.commongood.org/blog/entry/philip-k.-howard-on-the-need-for-results-based-regulation>>. Acesso em 13 jul. 2015.

normas jurídicas²⁵⁶.

Marcelo Madureira Prates, igualmente, sustenta²⁵⁷ que as crises financeiras são inevitáveis, na mesma linha defendida por Bresser-Pereira²⁵⁸, tendo em vista o caráter eminentemente cíclico do capitalismo, que opera na mesma sistemática das ondas de Kondratieff.

O autor aponta, ainda, para a existência de uma série de fatores que dificultam o sucesso da regulação do setor financeiro. O primeiro deles seria a instabilidade inerente a esse sistema, na medida em que os bancos são obrigados a manter em reserva apenas uma parte dos depósitos realizados por seus correntistas (as chamadas reservas ou depósitos compulsórios), sendo autorizados a emprestar os demais recursos. Assim, o risco mostra-se inerente à atividade bancária.

O segundo fator seria decorrente de um problema mais amplo do Direito, que, contudo, é potencializado pelo dinamismo do setor financeiro. Trata-se da constatação de que o ordenamento jurídico regulamenta situações que já existem no mundo dos fatos e que, até chamarem a atenção do legislador, permaneceram descobertas juridicamente. O mercado financeiro é essencialmente dinâmico e criativo, o que faz com que, frequentemente, surjam novos produtos ainda desconhecidos pelo regulador, os quais podem trazer a reboque riscos sistêmicos ainda não identificados – como ocorreu com os derivativos complexos antes da crise de 2007-2010²⁵⁹.

Essa situação é agravada pela impossibilidade de que novos produtos financeiros sejam testados antes de serem disponibilizados ao mercado, ao menos com grau considerável de precisão em relação aos efeitos daquele ativo²⁶⁰, ao contrário do que ocorre em outros setores produtivos, como a indústria de medicamentos, por exemplo. Isso porque nenhum ambiente simulado seria capaz de reproduzir de maneira fidedigna as condições do mercado financeiro; assim, a real dimensão dos riscos trazidos por novos produtos financeiros somente

²⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Trad. Para o inglês de Gareth Norbury. Oxford, 2012. p. 97.

²⁵⁷ PRATES, Marcelo M. Why Prudential Regulation will fail to prevent financial crises. A Legal Approach. Banco Central do Brasil. *Working Papers* 335. November, 2013.

²⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O caráter cíclico da intervenção Estatal. *Revista de Economia Política*. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.

²⁵⁹ Em sentido oposto: CONTI, Vittorio. Rethinking regulation and oversight to learn the lesson from the crisis. *Paolo Baffi Centre Research Paper Series nº 2011-106*. November, 2011, p. 10-12. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1918765>>. Acesso em 13 jul. 2015. E também: EMBID IRUJO, Antonio. *El derecho de la crisis económica*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009, p. 23-24.

²⁶⁰ Sobre a possibilidade de se fazerem pequenos testes, vide POSNER, Eric A. and Glen Weyl. A proposal for limiting speculation on derivatives: and FDA for Financial Innovation. The University of Chicago, *Institute for Law and economics Working Paper nº 594*. March, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1995077>>. Acesso em 13 jul. 2015.

poderia ser identificada na operação prática desses produtos.

Assim, como modelo alternativo, Prates²⁶¹ sugere não o abandono da regulação, mas, sim, a busca pelo desenvolvimento de normas que se preocupem mais em criar uma rede de proteção apta a combater as consequências de crises financeiras do que suas causas, dado que as causas tendem variar de crise para crise, ao passo que as consequências costumam ser bastante semelhantes. Essa regulação deveria ter como objetivo estabelecer de maneira clara as respostas que serão dadas a instituições com problemas de liquidez, seus diretores e credores, gerando incentivos adequados para evitar condutas descuidadas no mercado financeiro.

Nesse sentido, a regulação financeira deveria assumir um foco mais *ex post*, enfrentando de maneira eficaz as consequências das crises por meio do desenvolvimento de uma rede de proteção financeira que responda adequadamente a três perguntas: (a) como organizar um fundo de depósitos compulsórios para ser utilizado como a primeira resposta a problemas no sistema financeiro; (b) como encontrar uma solução privada em vez de uma resposta pública para falhas no sistema financeiro, sobretudo no que tange ao risco moral existente no mercado financeiro; e (c) como garantir a responsabilização pessoal de executivos pelos prejuízos causados por instituições financeiras que venham a falir.

De fato, a limitação das reservas compulsórias e o dinamismo da atividade bancária podem representar dificuldades à regulação do setor financeiro, muito embora não a inviabilizem. Por outro lado, não nos parece possível afirmar de forma tão categórica que a realização de testes prévios à ampla liberação de novos produtos financeiros no mercado; ao revés, parece viável que a negociação desses novos ativos se dê de forma gradual, com restrições à sua comercialização e amplo monitoramento durante as fases iniciais. Dessa forma, reduzir-se-iam os riscos sistêmicos de novos produtos à higidez do mercado.

Vale notar que a proposta de formação de um fundo de reservas compulsórias já é implementada no Brasil, onde as normas editadas pelo Banco Central exigem reservas compulsórias que variam entre 20% dos saldos diários de depósitos em poupança (exceto a modalidade rural, cuja alíquota é de 18%) e 45% dos saldos diários dos depósitos à vista. Em 2013, por meio da Circular nº 3.655, o Banco Central criou, ainda, depósito adicional remunerado pela taxa SELIC de 10% para depósitos de poupança e 11% para aqueles realizados a prazo. Nos EUA, em comparação, as alíquotas atualmente variam entre 7 e 22%, com a maior parte das operações na faixa dos 10%²⁶². A maior capitalização do sistema

²⁶¹ PRATES, Marcelo M. *Op. Cit.*

²⁶² Fonte: Cartilha de Depósitos Compulsórios elaborada pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: 142

financeiro brasileiro é considerada uma das explicações para o país não ter sido tão fortemente afetado pela crise de 2007-2010, o que demonstra a importância do esforço de implementação de um sistema robusto de reservas compulsórias.

Diante das peculiaridades do sistema financeiro, Prates²⁶³ defende que normas regulatórias baseadas apenas em princípios e objetivos, dispostas a microgerenciar todos os detalhes de determinada atividade, não seriam uma solução adequada, uma vez que a lei não é capaz de antever todas as situações que poderão efetivamente se materializar *in concreto*, sobretudo em mercados dinâmicos como o financeiro²⁶⁴.

E prossegue afirmando que uma regulação excessiva (*overregulation*) traz um risco à credibilidade do próprio instituto da regulação, tendo em vista que (i) o excesso de normas aumenta as chances de estas não serem cumpridas integralmente, principalmente levando-se em consideração a complexidade inerente à disciplina do mercado financeiro; e (ii) a aplicação de sanções pecuniárias aos agentes que descumpriam normas cogentes pode, na prática, agravar problemas de liquidez eventualmente enfrentados por instituições financeiras em dificuldade²⁶⁵.

Assim, defende a criação de uma rede de proteção mais ampla para o sistema financeiro, que funcione como uma espécie de moldura de segurança, dentro da qual ele poderá se desenvolver com menores riscos sistêmicos. O primeiro passo para formar essa rede seria a criação de mecanismos de garantias de depósitos, com o propósito de proteger os correntistas/depositantes e evitar que a desconfiança se espalhe em momentos de instabilidade. Esses depósitos, obrigatórios para instituições financeiras bancárias ou não bancárias, deveriam ser reunidos em fundos que auxiliariam na liquidez de instituições financeiras em dificuldades.

A segunda medida seria o fortalecimento da supervisão de instituições financeiras, a fim de obrigar que aquelas que enfrentem problemas se reorganizem, ou deem início à sua liquidação, sendo certo que a reestruturação deve ser feita mediante captação de recursos privados, e não públicos – como ocorreu nos *bailouts* efetivados pelo governo americano em

<<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/faq%2012-depositos%20compulsorios.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2015.

²⁶³ PRATES, Marcelo M. *Op. Cit.*

²⁶⁴ Em sentido oposto, HOWARD, Philip K. *Results-Based Regulation: a blueprint for starting over*. Common good: Blog 2. December, 2011. Disponível em: <<http://www.commongood.org/blog/entry/philip-k-howard-on-the-need-for-results-based-regulation>>. Acesso em 12 jul. 2015.

²⁶⁵ Discordamos da crítica às sanções pecuniárias, uma vez que elas representam um incentivo importante para reprimir comportamentos indesejáveis por parte dos agentes de mercado. Por outro lado, para evitar que elas assumam caráter confiscatório, eventuais penalidades monetárias deverão ser calibradas mediante ponderação entre, de um lado, a gravidade da conduta e o prejuízo causado e, de outro, o princípio da preservação da empresa e a vedação ao confisco.

2008.

Já em relação às liquidações, o autor defende que, preferencialmente, deve-se buscar outra instituição interessada em incorporar (*bail-in*) aquela em situação de risco; caso isso não seja possível, sustenta que, como a estabilidade do sistema é um fim que interessa a todos os atores do mercado, o regulador deveria ter o poder de obrigar uma entidade por ele escolhida a realizar a incorporação. Com isso, evitar-se-ia o aporte de recursos públicos no mercado financeiro e, ainda, gerar-se-iam incentivos para os agentes de mercado atuarem de forma responsável e cooperativa uns com os outros, na medida em que as instituições financeiras passariam a estar mais interligadas.

A primeira medida proposta parece ser bastante salutar, na medida em que a formação de fundos de garantia para proteger correntistas e particulares em situações de crise evita que esses agentes hipossuficientes sejam excessivamente prejudicados nesses momentos.

Já a segunda pode esbarrar nos limites impostos à intervenção do Estado na ordem econômica pelo princípio da livre-iniciativa no que tange à possibilidade de imposição a um agente privado que adquira os ativos da instituição financeira em dificuldades. É recomendável que se busque, preferencialmente, outra entidade particular interessada em incorporar aquela em dificuldades e, ainda, que se criem incentivos (de ordem tributária, por exemplo) para que esses particulares atuem na incorporação de outros agentes em situação de risco de insolvência. Porém, na ausência de um interessado, não seria possível obrigar algum ente privado a adquirir forçadamente o controle de outro agente econômico. Entender em sentido diverso representaria afronta à livre-iniciativa incompatível com o ordenamento brasileiro, no qual a liberdade para empreender é considerada fundamento da República²⁶⁶ e fundamento da ordem econômica²⁶⁷.

Se o resgate privado da instituição não for possível, afirma Prates²⁶⁸ que se deve convocar os diretores das entidades em que a crise teve início para assumam suas

²⁶⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa;

²⁶⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²⁶⁸ PRATES, Marcelo M. *Op. Cit.*

responsabilidades e colaborem com o desenvolvimento de soluções, com vistas a aumentar a *accountability* desses dirigentes²⁶⁹. Para ampliar a responsividade dos diretores de instituições financeiras cujo comportamento contribua para crises econômicas e evitar o emprego de recursos públicos em companhias financeiras, o autor argumenta que estes deveriam ser obrigados a prestar garantias compulsórias de percentuais de suas remunerações, que seriam utilizadas para cobrir prejuízos causados por suas condutas como diretores sempre se revelar necessário o aporte de recursos públicos no resgate da entidade – independentemente da existência de dolo ou culpa do dirigente.

Esse fundo formado por parte dos bônus dos diretores teria mais um efeito pedagógico, de gerar incentivo para um comportamento mais responsável por parte dos diretores, do que propriamente de captar recursos para o custeio de medidas de estabilização do sistema financeiro, as quais podem ser muito mais custosas do que o fundo teria condições de suportar. Mas isso não significa que o fundo não seja capaz de cumprir a sua função: ao saber que parte de sua remuneração somente poderá ser resgatada caso aja de forma responsável, o diretor a princípio possui realmente um incentivo relevante para adotar comportamentos mais cautelosos - exceto se uma fuga regulatória permitir que os bancos aumentem os bônus da diretoria e passem a internalizar o custo da montagem do fundo. Assim, é necessário que haja mecanismos para evitar essa conduta, como, por exemplo, um monitoramento das entidades reguladoras quanto à evolução dos valores dos prêmios pagos aos órgãos de direção das instituições financeiras.

Por outro lado, Prates estabelece dois limites à responsabilização dos diretores: (i) apenas as quantias oferecidas como garantia compulsória poderão ser revertidas para saldar prejuízos da companhia; e (ii) deve ser fixado um limite temporal para que as quantias depositadas permaneçam à disposição da companhia, devendo ser restituídas ao patrimônio do diretor após o término deste lapso.

A proposta de responsabilização direta dos diretores que tenham contribuído para a instalação e/ou o agravamento da crise pode, de fato, funcionar como um incentivo apto a reduzir o risco moral no setor financeiro. No entanto, a responsabilidade objetiva, independente da comprovação de culpa do dirigente, pode gerar distorções no sistema de incentivos, deslocando-o para o extremo oposto do risco moral ao contribuir para o aumento da incerteza e do receio de inovar. Dessa forma, entendemos que a responsabilização direta do

²⁶⁹ Para maiores considerações sobre o *accountability* e sua relação com a transparência, vide: RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert. *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 49-52.

diretor poderá se deverá se basear em uma culpa presumida, na qual há uma presunção de responsabilidade do dirigente, mas ele pode afastá-la caso demonstre que agiu com prudência e responsabilidade.

A culpa presumida facilita a responsabilização daqueles que efetivamente detêm poder de decidir as ações da companhia e afasta do regulador o ônus de demonstrar o elemento subjetivo na conduta do diretor, cuja prova é muito difícil na prática; porém, permite que este se defenda e, eventualmente, afaste sua responsabilização caso demonstre que de fato não agiu com negligência, imprudência nem imperícia. Consideramos que o sistema de culpa presumida não seria incompatível com o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que (i) o diretor é o agente que, por natureza, decide os rumos da companhia; e (ii) há possibilidade de o diretor demonstrar que não agiu com culpa nem dolo, apenas invertendo-se o ônus da prova.

Por outro lado, consideramos salutar o estabelecimento de limites temporais a esta responsabilização, de modo a privilegiar a segurança jurídica. Assim, a lei deve prever um prazo durante qual o agente permanecerá responsável pelos atos ocorridos durante sua gestão.

Finalmente, defende o autor que, caso nenhuma das medidas acima se mostre eficaz no combate à crise, o aporte de recursos públicos será inevitável. Nesse ponto, entende que não deve haver um limite preestabelecido para a aplicação de verbas públicas, uma vez que as demandas – e os riscos – de cada crise serão peculiares.

O ponto mais frágil da teoria proposta por Prates²⁷⁰ parece ser, justamente, o reconhecimento da inevitabilidade do aporte de recursos públicos, ainda que como *ultima ratio*, em resgates a agentes econômicos em dificuldades. Esse reconhecimento apriorístico do resgate público em caso de crises econômicas faz com que toda rede de proteção construída para evitar a consolidação de instituições consideradas “*too big to fail*” perca consideravelmente a capacidade de reduzir o risco moral no sistema financeiro, uma vez que os atores já saberão de antemão que, caso falhem, o governo sairá em seu socorro.

Reconhece-se que o salvamento de entidades estratégicas é prática recorrente e bastante difundida. Todavia, a difusão dos *bailouts* pode ter outra explicação que não o fato de as consequências do não resgate serem mais negativas do que as do salvamento. Na verdade, a universalização dos resgates pode decorrer de uma captura dos reguladores estatais que decidem pelo resgate por grandes grupos econômicos, situação agravada pelo problema da *revolving door*, formado a partir do intercâmbio de mão- dupla de diretores entre os setores

²⁷⁰ PRATES, Marcelo M. *Op. Cit.*

público e privado.

Acolhendo-se essa segunda explicação para a frequência de salvamentos na história mundial, os *bailouts* deixariam de ser inevitáveis, passando a ser enxergados, em verdade, como uma falha regulatória advinda da captura do regulador. Sob esse prisma, as normas que disciplinem o funcionamento do mercado financeiro deveriam vedar esse tipo de operação.

Uma vedação absoluta aos *bailouts* realmente não seria salutar para o sistema, tendo em vista que pode haver salvamentos que se justifiquem com base no argumento da deterioração que seguiria a falência de um agente verdadeiramente relevante. No entanto, reconhecemos que muitos resgates podem advir de mera captura regulatória, motivo pelo qual as normas de regência do mercado financeiro devem restringir ao máximo as hipóteses em que os resgates serão admitidos e sempre exigir ampla justificação para sua efetivação. Os resgates somente devem ocorrer, portanto, nos casos em que, de fato, a falência do agente econômico possa acarretar consequências mais gravosas à solidez do sistema econômico do que o seu salvamento com a utilização de recursos públicos.

Ademais, deve a legislação trazer uma disciplina muito clara quanto ao emprego dos recursos públicos oriundos do *bailout*, estabelecendo-se quais despesas poderão ser custeadas com verba pública e, ainda, uma série de contrapartidas a serem adotadas pelo agente resgatado. Nesse esteio, deve ser vedado, por exemplo, seu emprego para o pagamento de bônus a diretores que tenham contribuído para a situação de insolvência da companhia, medida importante para garantir a probidade do resgate. Já a contrapartida deve ser definida caso a caso, mas ilustrativamente pode-se mencionar a criação de departamentos de *compliance* e melhores práticas, a manutenção de empregos e o não fechamento de estabelecimentos.

A prática demonstra a importância da fixação de limites e contraprestações do agente durante o resgate. Nos EUA, durante a crise de 2007-2010, quando da liberação dos recursos do pacote aprovado pelo governo para auxiliar agentes relevantes que enfrentavam dificuldades financeiras (TARP - *Troubled Asset Relief Program*), o programa era omissivo em relação aos possíveis usos dos recursos públicos liberados para os agentes privados. O resultado foi a utilização para pagamentos de bônus à diretoria dessas entidades e a demissão de milhares de funcionários mesmo após o resgate, gerando grande insatisfação popular – sobretudo no contexto em que inúmeras pessoas das camadas mais populares que se encontravam inadimplentes com financiamentos imobiliários de alto risco haviam perdido

suas casas sem que o governo adotasse nenhuma medida para auxiliá-las²⁷¹.

Sendo assim, revela-se salutar a edição de ato normativo que discipline as operações de salvamento de agentes econômicos em dificuldades, estabelecendo alguns parâmetros, além da própria subsidiariedade desse tipo de atuação administrativa em relação a soluções estritamente privadas (como fusões e aquisições entre particulares), para a realização desse tipo de resgate de forma mais racional e transparente.

O primeiro *standard* aqui sugerido – em consonância com a tradição procedimentalista do direito norte-americano, mas igualmente transplantável para ordenamentos de *civil law* na ótica da democracia deliberativa – seria a necessidade de um procedimento prévio ao resgate em que sejam ouvidos os setores envolvidos, tais como, além da própria companhia, a agência reguladora do setor, as organizações dos empregados e funcionários do grupo econômico, a sociedade civil.

Muito embora esse diálogo permita ao gestor público decidir sobre o efetivo risco sistêmico existente em caso de falência da companhia, pode haver casos em que a demora do procedimento prévio inviabilize o resgate, principalmente no mercado financeiro, em que a quebra pode se dar no momento em que as bolsas de valores iniciarem o pregão do dia seguinte (caso do Banco Lehman Brothers, por exemplo). Nessas hipóteses, o procedimento ora proposto poderá ocorrer posteriormente à decisão do resgate, sendo útil para delinear os contornos do *bailout* após a decisão pelo resgate, definindo as despesas que não podem ser realizadas com dinheiro público e a contraprestação da entidade resgatada, bem como para apurar se houve captura na decisão do resgate. Caso constatado que o resgate ocorreu de forma indevida e que houve dolo ou culpa grave das partes, será possível não só a determinação de restituição dos recursos recebidos indevidamente como também a responsabilização tanto dos agentes públicos quanto dos dirigentes da companhia envolvido.

O segundo parâmetro seria a necessidade de motivação da decisão administrativa que autorize o *bailout*, explicitando o custo-benefício da medida, os critérios de seleção do agente resgatado e a metodologia utilizada para se chegar à conclusão de que o resgate daquele determinado agente seria positivo para a sociedade – e não apenas para a própria companhia. Na verdade, o segundo parâmetro é uma decorrência natural do primeiro, uma vez que os fundamentos para o resgate serão obtidos justamente a partir do procedimento previsto no primeiro *standard*. Além disso, cabe aqui a mesma ressalva quanto ao primeiro parâmetro: em caso de extrema urgência, a motivação poderá ser explicitada *a posteriori*, servindo de baliza

²⁷¹ Disponível em: <<http://moneymorning.com/2008/12/23/executive-compensation-at-banks/>>. Acesso em 12 jul. 2015.

para controle da operação e eventual responsabilização dos envolvidos. Na linha da democracia participativa, os motivos que fundamentaram a decisão pelo resgate devem ser disponibilizados para consulta pública na *internet*, no *site* oficial do Banco Central local. Os comentários recebidos devem ser respondidos e levados em consideração em eventuais resgates futuros.

O terceiro *standard* proposto seria o estabelecimento de um limite para o aporte de recursos públicos em atores privados, bem como vedações ao emprego dessa verba pública em determinadas ações e o estabelecimento de uma contrapartida para o agente resgatado, tais como o pagamento de bônus à diretoria da companhia, a fim de evitar excessos e desvios de finalidade nos salvamentos. A liberação dos recursos oriundos da operação deve, preferencialmente, se dar de forma parcelada, condicionada ao cumprimento das condições estabelecidas. Eventual disponibilização desse valor à vista dependeria de robusta motivação no processo relativo ao salvamento.

De outro giro, a legislação não deve trazer, de antemão, um rol fechado de hipóteses em que o salvamento poderá ser autorizado, uma vez que, caso contrário, incorreríamos no mesmo problema ligado ao risco moral de os dirigentes desses agentes privados já terem ciência acerca das espécies de situações que lhes permitiriam recorrer ao aporte de recursos públicos. Dessa forma, a maior preocupação do legislador deve ser com a motivação e a transparência do salvamento, e não com uma tentativa de disciplinar prévia e exaustivamente todas as hipóteses em que este poderá ou não ocorrer.

5.4. Estudo de caso: a nova legislação norte-americana (o Dodd-Frank Act)

Como visto na seção anterior, há razoável consenso de que um dos principais motivos para a crise econômica de 2007-2009, a mais severa desde o *crash* de 1929, seria a baixa densidade regulatória e fiscalizatória do setor financeiro do país²⁷². E, como forma de resposta a essa crítica, foi sancionada pelo Presidente Brack Obama, em 21 de julho de 2010, a Lei Pública 111-203, que ficou conhecida como *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act - DFA)*, em referência a seus principais proponentes, Senador Chris Dodd e Deputado Barney Frank.

²⁷² Por todos, cite-se: BIERI, David S. Financial Stability Rearticulated: Institutional Reform, Post-Crisis Governance, and the New Regulatory Landscape in the United States. February, 2015. Chapter prepared for: *Building Responsive and Responsible Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, P. Iglesias Rodríguez (ed.), forthcoming, Cambridge, UK: Intersentia. E, também: HOLSTEIN, Adora D. *How Well Does Dodd-Frank Address Regulatory Gaps and Market Failures that Let to the Housing Bubble*.

A análise da nova regulação trazida pela Lei Dodd-Frank permite-nos verificar que, no âmbito da regulação, especificamente a bancária e financeira, os EUA adotaram um caminho de fortalecimento da regulação e da disciplina de mercados, promovendo um retorno do pêndulo²⁷³ em relação ao movimento de desregulação que se iniciara nos anos 1980.

5.4.1. Principais pontos do Dodd-Frank Act

Os principais objetivos da nova legislação, já previstos no preâmbulo da lei, são: responder aos riscos à estabilidade do sistema financeiro dos EUA, em parte através da criação do *Financial Stability Oversight Council - FSOC*; acabar com os resgates de grandes e complexas instituições financeiras consideradas “grandes demais para falir” (“*too big to fail*”); e aumentar a transparência e a regulação de instrumentos financeiros complexos e fortalecer a proteção a consumidores e investidores.

Até o presente momento, nem todas as entidades criadas pelo *Dodd-Frank Act* foram implementadas²⁷⁴, de modo que ainda não é possível aferir seu grau de sucesso nem, tampouco, os custos envolvidos na concretização do novo regramento. Inclusive, não faltam divergências quanto à capacidade da Lei para efetivamente reduzir as chances de ocorrência ou, ao menos, a magnitude de novas crises econômicas.

A despeito desse cenário de incerteza, esta seção se destina à análise dos principais institutos criados pela nova legislação financeira norte-americana e da medida em que eles podem auxiliar no desenvolvimento de ferramentas jurídicas aptas ao combate de crises econômicas.

Para tanto, o primeiro ponto que devemos ter em mente é que o direito administrativo (dentro do qual se insere o direito regulatório) norte-americano, fruto do sistema da *common law*, é essencialmente procedimental, assistemático e pragmático²⁷⁵. O procedimentalismo

²⁷³ Autores ligados ao direito regulatório e à economia frequentemente analisam a atuação do Estado no domínio econômico como um movimento pendular, que ora pende para uma ação de maior participação e maior disciplina do mercado pelo poder público, ora se move em direção a uma atuação mais contida. Para referência histórica ao movimento pendular da intervenção do Estado na economia, vide: D'ALBERTI, Marco. *Administrative Law and the public regulation of markets in a global age*. In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010.

²⁷⁴ SANDERS, BREEN C. *Financial Regulatory Reform: benefits, costs and challenges of the Dodd- Frank Act*. Nova Publishers. New York, 2013.

²⁷⁵ Para uma visão mais aprofundada sobre o Direito Administrativo no sistema da *Common Law*, vide: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. *Comparative Administrative Law: outlining a field of study*. John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Research Paper No. 436, *Public Law and Legal Theory Research Paper Series Paper No. 236 Windsor Yearbook of Access to Justice Vol. 28*, No. 2 2010. E, ainda, BELL, John S. *Comparative Administrative Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.1261-1285.

fica evidente na preocupação do legislador em estabelecer garantias ligadas ao Estado de Direito, ao *Rule of Law*, por meio da criação de procedimentos a serem observados para se chegar às decisões administrativas, em oposição ao substancialismo típico do direito alemão²⁷⁶, no qual há um controle muito mais evidente quanto ao conteúdo da ação administrativa.

Já a ausência de sistematização e o pragmatismo podem ser percebidos a partir da constatação de que o legislador não reside em categorizar os organismos criados dentro de um sistema de órgãos e entidades da Administração Pública (se estes organismos seriam autarquias, se seriam órgãos dentro da Administração Direta ou qualquer outra categoria de natureza jurídica), mas, sim, em atribuir um sistema claro de competências e atribuições a estas entidades, de modo que possam desempenhar suas tarefas com uma direção já delineada.

Essas características do sistema da *common law* são bastante evidentes no *Dodd-Frank Act*, na medida em que a lei trata da criação de uma série de organismos, atribui-lhes um rol de competências bem definido e, assim, traz diversos procedimentos que esses novos atores governamentais deverão seguir para alcançar seus objetivos institucionais. Por outro lado, não se observa na Lei Dodd-Frank a preocupação típica da *civil law* em atribuir natureza e regime jurídicos já predefinidos a esses organismos.

A análise que aqui é feita reflete esse pragmatismo da estrutura legislativa norte-americana, empregando seu foco não em perquirir a natureza jurídica das novas entidades regulatórias (inclusive se seriam entidades ou órgãos) criadas pelo DFA e as possíveis implicações que poderiam advir dessa categorização, mas, ao revés, em analisar as atribuições das novas agências, sua possibilidade de êxito no atingimento de seus objetivos e, ainda, a possível existência de modelos alternativos àquele adotado no *Dodd-Frank Act*.

A versão final do DFA possui mais de 800 (oitocentas) páginas e é dividida em dezesseis títulos. Ao todo, a lei contém mais de 300 (trezentas) previsões expressas que determinam ou autorizam a edição de normas de regulação financeira e bancária²⁷⁷ – o que demonstra sua intenção de fortalecer a disciplina do mercado. Optamos por discorrer sobre as principais inovações trazidas pela Lei, a fim de oferecer uma visão panorâmica sobre a legislação em comento.

Uma das novidades mais comentadas trazidas pelo *Dodd-Frank Act* é a criação da

²⁷⁶ SCHNEIDER, Jens-Peter. German Traditions in Administrative Law: obstacles to a common legal framework? In: RUFFERT, Mathias (org.). *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013. p. 49-65.

²⁷⁷ BIERI, David. S. *Financial stability rearticulated: institutional reform post-crisis governance and the new regulatory landscape in the United States*. February, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 11 jul. 2015.

“Regra de Volcker” (*Volcker Rule*), uma homenagem ao ex-chefe do *Federal Reserve* Paul Volcker, cuja finalidade é evitar o crescimento excessivo de bancos universais, que se tornariam “*too big to fail*”, problema surgido com a revogação da Lei Glass-Steagal, em 1999.

Instituições financeiras de escala global, que possuem participação societária em uma série de outras instituições, acabam assumindo um papel de tanto destaque na economia mundial que sua falência poderia colocar em risco a existência do próprio sistema financeiro. Por isso, quando essas entidades sofrem crises severas, frequentemente são beneficiadas por resgates (*bailouts*) pelos próprios governos dos países onde se localizam suas sedes.

Tais operações, contudo, são alvo de uma série de críticas doutrinárias²⁷⁸, afirmando-se que levam a um incremento do risco moral (*moral hazard*)²⁷⁹ no sistema bancário, uma vez que os diretores dessas empresas, cientes de que seriam resgatados caso seus negócios afundassem, passariam a ter incentivos para adotar comportamentos descuidados na gestão da companhia.

Nos EUA, em particular, os salvamentos de gigantes da indústria automobilística, como a *General Motors*, e do sistema financeiro, como a seguradora AIG (*American International Group*) e as financiadoras imobiliárias *Fannie Mae* e *Freddie Mac*²⁸⁰, foram criticados de forma ainda mais contundente, uma vez que o plano de resgate no valor de 700 (setecentos) bilhões de dólares aprovado pelo Congresso americano (TARP – *Troubled Asset Relief Program*)²⁸¹, não previa cláusulas que disciplinassem como os recursos públicos emprestados a longo prazo às instituições poderiam ser despendidos.

Essa brecha permitiu que os dirigentes das companhias resgatadas empregassem parte dos recursos recebidos no pagamento de bônus às próprias diretorias – que haviam contribuído para o surgimento da crise com a especulação gerada por novos derivativos complexos que mascaravam créditos de baixíssima liquidez, como os CDO (*Collateralized*

²⁷⁸ Ver: STIGLITZ, Joseph. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010. E também: BAKER, Tom; e MOSS, David. *Government as risk manager*. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. p. 89-111.

²⁷⁹ A expressão “risco moral” refere-se à possibilidade de agentes econômicos, dotados de incentivos mal direcionados, adotem comportamentos socialmente indesejáveis. Exemplo clássico é o incentivo que a contratação de seguro gera para que o segurado adote comportamentos mais descuidados na gestão do bem protegido. Sobre o problema do risco moral (*moral hazard*) no direito administrativo, vide: *Análise Econômica do Direito Administrativo*. In: *Direito e Economia no Brasil*. Org: TIMM, Luciano Benetti. Ed. Atlas. São Paulo: 2ª edição, 2014. p. 404-416.

²⁸⁰ Fannie Mae e Freddie Mac são os nomes populares de duas empresas patrocinadas pelo governo norte-americano (GSE – *Government Sponsored Enterprises*), a FNMC (Federal National Mortgage Association) e a FHLMC (Federal Home Loan Mortgage Corporation), criadas a primeira na década de 30 e a segunda em 1970, para dar apoio ao mercado de financiamento hipotecário nos Estados Unidos.

²⁸¹ POSNER, Richard. *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. President and Fellows of Harvard College, Fev. 2009.

Debt Obligations) e CDS (*Credit Default Swaps*)²⁸².

A criação da *Volcker Rule* pelo *Dodd-Frank Act* tem por objetivo justamente pôr fim à existência de empresas consideradas *grandes demais para falir*. Na versão originalmente proposta pelo Executivo, ficariam vedadas, de um lado, transações com valores mobiliários em carteira própria (*proprietary trading*), a fim de evitar especulações que poderiam colocar as próprias instituições financeiras em risco; e, de outro, a realização de investimentos de instituições bancárias em fundos *hedge* e de *private equity*.

Todavia, o projeto sofreu duras críticas por parte do setor financeiro, sob o argumento de que o regime mais rígido reduziria a competitividade dos bancos americanos no cenário internacional, sobretudo na Europa. O projeto de lei foi alterado para que, em sua versão atual, a Regra de Volcker não chegue a proibir operações especulativas em carteira de negociação própria, nem as aplicações em fundos de *hedge* ou *private equity*, ou o patrocínio desses fundos.

Assim, o texto aprovado da lei permite negociações com carteiras próprias, desde que envolvam papéis de baixo risco, como títulos públicos, ou de agências patrocinadas pelo governo (como a Fannie Mae e o Freddie Mac), ou sejam motivadas por estratégias de hedge, ou no interesse de clientes, nos termos da regulação a ser expedida pelo *Financial Stability Oversight Council – FSOC*. Também foi admitida a criação de subsidiárias capitalizadas independentemente, desde que não haja interesses com clientes nem geração de riscos sistêmicos. Finalmente, a Regra de Volcker não se aplica a instituições financeiras não bancárias, mas, se estas forem consideradas sistemicamente relevantes, o *Federal Reserve* poderá lhes impor exigências de capital regulatório destinadas a compensar esses riscos.

Ainda com o objetivo de combater o *too big to fail*, o DFA cria o *Financial Stability Oversight Council – FSOC*, presidido pelo Departamento do Tesouro²⁸³ e que tem como

²⁸² Os CDO eram agrupamentos de créditos de diversas origens, como financiamentos imobiliários e estudantis, reunidos formando um único derivativo adquirido por outra instituição financeira e remunerado à medida que os créditos originários fossem adimplidos. Já os CDS eram espécies de seguros contra CDO inadimplidos, que garantiam a rentabilidade prometida pelo CDO a seu titular mesmo em caso de não pagamento das obrigações que deram origem ao segundo. Fonte: Documentário INSIDE JOB. Direção de Charles Ferguson. EUA, 2010.

²⁸³ De acordo com a *Section 619, subsection (b)* do *Dodd-Frank Act*, o FSOC deverá conduzir estudos com os seguintes objetivos: “(A) promover e ampliar a garantia e a solidez de instituições financeiras; (B) proteger contribuintes e consumidores e aumentar a estabilidade financeira por meio da diminuição do risco que seguradoras suas controladas e coligadas experimentam ao se engajar em atividades que não são sólidas nem seguras; (C) limitar a transferência inapropriada de subsídios federais para instituições que se beneficiam de seguros de depósito e benefícios de liquidez do Governo Federal para entidades desreguladas; (D) reduzir conflitos de interesse entre instituições bancárias autointeressadas e instituições financeiras não bancárias e os interesses dos consumidores dessas entidades; (E) limitar as atividades que causam risco indevido ou perdas em instituições financeiras, bancárias ou não, que possam provavelmente criar riscos indevidos ou perdas para elas mesmas e/ou para outras instituições financeiras; (F) acomodar de maneira apropriada o mercado de seguros, sujeito a regulação de acordo com as leis do setor, e, ao mesmo tempo, proteger a estabilidade e a solidez de

objetivo identificar e monitorar riscos para o sistema financeiro e coordenar respostas a essas ameaças, uniformizando a regulação financeira no país. Dentre as competências do FSOC incluem-se: recomendações regulatórias para reguladores do mercado financeiro, identificação de deficiências regulatórias que possam representar risco sistêmico, coleta de dados sobre companhias financeiras, monitoramento do sistema entre coordenadores financeiros, enviar sugestões de reformas regulatórias para o Congresso a fim de promover eficiência, concorrência e estabilidade no setor e criação de um fórum para a resolução de disputar entre membros do próprio conselho²⁸⁴.

Para que o FSOC possa atuar na identificação e redução de riscos sistêmicos, a Lei considera como “instituição financeira sistemicamente importante” (*Systemically Important Financial Institution – SIFI*) todas as instituições financeiras que tenham capital superior a 50 (cinquenta) bilhões de dólares sob seu controle e outorga competência para que o FSOC estabeleça critérios com base nos quais instituições não bancárias serão consideradas SIFIs. Ademais, todas as SIFIs serão supervisionadas pelo Federal Reserve e estarão sujeitas a padrões de regulação prudencial, como obrigatoriedade de capital social mais robusto e restrições aos balanços de acordo com os índices de risco sistêmico por elas reportados.

Na esteira da prevenção à formação de companhias tidas por “grandes demais para falir”, somando-se ao fortalecimento da supervisão e da regulação, o Dodd-Frank ainda traz novas restrições à estrutura da indústria financeira. Em primeiro lugar, proíbe fusões e aquisições envolvendo instituições financeiras bancárias e não bancárias, assim como bancos estrangeiros que atuem nos EUA, em que a companhia resultante da operação possua passivos e contingências (*liabilities*) que superem 10% (dez por cento) dos passivos de todas as instituições financeiras americanas agregadas (*Section 622*).

instituições bancárias ligadas às seguradoras e/ou atuantes nos EUA de modo geral; e (G) regulamentar e estabelecer um cronograma para a desmobilização de ativos ilíquidos que, a partir do DFA, tornem-se ilícitos”. No original: “(A) promote and enhance the safety and soundness of banking entities; (B) protect taxpayers and consumers and enhance financial stability by minimizing the risk that insured depository institutions and the affiliates of insured depository institutions will engage in unsafe and unsound activities; (C) limit the inappropriate transfer of Federal subsidies from institutions that benefit from deposit insurance and liquidity facilities of the Federal Government to unregulated entities; (D) reduce conflicts of interest between the self-interest of banking entities and nonbank financial companies supervised by the Board, and the interests of the customers of such entities and companies; (E) limit activities that have caused undue risk or loss in banking entities and nonbank financial companies supervised by the Board, or that might reasonably be expected to create undue risk or loss in such banking entities and nonbank financial companies supervised by the Board; (F) appropriately accommodate the business of insurance within an insurance company, subject to regulation in accordance with the relevant insurance company investment laws, while protecting the safety and soundness of any banking entity with which such insurance company is affiliated and of the United States financial system; and (G) appropriately time the divestiture of illiquid assets that are affected by the implementation of the prohibitions under subsection (a)”.

²⁸⁴ KAAL, Wulf. A. *The systemic risk of private funds after the Dodd-Frank Act*. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 11 jul. 2015.

Antes do DFA, o limite de acima referido se aplicada apenas para bancos e instituições de depósito, na forma do *Riegle-Neal Banking Interstate Banking and Branching Efficiency Act of 1994, Title I, Sec. 101*.

A Lei Dodd-Frank também adotou medidas com o objetivo de combater a transferência integral de riscos em hipotecas por meio de securitizações, passando a exigir que os bancos mantenham em conta no mínimo 5% (cinco por cento) do capital relativo a hipotecas securitizadas. A medida visa reduzir os incentivos para a concessão de empréstimos de alto risco – e juros correspondentes – que instituições bancárias teriam caso permanecesse possível a externalização total do risco de inadimplemento desses financiamentos.

Outro ponto relevante do *Dodd-Frank Act* é a incorporação, ao direito norte-americano, de uma série de normas já previstas nos Acordos da Basileia, sobretudo no que se refere ao aumento de transparência no mercado de derivativos, à utilização dos coeficientes de capital como proporção dos ativos ponderados pelo risco e à fixação da taxa de alavancagem bancária (isto é, ao percentual de suas reservas que os bancos poderão multiplicar por meio de empréstimos). Essas reformas têm por finalidade ampliar os mecanismos anticíclicos da economia americana, reduzindo a especulação e o risco no setor bancário, com vistas a minimizar a ocorrência de crises econômicas originadas do setor bancário.

O DFA também adotou medida relevante em relação ao regime a que se submetem as agências de *rating*, instituições responsáveis por avaliar a solidez de possíveis investimentos. Antes da nova legislação, as avaliações dessas agências eram consideradas meras opiniões, protegidas pela Primeira Emenda à Constituição Americana²⁸⁵, que trata da liberdade de expressão.

Com isso, não podiam ser responsabilizadas por eventuais equívocos que cometessem em suas avaliações, ainda que estes pudessem trazer prejuízos milionários a investidores que, confiando no diagnóstico feito pela agência, acabassem adquirindo “papéis podres”, posteriormente não adimplidos. Foi justamente o que ocorreu na crise do *subprime*, quando agências de *rating* avaliaram como AAA derivativos que, ao final, provaram-se pouquíssimo sólidos.

A Lei Dodd-Frank cria o *Office of Credit Ratings – OCR*, integrante da estrutura da SEC, responsável por avaliar agências de *rating*, obrigando-as a definir critérios de avaliação

²⁸⁵ Texto da Primeira Emenda à Constituição Americana (tradução livre): “O Congresso não deve editar leis que restrinjam a liberdade religiosa, a liberdade de expressão e de imprensa; ou o direito de reunião pacífica ou o direito de petição ao Governo para a reparação de injustiças”. No original: “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

transparentes e controles eficazes, internos às agências, para evitar conflitos de interesse e desvirtuamento da missão dessas instituições.

No entanto, a medida mais impactante no que se refere a essas instituições é a possibilidade de o OCR “desoficializar” as agências de rating, medida bastante oportuna tendo em vista o elevado índice de erro nas avaliações realizadas por esses escritórios em relação aos derivativos de alto risco no período que antecedeu a crise de 2008.

As agências “oficiais” (*Nationally Recognized Statistical Rating Organizations - NRSROs*) são entidades privadas, porém avaliadas e acreditadas pela SEC – *Securities Exchange Commission*, entidade responsável pela supervisão do mercado financeiro Americano, com competências similares às da CVM – Comissão de Valores Mobiliários no Brasil. A avaliação de determinado valor mobiliário pelas NRSROs, as agências de *rating* oficiais, assegura um regime mais simplificado para a sua negociação, como a possibilidade de emissão de prospectos mais curtos.

O *Dodd-Frank Act* permite que o OCR descredencie agências de *rating* que não atendam aos parâmetros de transparência e objetividade de avaliação de produtos financeiros estabelecidos pelo próprio órgão regulador. A medida – não obstante a pendência de sua regulamentação – é uma importante novidade trazida pelo DFA, na medida em que confere maior responsabilidade às agências de *rating*, até então isentas por suas avaliações, mesmo quando se provassem equivocadas.

Na esteira das propostas que apresentamos acima, a Lei Dodd-Frank contém, ainda, três normas relativas à remuneração dos diretores de instituições financeiras, outro ponto que suscitou bastante polêmica na opinião pública durante a crise de 2007-2010, tendo em vista os vultosos salários que esses executivos recebiam e o grau de culpa que, posteriormente, se atribuiu à sua conduta descuidada na especulação com derivativos.

A primeira das medidas impõe transparência nas estruturas de remuneração das instituições bancárias, exigindo a divulgação inclusive do quociente entre a maior remuneração de executivos e a média de salários da instituição. O aumento da transparência tende a produzir uma maior *accountability* tanto da pessoa jurídica que remunera o diretor quanto do próprio diretor, dado que a divulgação do valor da remuneração deste dirigente incrementa a demanda dentro e fora da estrutura daquela instituição financeira por uma boa atuação. Além disso, acionistas poderão votar periodicamente (no mínimo a cada três anos, com revisão desta periodicidade a cada seis anos) sobre a estrutura de pagamentos da instituição financeira, permitindo a revisão de bônus considerados excessivamente elevados.

A segunda medida estabelece uma regra de devolução (*claw back*) de valores

recebidos de acordo com o desempenho do diretor, como bônus e similares, nas hipóteses em que, após um período determinado de tempo, ficar estabelecido que o pagamento foi indevido, demonstrando-se que, na realidade, a performance do dirigente não foi tão boa quanto se imaginou à primeira vista.

Muito embora o pagamento de bônus expressivos a dirigentes bancários seja comum no mercado americano, a prática gera problemas de agente/principal, elemento da análise econômica do direito ligado aos custos de agência, que expressão da Economia cunhada para o estudo dos conflitos de interesses entre pessoas jurídicas e seus representantes²⁸⁶. Isso ocorre porque, com a promessa de bônus pago de acordo com o seu desempenho, o diretor (agente), que deveria atuar de acordo com os interesses da instituição financeira (principal), acaba tendo incentivo para agir em conformidade com seus próprios interesses – no caso, maximizar o seu prêmio. Com isso, não raro esses dirigentes engajam-se em investimentos de alto risco e mecanismos de “maquiagem” de balanços, a fim de apresentar resultados melhores para a companhia e, assim, receber remunerações mais elevadas²⁸⁷.

A possibilidade de a instituição financeira obrigar o diretor a devolver o bônus recebido caso, após certo período de tempo, fique provado que aquele resultado inicialmente divulgado não correspondia à realidade diminui os incentivos dos dirigentes para realizar investimentos de alto risco e mascarar balanços, protegendo o capital investido pelos acionistas e a solidez do mercado.

Finalmente, a terceira medida preconiza que os sistemas de remuneração dos diretores das entidades financeiras deverão ser analisados por comitês de risco da instituição, com vistas a avaliar sua adequação às estratégias de risco adotadas pelo banco, a fim de que não haja um descompasso entre o perfil da instituição (conservador, intermediário ou arrojado) e o risco gerado pelo pagamento de bônus elevados a seus dirigentes, tendo em vista os possíveis problemas de agência, já analisados acima, que estes podem gerar.

²⁸⁶ Os problemas de agência referem-se a uma espécie específica de risco moral em que a informação assimétrica entre agente e principal faz com que este último não seja capaz de monitorar adequadamente as ações do primeiro.

²⁸⁷ Ainda com o intuito de mitigar os riscos advindos da “maquiagem de balanços”, o DFA traz outras exigências de reservas compulsórias para operações fora dos balanços. Vejamos o que ensina a doutrina especializada: “A fim de acabar com o incentivo para reduzir os encargos de capital incidentes sobre atividades fora dos balanços, o DFA também exige que organizações bancárias mantenham 100% de reserva compulsória em relação aos valores das operações fora dos balanços, contratos de recompra e afins, assim como derivativos em geral”. Tradução livre do original: “*To remove the incentive to reduce capital charges through off-balance sheet activities, DFA also requires a banking organization to hold capital, with 100% risk weight, against off-balance sheet guarantees, repurchase agreements and other repo-style transactions, financial standby letters of credit, forward agreements, and other derivative contracts*”. (HOLSTEIN, Adora D. *How well does Dodd-Frank Act address regulatory gaps and Market failures that led to the housing bubble?* Robert Morris University. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 11 jul. 2015).

Cabe destacar, ainda, a criação do *Consumer Financial Protection Bureau – CFPB*, entidade dotada de personalidade jurídica própria e cujo objetivo é a proteção de consumidores do mercado financeiro. O CFPB possui amplos poderes de supervisão e imposição de procedimentos, como uma entidade autônoma alojada no aparato do *Federal Reserve*, mas sem qualquer subordinação a ele. Seu Diretor é apontado pelo Presidente da República e suas decisões são finais, exceto pela possibilidade de apelo de outras instituições reguladoras ao *Financial Stability Oversight Council - FSOC*.

As principais atividades do *Bureau* são: (i) edição, supervisão e fiscalização (*enforcement*) de normas de proteção ao consumidor no mercado financeiro; (ii) implementação e fiscalização de políticas de não discriminação financeira e outras formas de tratamento injusto no mercado financeiro; e (iii) restrição de práticas injustas, abusivas ou indutivas a erro no mercado financeiro. Seu foco central de atuação são as hipotecas, os empréstimos estudantis e os cartões de crédito. Em segundo plano, o FCPB se ocupa, ainda, de receber reclamações de consumidores, educação financeira, pesquisas em comportamentos de consumo e monitoramento do mercado financeiro para identificação e prevenção de novos riscos aos consumidores.

O CFPB é, a um só tempo, uma entidade voltada para a regulação prudencial, baseada na monitoração e na regulação de riscos em que agentes econômicos se engajam, e, também, para a regulação informacional, que monitora e regulamenta a informação que os agentes de mercado disponibilizam uns para os outros e para consumidores, com vistas a reduzir a assimetria de informação no mercado financeiro. A criação do *Bureau* concentra poderes regulatórios que até então encontravam-se dispersos entre outras entidades, o que possui o efeito positivo de uniformizar a disciplina do mercado, mas, por outro lado, não se mostra suficiente para superar por completo a tradição de fragmentação do sistema regulatório norte-americano²⁸⁸.

A título exemplificativo, no ano de 2014, o CFPB teve como principais ações²⁸⁹: disponibilização de conteúdo e ferramentas digitais para mais de 5,6 (cinco vírgula seis) milhões de consumidores; processamento de mais de 240.000 (duzentas e quarenta mil) reclamações de consumidores envolvendo um grande número de produtos financeiros; compartilhou informações técnicas com mais de 50 (cinquenta) agências do governo sobre

²⁸⁸ BIERI, David. S. *Financial stability rearticulated: institutional reform post-crisis governance and the new regulatory landscape in the United States*. February, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 11 jul. 2015.

²⁸⁹ Fonte: Relatório Anual do CFPB – Metas para 2015. Disponível em: <http://files.consumerfinance.gov/f/201502_cfpb_report_strategic-plan-budget-and-performance-plan_FY2014-2016.pdf>. Acesso em 03 abr. 2015.

mais de 280 (duzentos e oitenta) matérias; publicou nove relatórios sobre produtos financeiros, mercado e regulação; realizou treze eventos públicos em assuntos relacionados a consumo no mercado financeiro, como cartões de crédito, hipotecas e financiamento automotivo.

O DFA, em seu Título IV, ainda estabelece que consultores de investimentos antes isentos de cadastro, sobretudo de fundos *hedge* e de *private equity*, passam a estar sujeitos à Lei de Consultores de Investimentos, de 1940. Ademais, visa aumentar a transparência no mercado financeiro, exigindo relatórios de analistas de investimento e determinando, ainda, a realização de três estudos: dois do *Government Accountability Office – GAO* com vistas a analisar o conceito de “investidor acreditado” e a autorregulação de fundos privados e um da *Securities and Exchange Commission – SEC*, sobre vendas a curto prazo e obrigatoriedade de divulgação de informações.

A lei também cria o *Federal Insurance Office*, órgão integrante do *U.S. Treasury*, o Tesouro Americano, cujos objetivos são: monitorar a indústria de seguros (exceto seguros de saúde), inclusive no que se refere à identificação de vácuos normativos que possam contribuir para crises financeiras; monitorar mecanismos para ampliar o acesso de pessoas de baixa e média renda a seguros acessíveis; fazer recomendações ao FSOC em relação à indústria de seguros; administrar o Programa de Seguros contra o Terrorismo; e coordenar assuntos ligados a seguros domésticos e internacionais.

Por fim, o *Dodd-Frank Act* cria o *Office of the Investor Advocate*, órgão consultivo subordinado à SEC, que tem por objetivo reduzir a captura regulatória²⁹⁰ nesta última, sendo formado por 12 (doze) a 22 (vinte e dois) membros com mandatos de quatro anos e um *ombudsman*²⁹¹; estabelece um programa de recompensas a indivíduos que forneçam informações que levem à aplicação de sanções em valor superior a um milhão de dólares; traz as normas relativas às agências de *rating* e à remuneração de diretores de instituições financeiras já vistas acima; e, ainda, determina que a SEC emita relatórios de controle interno e gestão de recursos humanos, assim como crie normas de maior transparência no que tange à divulgação de informações para acionistas das companhias sob sua supervisão.

²⁹⁰ A captura é uma falha regulatória que ocorre quando determinados agentes econômicos, mais organizados do que outros, conseguem influenciar o processo regulatório em seu próprio favor e, com isso, comprometendo a qualidade da regulação e o seu sucesso na correção de falhas de mercado.

²⁹¹ Termo importado do sueco cuja tradução mais próxima seria “ouvidor”, um representante do povo que recebe sugestões e reclamações da sociedade. Para maiores considerações sobre as origens e as funções do *ombudsman*, vide: BELL, John S. *Comparative Administrative Law*. In: REIMAN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org). *The Oxford handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 1261-1285.

5.4.2. Balanço do Dodd-Frank Act

Vistos os principais aspectos da Lei Dodd-Frank, é possível afirmar que, de fato, a opção do legislador americano foi oferecer uma resposta à crise de 2007-2010 por meio do fortalecimento da regulação do mercado. Essa maior disciplina se volta sobretudo para a prevenção de novas recessões, mediante a criação de (i) novos entes reguladores, a exemplo da FSOC e suas entidades de apoio; (ii) mecanismos de redução de assimetrias de informações entre mercado e consumidores/investidores domésticos, como o CFPB; (iii) incentivos para reduzir o risco moral no mercado financeiro, como os limites de remuneração para diretores de instituições financeiras; (iv) instrumentos de combate ao surgimento de instituições consideradas “*too big to fail*” (inclusive em escala global) e de redução de riscos sistêmicos, como a *Volcker Rule*.

Embora o *Dodd-Frank Act* tenha um papel relevante no combate às falhas de mercado no sistema financeiro norte-americano, notadamente o risco moral, a assimetria de informação e o “*too big to fail*”, a lei não pode ser considerada suficiente para atingir integralmente os fins a que se propõe. Ainda há espaço para a consolidação de companhias capazes de gerar um risco sistêmico tão considerável que se tornem grandes demais para falir, assim como para comportamentos imprudentes por parte dos dirigentes desses agentes. Justamente por isso, autores como Steven Davidoff sustentam que, embora a disciplina trazida pelo DFA seja preferível à desregulação anterior, a Lei poderia ter ido além, prevendo mecanismos mais eficazes de combate ao risco moral e ao *too big to fail*²⁹².

Ademais, os relatórios produzidos pelo FSOC (*Financial Stability Oversight Council*) apontam para uma existência de normas do DFA ainda pendentes de regulamentação, a exemplo das exigências de capital social mínimo, das reservas compulsórias, da redução de participações societárias recíprocas e, inclusive, da própria *Volcker Rule*, uma das principais inovações da nova legislação²⁹³.

Em que pesem as possíveis críticas e sugestões de aprimoramento à nova regulação - e, ainda, a impossibilidade de aferição de resultados concretos em relação a todo o seu texto tendo em vista o não funcionamento completo de todas as estruturas trazidas pela nova lei, entendemos que o *Dodd-Frank Act* traz mecanismos relevantes para o fortalecimento de

²⁹² DAVIDOFF, Steven M. *Despite its problems, Dodd-Frank is better than the alternatives*. The New York Times: deal book 16. October, 2012. Disponível em: <<http://dealbook.nytimes.com/2012/10/16/despite-its-problems-dodd-frank-is-better-than-the-alternatives>>. Acesso em 15 abr. 2015.

²⁹³ BIERI, David. S. *Financial stability rearticulated: institutional reform post-crisis governance and the new regulatory landscape in the United States*. February, 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com>>. Acesso em 11 jul. 2015.

regulação financeira, tais como o *Consumer Financial Protection Bureau*, a *Volcker Rule* e as limitações à percepção de bônus por diretores de companhias privadas, inclusive com possibilidade de devolução de valores desproporcionalmente recebidos.

5.5. Regulação financeira e crise econômica no Brasil

Nos EUA, a crise de 2008 deu ensejo à criação de uma série de instâncias reguladoras do mercado financeiro – já analisadas na seção anterior –, muito embora a ausência de sistematicidade típica dos sistemas da *common law* não permita uma categorização dessas instâncias como agências reguladoras no conceito fechado usualmente empregado no direito brasileiro.

Já no Brasil, a crise de 2008 foi sentida com menores efeitos, seja porque o país já incorporava grande parte das normas dos Acordos de Basileia, o que minimiza a especulação e o risco sistêmico do mercado, seja porque o governo agiu rapidamente ao adotar uma série de medidas para impedir a desaceleração econômica, como já comentada autorização para bancos públicos adquirirem participação societária em instituições financeiras privadas.

Além disso, para além da regulação do sistema financeiro, o modelo brasileiro de agências reguladoras vem passando por um período de franca deterioração ao longo dos últimos anos²⁹⁴. O governo federal tem optado por uma maior concentração da edição de normas regulatórias no âmbito de órgãos da própria Administração Direta, notadamente os Ministérios, ou entidades da Administração Indireta que desfrutam de menor autonomia do que as agências independentes, a exemplo da recém-criada EPL, já mencionada em capítulo anterior.

O *institutional by-pass*²⁹⁵ que vêm sofrendo as agências reguladoras brasileiras pode ser observado por meio da diminuição de sua autonomia orçamentária, na medida em que as receitas dessas autarquias têm sido retidas pelo Tesouro Nacional, bem como por meio da designação de diretores interinos, em vez de serem nomeados diretores com mandato fixo. Essas medidas comprometem a autonomia das agências e enfraquecem o

²⁹⁴ Comparando a realidade brasileira com a norte-americana, Marcelo Valença Ramos aponta que “Nos EUA, durante a crise de 2008, os Governos de George W. Bush e Barack Obama optaram por trabalhar em conjunto com o *Federal Reserve*, embora a Casa Branca tivesse competência constitucional para agir exclusivamente através da Secretaria do Tesouro, autarquia do Poder Executivo. No Brasil, um exemplo inverso pode ser extraído dos constantes mandos e desmandos presidenciais nas agências reguladoras independentes, o que possivelmente demonstra a existência de interesses partidários nesta relação”. (RAMOS, *Op. Cit.* p. 176-177)

²⁹⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. A deterioração do sistema regulatório brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, outubro-dezembro/2013.

modelo, o que pode pôr em risco o caráter técnico de sua atuação, favorecendo a captura política.

Nesse sentido, especificamente no caso brasileiro, pode-se afirmar que as agências reguladoras não desempenharam um papel de maior destaque nas medidas do governo federal no combate à crise econômica iniciada em 2008, sobretudo porque a causa principal da crise nos EUA, como já visto, foi a regulação insuficiente do sistema financeiro, realidade não verificada no Brasil²⁹⁶.

Atualmente, o país vive um contexto de nova crise econômica, gerado principalmente por um aumento excessivo dos gastos públicos, pela queda na arrecadação (inclusive por fatores metajurídicos, como a baixa do preço do barril do petróleo no mercado internacional) e uma profunda crise política deflagrada com a descoberta de vultosos esquemas de corrupção na Petrobras durante a operação da Polícia Federal apelidada de “Lava Jato” (Inquérito nº 714/2009), em referência ao fato de o início das investigações, em 2009, envolver operações de lavagem de dinheiro em empresas das quais o então Deputado José Janene era sócio, inclusive um posto de gasolina (Posto Torre) no Distrito Federal²⁹⁷.

Não podemos afirmar aprioristicamente que investimentos em regulação financeira poderiam contribuir para restaurar o crescimento e a tranquilidade institucional no país - até porque o Brasil já internaliza boa parte das normas de Basileia -, mas isso não significa que o estudo da disciplina do mercado de finanças não seja relevante, tendo em vista que falhas nesse sistema são a origem de boa parcela das crises econômicas severas, a exemplo daquela ocorrida entre 2007 e 2010. Nesse sentido, é preciso que haja constante atenção ao sistema financeiro e à forma como se comporta.

5.6. Conclusões parciais

Ao longo deste capítulo, analisamos em que medida a regulação do sistema financeiro pode atuar no combate e na prevenção a crises econômicas. Ainda que se reconheça que o capitalismo é intrinsecamente cíclico e que, em assim sendo, crises continuarão a ocorrer independente dos esforços para aprimorar o mercado financeiro, não se pode negar que o aperfeiçoamento desse mercado pode contribuir para, pelo menos, atenuar os efeitos das

²⁹⁶ Na já mencionada obra *Freefall*, a maior parte dos defeitos da regulação financeira norte-americana apontados por Joseph Stiglitz não se verificam no Brasil, tais como regras pouco rígidas quanto à concessão de financiamentos; baixos percentuais de reservas compulsórias e pouco controle quanto à emissão de derivativos e outros títulos de lastro questionável.

²⁹⁷ Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/11/a-origem-da-investigacao-tudo-comecou-no-posto-4648322.html>>. Acesso em 15 abr. 2015.

crises econômicas e restaurar mais brevemente a normalidade institucional, na medida em que parcela considerável das recessões se inicia com a deterioração de falhas no sistema bancário.

Vimos, nesse sentido, propostas para aprimoramento da regulação financeira, com o intuito de reduzir os riscos moral e sistêmico, como a implementação dos parâmetros de regulação prudencial assentados em Basileia e a criação de restrições à consolidação de agentes que possam ser considerados “*too big to fail*” e aos resgates a instituições financeiras que estejam enfrentando graves dificuldades financeiras.

Muitas sugestões doutrinárias passam, ainda, pela mudança de foco da regulação financeira para que assuma um foco mais *ex post* do que *ex ante*, com preocupação maior em mitigar efeitos de eventuais crises do que em uma tentativa de preveni-las, na medida em que, diante do caráter eminentemente cíclico do capitalismo, a crise em si seria inevitável. Dentro desse modelo alternativo, Marcelo Prates, por exemplo, sugere não o abandono da regulação, mas, sim, a busca pelo desenvolvimento de normas que se preocupem mais em criar uma rede de proteção apta a combater as consequências de crises financeiras do que suas causas, dado que as causas tendem variar de crise para crise, ao passo que as consequências costumam ser bastante semelhantes.

Assim, defende a criação de uma rede de proteção mais ampla para o sistema financeiro, que funcione como uma espécie de moldura de segurança, dentro da qual ele poderá se desenvolver com menores riscos sistêmicos. Essa rede de proteção seria fundada em três pilares: (i) a criação de mecanismos de garantias de depósitos, que seriam obrigatórias para instituições financeiras bancárias ou não bancárias e reunidas em fundos que auxiliariam na liquidez de instituições financeiras em dificuldades; (ii) o fortalecimento da supervisão de instituições financeiras, a fim de obrigar que aquelas que enfrentem problemas se reorganizem, ou deem início à sua liquidação, sendo certo que a reestruturação deve ser feita mediante de captação de recursos privados, e não públicos – como ocorreu nos *bailouts* efetivados pelo governo americano em 2008; e (iii) a busca preferencial por entidades privadas interessadas em incorporar (*bail-in*) agentes financeiros à beira da falência, a fim de evitar o aporte de recursos públicos nos famigerados *bailouts*.

Reconhecemos que uma vedação absoluta aos *bailouts* não seria salutar para o sistema, tendo em vista que pode haver salvamentos que se justifiquem com base no argumento da deterioração que seguiria a falência de um agente verdadeiramente relevante. No entanto, muitos outros podem advir de mera captura regulatória, motivo pelo qual as normas de regência do mercado financeiro devem restringir ao máximo as hipóteses em que os resgates serão admitidos e sempre exigir ampla justificção para sua efetivação. Os resgates somente

devem ocorrer, portanto, nos casos em que, de fato, a falência do agente econômico possa acarretar consequências mais gravosas à solidez do sistema econômico do que o seu salvamento com a utilização de recursos públicos.

No espectro oposto, também não seria recomendável que o ordenamento jurídico trouxesse um rol aprioristicamente fechado de hipóteses em que o salvamento pode ser realizado, uma vez que a medida traria um elevado risco moral ao sinalizar de antemão certa permissividade do arcabouço legislativo quanto a condutas indesejáveis de grandes agentes de mercado.

Assim, o ideal seria que uma legislação sobre resgates públicos estabelecesse um procedimento para a sua efetivação, voltado para a justificativa da operação, e não para o estabelecimento de hipóteses taxativas em que o resgate seria admitido. Em casos de urgência, em que o salvamento tenha que ser efetivado com celeridade incompatível com esse rito, o procedimento de justificativa do salvamento poderia ser efetivado *a posteriori*, com responsabilização dos envolvidos e condenação à restituição de valores em caso de comprovação de dolo, culpa ou captura no *bailout*. Os motivos para o resgate devem ser disponibilizados para consulta pública na internet, no portal eletrônico oficial do Banco Central local, com os comentários recebidos respondidos e levados em conta em eventuais *bailouts* realizados no futuro.

Ademais, deve a legislação trazer uma disciplina muito clara quanto ao emprego dos recursos públicos oriundos do *bailout*, estabelecendo-se quais despesas poderão ser custeadas com verba pública e, ainda, uma série de contrapartidas a serem adotadas pelo agente resgatado. Deve ser vedado, por exemplo, seu emprego para o pagamento de bônus a diretores que tenham contribuído para a situação de insolvência da companhia, medida importante para garantir a probidade do resgate. Já a contrapartida deve ser definida caso a caso, mas ilustrativamente pode-se mencionar a criação de departamentos de *compliance* e melhores práticas, a manutenção de empregos e o não fechamento de estabelecimentos.

Como resposta às críticas recebidas quanto à desregulação do mercado financeiro e, também, às falhas realizadas durante os *bailouts*, foi sancionada pelo Presidente Brack Obama, em 21 de julho de 2010, a Lei Pública 111-203, que ficou conhecida como *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act - DFA)*, em referência a seus principais proponentes, Senador Chris Dodd e Deputado Barney Frank.

De fato, a opção do legislador americano foi oferecer uma resposta à crise de 2007-2010 por meio do fortalecimento da regulação do mercado. Essa maior disciplina se volta sobretudo para a prevenção de novas recessões, mediante a criação de (i) novos entes

reguladores, a exemplo da FSOC e suas entidades de apoio; (ii) mecanismos de redução de assimetrias de informações entre mercado e consumidores/investidores domésticos, como o CFPB; (iii) incentivos para reduzir o risco moral no mercado financeiro, como os limites de remuneração para diretores de instituições financeiras; (iii) instrumentos de combate ao surgimento de instituições consideradas “*too big to fail*” (inclusive em escala global) e de redução de riscos sistêmicos, como a *Volcker Rule*.

Embora o *Dodd-Frank Act* tenha um papel relevante no combate às falhas de mercado no sistema financeiro norte-americano, notadamente o risco moral, a assimetria de informação e o “*too big to fail*”, a lei não pode ser considerada suficiente para atingir integralmente os fins a que se propõe. Ainda há espaço para a consolidação de companhias capazes de gerar um risco sistêmico tão considerável que se tornem grandes demais para falir, assim como para comportamentos imprudentes por parte dos dirigentes desses agentes.

Todavia, não obstante as possíveis críticas e sugestões de aprimoramento à nova regulação, entendemos que a Lei Dodd-Frank traz mecanismos (tais como o *Consumer Financial Protection Bureau* e a *Volcker Rule*) relevantes para a construção de um sistema de regulação financeira mais coeso e capaz de reduzir os riscos sistêmicos de um mercado tão relevante e, ao mesmo tempo, volátil quanto o mercado financeiro americano. Seu sucesso, contudo, dependerá da efetiva implementação e fiscalização dessas novas ferramentas.

6. FOMENTO

6.1. Considerações iniciais

O fomento público, juntamente com a intervenção direta na economia, a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia²⁹⁸, faz parte das quatro atividades tradicionalmente apontadas pela doutrina de Direito Administrativo como inerentes à atuação da Administração Pública no âmbito de um Estado Social, típico das Constituições pós-guerra²⁹⁹.

Em linhas gerais, adotando o conceito de José Vicente Santos de Mendonça, o fomento público caracteriza-se como *“a atividade pública de apoio à iniciativa privada, quando esta desenvolve atividades de interesse social, por meios persuasivos – ou é a atividade de dispensação não devolutiva de bens e direitos a administrados, em razão de suas atividades, para que estes a realizem de modo facilitado”*³⁰⁰.

Diante disso, pode-se afirmar que o fomento público se caracteriza (i) pela sua facultatividade, na medida em que não há obrigação de o particular de aderir a ele e não há coerção no momento de sua concessão³⁰¹; e (ii) pela escolha racional e justificada da atividade fomentada, ou seja, o incentivo deve comprovadamente ser apto a estimular uma atividade de interesse público.

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

Por outro lado, a atividade de fomento também não se confunde com a prestação de

²⁹⁸ A expressão “poder de polícia”, em que pese estar há muito consagrada, hoje vem sendo alvo de críticas, uma vez que traz consigo uma certa carga de autoritarismo incompatível com o Estado Democrático de Direito. No entanto, como o estudo da “atividade de polícia”, como sugerem os críticos, não faz parte do escopo do presente trabalho, manteremos a terminologia clássica mais difundida, “poder de polícia”.

²⁹⁹ Atribuições essas mantidas, ainda que em menor grau, mesmo após a transmutação do Estado para uma caracterização dita “pós-social”, expressão defendida por Pierre Rosanvallon (cf. ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Previdência*. Goiânia: Editora da UFG, 1997.)

³⁰⁰ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* n° 65 – 2010. p. 135.

³⁰¹ Após a concessão do incentivo, é certo que deve haver fiscalização quanto à aplicação dos recursos públicos eventualmente recebidos, assim como em relação ao atingimento do fim que se pretendeu fomentar. Portanto, uma vez outorgado o incentivo, haverá poder de polícia em relação ao objeto avençado, porém, no momento em que o particular opta por receber o incentivo, ele o faz por sua própria vontade, sem que haja qualquer coerção neste sentido.

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

Ademais, quando um ente privado se interessa por executar um serviço público, não necessariamente receberá alguma espécie de incentivo do Estado para fazê-lo, como ocorre no caso de serviços públicos não exclusivos (ex: educação e saúde) ou na hipótese de concessão simples, que não conta com qualquer subsídio Estatal. Já no plano do fomento público sempre haverá alguma benesse instituída e custeada pela Administração Pública para estimular o particular a adotar determinado comportamento que atenda ao interesse público³⁰².

Por fim, o fomento público também difere do poder de polícia, na medida em que este se dedica, *grosso modo*, à edição de normas de efeito cogente, ao consentimento para realização de determinadas atividades, à fiscalização e à imposição de eventuais sanções³⁰³ àqueles que descumpram normas cogentes que disciplinem a consecução do interesse público. Assim a atividade de polícia não traz em seu cerne aspectos relativos à concessão de incentivos positivos que visem a estimular comportamentos, o que, por outro lado, representa um ponto central do fomento.

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

Essa é, aliás, a visão típica do direito anglo-saxão, tradicionalmente menos apegado às categorizações do que os sistemas jurídicos de origem romano-germânica, que traz um conceito de “regulação por incentivos” muito semelhante ao de fomento aqui delineado. Vejamos as considerações de Baldwin *et. al.*:

A regulação através de incentivos econômicos pode ser considerada uma alternativa aos intrinsecamente restritivos regimes de comando e controle. Por meio de uma abordagem dos incentivos, um agente que possivelmente irá se engajar em comportamentos socialmente indesejáveis, como um poluidor por exemplo, pode ser induzido a se portar de acordo com o interesse público se o Estado criar tributos ou

³⁰² Como exemplo de fomento a comportamento em conformidade com o interesse público, podemos citar a concessão de incentivos tributários para os particulares interessados em instalar um empreendimento industrial em área remota, levando desenvolvimento econômico e geração de empregos para a região.

³⁰³ Essas são as quatro etapas do chamado ciclo de polícia. Não se pode perder de vista, entretanto, que as sanções não deixam de se inserir no conceito de incentivos, uma vez que também são fatores exógenos que influenciam a ação estratégica do agente. A nota distintiva é que são as sanções incentivos negativos.

reduzir a concessão de subsídios para atores que ajam em desconformidade com o interesse da coletividade. Assim, não somente os tributos podem ser utilizados para desestimular a poluição, como também podem ser oferecidas recompensas para reduções dos níveis de poluição ou, ainda, assistência financeira para aqueles que desenvolvam mecanismos antipoluição. Um exemplo dessa ampla estratégia de incentivos foi a tributação diferenciada introduzida na Grã-Bretanha em 1987 para combustíveis derivados do petróleo com ou sem chumbo em sua composição³⁰⁴.

Não obstante, como já delineado no capítulo anterior, no presente estudo, trabalhamos, para fins didáticos, com o conceito restrito de regulação, que abrange apenas a disciplina de mercados por leis e atos normativos em geral. Sendo assim, dado o caráter não impositivo do fomento público – bem como à luz das demais particularidades que marcam a disciplina jurídica dessa espécie de atuação Estatal –, iremos analisá-lo como uma espécie autônoma de intervenção do Estado em momentos de crise econômica.

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

O ponto central do fomento é que a iniciativa privada seja capaz de executar a atividade de forma eficiente, bastando-lhe apenas um pequeno incentivo, um “empurrão”³⁰⁵, para que se interesse pela execução da tarefa em escala suficiente para atender à demanda do mercado. Para tanto, é imprescindível que o mercado seja razoavelmente maduro em relação àquela atividade, caso contrário, o mero incentivo sem poder de coerção (modalidade mais

³⁰⁴ Tradução livre de: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012. P. 111. No original: “*Regulation by means of economic incentives might be thought to offer an escape from highly restrictive, rule-bound, C&C regimes. According to the incentives approach, the potential mischief causer, say a polluter, can be induced to behave in accordance with the public interest by the state or a regulator imposing negative or positive taxes or deploying grants and subsidies from the public purse. Thus, not only taxes can be used to penalize polluters, but rewards can be given for reductions in pollution, or financial assistance can be given to those who build pollution-reducing mechanisms into their production or operational processes. An example of such an incentive strategy at the broadest level was the differential tax on leaded and unleaded petrol that was introduced into Britain in 1987*”.

³⁰⁵ A expressão é uma tradução livre do termo de língua inglesa “*nudge*”, que se refere à teoria defendida por Cass Sunstein e Richard Thaler em obra homônima a favor de regulações suaves (*soft regulation*) que visem a persuadir os particulares a adotarem determinado comportamento socialmente desejado sem, contudo, prever mecanismos de coerção (*enforcement*) para que este fim seja alcançado, preservando a liberdade de escolha dos regulados – daí os autores considerarem os “*nudges*” como uma espécie de paternalismo libertário. Para mais informações, vide: Sunstein, Cass; Thaler. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Campus Editora. Rio de Janeiro.

suave de atuação Estatal) não será suficiente para atingir aos fins pretendidos³⁰⁶.

É preciso ter em mente que, mesmo que o mercado seja maduro, não há garantia de que a medida escolhida para o fomento irá efetivamente produzir os efeitos desejados no comportamento dos indivíduos, uma vez que a racionalidade humana é limitada e a economia comportamental (*behavioral economics*) já demonstrou que o conceito do *homo economics*, ser perfeitamente racional que sempre de acordo com o que é melhor para si, não passa de um mito. O ser humano frequentemente toma decisões que não refletem um comportamento totalmente racional, o que pode ser exemplificado com situações triviais como o da pessoa que quer emagrecer, mas falta a academia e come doces com frequência ou o da pessoa que quer poupar parte do salário, mas compra roupas e acessórios todos os meses.

Como ensina Christine Jolls³⁰⁷, a racionalidade limitada (*bounded rationality*) pode vir de erros de julgamento advindos de vieses comportamentais de grupos, otimismo excessivo em relação a si próprio (pessoas tendem a se achar acima da média ou que eventos indesejados não acontecerão com elas), interpretações favoráveis a si próprio em caso de situações controvertidas e dificuldade de se desapegar de eventos que já ocorreram embora sua probabilidade não seja tão grande matematicamente.

Além da racionalidade limitada, o ser humano possui força de vontade limitada (*bounded willpower*), mesmo que para alcançar aquilo que ele mesmo deseja (vide o exemplo do glutão que quer emagrecer), e autointeresse limitado (*bounded self-interest*), na medida em que há pessoas que agem não apenas preocupadas com obter tratamento justo para si, mas

³⁰⁶ Essa advertência é feita por Cass Sunstein, nos seguintes moldes: “falhas de mercado podem, na verdade, justificar o paternalismo. Quando tais falhas estão presentes e são significativas, presumivelmente há boas razões para uma resposta regulatória mesmo quando elas não causem prejuízo a terceiros. No entanto, é preferível a utilização das modalidades de intervenção mais suaves, que preservem na maior medida possível a liberdade de escolha, como, por exemplo, os *nudges* (empurrõezinhos). Pode-se até mesmo formular um princípio geral, que pode ser considerado o primeiro princípio da regulação comportamental: diante de falhas de mercado comportamentais, divulgação de informação, advertências, regras padrão e outros tipos de *nudges* são usualmente a melhor resposta, pelo menos quando não houver risco a terceiros. Contudo, há exceções a esse princípio, e a escolha da resposta para a falha detectada depende de uma análise de custos e benefícios. Há casos em que respostas mais contundentes, até mesmo mandatórias, podem ser justificadas, pois os benefícios excedem, no caso, os custos da medida”. Tradução livre do original: “(...) *market failures can, in fact, justify paternalism. When such failures exist, and are significant, there are good (presumptive) reasons for a regulatory response even when no harm to others can be found. But it is usually best to use the mildest and most choice-preserving forms of intervention, such as nudges. We might even venture a general principle, which might be called the first law of behaviorally informed regulation: In the face of behavioral market failures, disclosure of information, warnings, default rules, and other kinds of nudges are usually the best response, at least when there is no harm to others. But there are exceptions to the principle, and the choice of response depends on an analysis of costs and benefits. In some cases, no response at all may be best, because the costs exceed the benefits. In other cases, stronger responses, even mandates, may turn out to be justified, because the benefits exceed the costs*”. (SUNSTEIN, Cass. *The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2182619>. Acesso em 05 ago. 2014).

³⁰⁷ JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics. (2006). *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 130; Yale Law & Economics Research Paper No. 342*.

também para os outros.

Os vieses que recaem sobre a racionalidade humana podem impedir que a medida de fomento produza, de fato, os efeitos desejados, visto que, embora gerem um incentivo racional à adoção de comportamentos socialmente desejáveis, não há garantia de que os indivíduos optarão, na prática, por seguir essas condutas.

A espécie mais importante de fomento público é a econômica, que se caracteriza pelo aporte imediato de recursos públicos em determinada atividade³⁰⁸. Isso pode ser feito pelos seguintes meios: (i) reais – disponibilização de bens públicos para uso pelo particular; (ii) creditícios – concessão de linhas de crédito com prazos e taxas de juros diferenciados; (iii) fiscais – deferimento de benefícios tributários como isenções, alíquota zero e suspensão de tributos; e (iv) econômicos propriamente ditos – são as chamadas subvenções, isto é, atribuição direta de verba pública ao beneficiário em troca da realização de determinada atividade que se pretenda incentivar.

Durante recessões econômicas, o fomento pode ser utilizado como importante mecanismo para a efetivação de políticas expansionistas, com o objetivo de estimular empresários a permanecer investindo e cidadãos a continuar consumindo. A ideia é bastante simples: incentiva-se que agentes econômicos mantenham os mesmos comportamentos de períodos de expansão econômica, a fim de manter o mercado aquecido, evitando falências e desemprego. Os principais mecanismos de fomento para atingir esses objetivos são os fiscais e creditícios, como veremos nas próximas seções.

Por outro lado, em que pesem os aspectos positivos do fomento, deve ser assegurada a fixação de requisitos objetivos e razoáveis na escolha da política adotada, assim como é também imprescindível que a seleção daquele que irá receber o fomento seja feita de forma transparente, aberta e divulgada à sociedade. Com isso, atende-se aos princípios de governança que compõem a ideia de *accountability*³⁰⁹, relevante no Estado Democrático de Direito mesmo em momentos de crise econômica severa. Afinal, como ensina Jorge Bacelar Gouveia, a crise não significa um espaço ajurídico³¹⁰.

Nesse ponto, comunga-se do entendimento de José Vicente Santos de Mendonça, no sentido de que “o desenho da seleção pública deve ser tal que, de modo competitivo,

³⁰⁸ O fomento público pode ser também: (i) honorífico, que se caracteriza pela concessão de prêmios, condecorações e títulos acadêmicas; (ii) psicológico, verificado pela propaganda e pelas campanhas oficiais; e (iii) jurídico, que se define pela criação de leis e instrumentos jurídicos de incentivo, como, v.g., as Leis das Organizações Sociais e das OSCIPs.

³⁰⁹ A expressão inglesa *accountability* não possui tradução exata para o português, mas está atrelada a duas ideias fundamentais, quais sejam: a transparência e a responsabilização de um órgão representativo em relação a suas ações.

³¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Op. Cit.* p. 185.

*selecione aquele agente que tenha condições de melhor desempenhar a atividade a partir do fomento público, ainda que, não necessariamente, ele já seja o melhor dentro do setor. Trata-se de selecionar o agente privado que comprove, da melhor forma possível dentre todos os outros agentes privados colocados em igualdade formal e material de condições, que vai realizar, dentro dos parâmetros esperados pela Administração, a atividade fomentada*³¹¹.

Indo além, o autor desenvolve sua tese afirmando que “*diretamente conectado com a discussão sobre o pragmatismo no Direito*³¹² *é o próximo critério material: a análise (b) da eficiência do gasto público em sua concessão. Pode-se dizer que analisar a eficiência do gasto é, simplesmente, fazer incidir um filtro de praticidade junto à seleção das características subjetivas do particular a ser fomentado. Não se pode gastar direito com quem não possui a menor condição de dar algum retorno, social ou econômico, ao Estado e à sociedade. Não estamos falando de lucro, até porque o Estado, por definição, a ele não visa, mas à realização de algo tão diáfano e indefinível quanto sentido concretamente no dia a dia: o bem comum*³¹³”.

Portanto, ao conceder incentivos a título de fomento a determinado particular, ainda que em contextos de crise econômica, o Estado deve adotar como norte a potencialidade em concreto que esta tem de atender ao interesse público – o que somente será possível se o mercado em questão for suficiente maduro. Trata-se, em última análise, de aferir se o gasto público que será realizado com essa parceria será apto a atingir³¹⁴ seus objetivos de estimular o crescimento econômico e ampliar a infraestrutura em determinada localidade; caso esse

³¹¹ MENDONÇA. José Vicente dos Santos. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 65 – 2010. p. 167.

³¹² Com a revisão de sua obra ocorrida a partir de 1990, o jurista americano Richard Posner passou a considerar o pragmatismo, assim como o liberalismo, uma peça-chave para a análise da busca da maximização de riqueza preconizada por sua teoria de eficientismo. Com isso, cresce a preocupação com o desenvolvimento de políticas públicas – e do próprio Direito, em última análise – direcionadas à produção de resultados concretos e delineadas no sentido de efetivamente alcançarem os objetivos a que se propõem. De acordo com o próprio Posner, “*as consequências importantes para o pragmatista são tanto as de longo prazo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais; a importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; a importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam inteligentemente a circunstâncias não vislumbradas por seus idealizadores*”. (POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Ed. WMF Martins Fontes, 2009. p. 423)

³¹³ MENDONÇA. José Vicente dos Santos. *Op. Cit.* p. 169.

³¹⁴ A partir do momento em que a Administração Pública recebe uma proposta de parceria, passa-se a uma análise *in concreto* da adequação - primeiro aspecto da proporcionalidade - do projeto para atingir o interesse público. Assim, não basta mais um estudo acerca de uma possível aptidão genérica de o empreendimento vir a, hipoteticamente, fomentar o desenvolvimento de determinada localidade, uma vez que, com o pleito, passam a existir elementos fáticos para embasar uma análise casuística. No momento em que há um pedido concreto para a concessão de incentivo público, esse mero juízo hipotético deixa de ser suficiente, passando-se à necessidade de se avaliar se há ou não interesse público na realização do projeto proposto pelo particular, de modo a justificar a alocação de recursos públicos - escassos por natureza - no empreendimento.

requisito básico seja satisfeito, pode-se considerar o fomento público como eficiente.

Feitas algumas considerações introdutórias ao tema do fomento, passaremos a analisar os principais mecanismos de fomento público que costumam ser utilizados no combate a crises econômicas.

6.2. Fomento fiscal: desonerações tributárias

Incentivos de ordem tributária podem se enquadrar no conceito de fomento e que podem ser bastante úteis no combate a crises econômicas. Por meio da redução da carga tributária incidente sobre investimentos e/ou bens de consumo, pode-se estimular os agentes de mercado a manter ou mesmo ampliar a produção e os consumidores a adquirir esses bens e, assim, promover circulação de riqueza na sociedade.

A medida ideal parece ser conjugar ambas as medidas - incentivo ao investimento e ao consumo - a fim de que o aumento deste último seja acompanhado do devido crescimento da infraestrutura e, com isso, esse desenvolvimento possa se sustentar a longo prazo. Previne-se, assim, o surgimento dos chamados “gargalos de infraestrutura”, caracterizados pela dificuldade de escoamento da produção devido à escassez da infraestrutura disponível e pelo consequente aumento do custo final do frete, o que acaba diminuindo a atratividade do país para o investimento estrangeiro.

No Brasil, os casos recentes de redução da carga tributária como mecanismo de fomento em contextos de crise econômica, infelizmente, abrangem apenas a criação de estímulos ao consumo, a exemplo da redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre veículos e eletrodomésticos durante a crise de 2008³¹⁵.

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

Por outro lado, deve-se atentar, apenas, que as medidas de estímulo ao consumo devem ser, preferencialmente, acompanhadas de investimentos em infraestrutura e produtividade, a fim de que possam gerar crescimento sustentável sem risco de inflação, como

³¹⁵ A fim de estimular o crescimento econômico, o Governo Federal Brasileiro, em 2012, concedeu uma série de isenções do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI incidente sobre bens considerados estratégicos para a indústria nacional, como veículos e eletrodomésticos. Para maiores considerações, ver a seguinte notícia. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/08/reducao-de-ipi-continua-para-carros-eletrodomesticos-e-material-de-construcao>>. Acesso em 05 ago. 2014.

advertem os economistas Cláudio R. Frischtak e Marco Antônio F. H. Cavalcanti³¹⁶.

O aumento do consumo como mecanismo anticrise não parece ser sustentável a longo prazo, uma vez que, mesmo em sociedades de consumo, eventualmente os indivíduos dotados de poder aquisitivo para consumir já terão adquirido aqueles bens cujo consumo se pretende incentivar, sobretudo se se tratar de equipamentos duráveis. Ademais, mesmo que o governo crie incentivos ao consumo, não há garantia de que a população efetivamente irá optar por adquirir novos bens em meio a uma crise econômica, visto que as pessoas podem, por medo de a crise se agravar, optar por poupar em vez de consumir.

Note-se que, muito embora a decisão de poupar em momentos de crise seja racional do ponto de vista individual, sob uma perspectiva coletiva, se todos os indivíduos optarem por economizar, o efeito geral dessa decisão será negativo, na medida em que acarretará desaquecimento ainda maior da economia e agravamento da recessão. Essa disjunção entre o comportamento que se revela adequado do ponto de vista individual, mas é inadequado uma perspectiva geral, e vice-versa, é chamado de dilema da ação coletiva, fenômeno analisado por Mancur Olson em obra intitulada *A Lógica da Ação Coletiva (The Logic of Collective Action)*, lançada em 1931.

Assim, do ponto de vista da efetividade, a desoneração tributária como mecanismo de incentivo ao consumo em contextos de crise econômica parece ser útil mais como medida de curto do que de longo até mesmo médio prazo. Já do ponto de vista jurídico, a sua efetivação dependa apenas de duas frentes: do ponto de vista procedimental, a escolha objetiva, racional, motivada e pública das atividades que serão incentivadas e, do ponto de vista substancial, a observância dos limites impostos pela legislação tributária.

A questão procedimental foi analisada na seção introdutória: o gestor público, ao optar pelo fomento, deve garantir a fixação de requisitos objetivos e razoáveis na escolha da política adotada, assim como é também imprescindível que a seleção daquele que irá receber o fomento seja feita de forma transparente, aberta e divulgada à sociedade.

Por sua vez, a questão substancial dependerá do tributo escolhido para incentivo. No

³¹⁶ Este trabalho sugere que, apesar dos claros ganhos para o país em termos de renda e emprego propiciados por uma retomada do crescimento em bases sustentáveis, a defasagem entre as necessidades e expectativas dos segmentos mais pobres da sociedade possibilita, assim como a deterioração sensível do meio urbano e ambiental, aponta para a melhoria da qualidade do crescimento, tanto em termos do ambiente produtivo, da composição do produto, da distribuição de renda e da alocação dos gastos públicos, como possivelmente o maior desafio desta década. O salto de qualidade necessário para o crescimento com equidade e a correspondente transformação da sociedade brasileira se dará pela introdução de inovações tecnológicas, organizacionais e sociais. Na base destas inovações está a geração do novo conhecimento e sua difusão pela sociedade, na ausência do qual o país não conseguirá transitar para um novo padrão de crescimento". FRISCHTAK, Cláudio R.; CAVALCANTI, Marco Antônio F. H. *As perspectivas do desenvolvimento brasileiro e o BNDES*. In: *A promoção do desenvolvimento e os 50 anos do BNDES e do Banco do Nordeste*. José Olympio Editora. Rio de Janeiro. 2003. p. 101.

Direito Tributário Brasileiro, os tributos que carregam finalidades além daquela meramente arrecadatória são denominados extrafiscais; e são eles: o Imposto de Importação, o Imposto de Exportação, o Imposto sobre Produtos Industrializados, o Imposto sobre Operações Financeiras, a CIDE-Combustíveis e o ICMS- Combustíveis³¹⁷.

A fixação e a alteração das alíquotas destes tributos podem ser alteradas por decreto, sendo as novas alíquotas já válidas no mesmo exercício em que são fixadas, não se sujeitando, pois, aos princípios da legalidade e da anterioridade. Ressalte-se que, no caso da CIDE e do ICMS incidentes sobre combustíveis, as alíquotas somente podem ser reduzidas e restabelecidas por decreto, devendo a fixação inicial e a majoração ser feitas por lei em sentido estrito, ao passo que, no caso do II, IE, IPI e IOF, a fixação por decreto é livre. A alteração do II, do IE e do IOF, além de não demandar obediência à anterioridade de exercício, também não depende de observância à anterioridade nonagesimal (ou noventa), admitindo aplicação dos novos percentuais de incidência imediatamente, sem necessidade de aguardar noventa dias de sua publicação.

A exceção à anterioridade, à legalidade e à anterioridade nonagesimal, quando cabível, visa justamente a permitir que o Chefe do Executivo ofereça respostas rápidas a situações urgentes, aumentando a chance de sucesso da medida no combate a crises econômicas ainda em seu início, antes da deterioração do ambiente econômico. Se, ao revés, o Chefe do Executivo ficasse sujeito a aguardar a aprovação de projeto de lei que altere a alíquota do tributo e ainda tivesse de aguardar o exercício seguinte, a medida poderia perder sua eficácia, sobretudo se nesse intervalo o contexto econômico se tornar ainda mais grave.

6.3. Fomento creditício: taxas de juros diferenciadas e linhas especiais de crédito

O fomento público também pode ser consubstanciado por meio de linhas de crédito especiais concedidas por bancos estatais³¹⁸ a agentes privados interessados em expandir suas atividades em momentos de crise, a exemplo dos financiamentos com condições especiais outorgados pelo BNDES³¹⁹, pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal.

³¹⁷ Constituição da República, arts. 155, § 2º; 177, § 4º, “b”; e 155, § 4º, IV, “c”.

³¹⁸ A título de exemplo, o Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES possui linhas de crédito especiais para micro, pequenas e médias empresas, a fim de estimular a geração de empregos e o empreendedorismo no país.

Para mais informações. Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/BNDES_Automatico/mpme.html>. Acesso em 15 abr. 2015.

³¹⁹ Para um estudo mais aprofundado do papel de fomento exercido pelo BNDES na economia brasileira, vide: RIGOLON, Francisco José Zagari Rigolon. *A retomada do crescimento e o papel do BNDES*. BNDES, maio 1996. E também: GONÇALVES, Mariana Jesus Lourenço. Os efeitos do financiamento do BNDES sobre o

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

Há alguma polêmica em torno da possibilidade de bancos públicos assumirem esse papel de incentivador da redução dos juros bancários³²⁰. Para Vitor Rhein Schirato, as funções próprias das instituições financeiras estatais seriam apenas: (i) fomento; (ii) depósito das disponibilidades de caixa do poder público; e (iii) universalização dos serviços bancários. No entanto, para o próprio autor, o fomento, no caso de instituições bancárias, “*consiste na oferta de crédito em condições mais vantajosas do que aquelas praticadas comumente pelo mercado para o desenvolvimento de atividades específicas e determinadas a priori pelas políticas públicas de desenvolvimento*”³²¹. Nesse sentido, consideramos válida a atuação dos bancos públicos que, em momentos de crise econômica, visa garantir o acesso ao crédito, sobretudo em setores estratégicos, mantendo a economia aquecida.

O ponto mais delicado do papel de fomento desempenhado pelos bancos públicos parece dizer respeito aos critérios de seleção dos setores que serão contemplados com o crédito favorecido e, dentro desses setores, quais agentes econômicos terão direito de usufruir das linhas especiais de crédito. É importante que essa escolha seja feita de forma objetiva e transparente, com a exposição de motivos que levaram à escolha dos setores incentivados, com base no peso que representam para a economia e no potencial de crescimento que apresentam e, ainda, com a fixação de critérios impessoais para a seleção dos agentes que farão jus aos empréstimos, tais como balanço patrimonial e demonstrações contábeis que demonstrem boa saúde financeira (normalmente, com comprovação de índice de liquidez patrimonial maior ou igual a 1), capital social mínimo (no caso de crédito robusto para a consolidação de setores industriais mais complexos) e participação em cursos de capacitação (no caso de micro e pequeno crédito).

Os critérios devem ser eleitos com base em dados técnicos que apontem para a sua

lucro e o crescimento das empresas. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2013.

³²⁰ Aqui é importante mencionar que não estamos a defender a atuação das instituições financeiras públicas nesse caso. É evidente que era importante a realização de uma política pública relacionada a taxas de juros bancárias. Contudo, fazê-lo com o preço de consumir o lucro de instituições financeiras de capital aberto, em movimento claramente artificial e ao arripio dos mecanismos mais idôneos é, evidentemente, um equívoco. Os efeitos verificados no descontrole da inflação e na estagnação econômica deixam isso claro (SCHIRATO, Vitor Rhein. Bancos estatais ou Estado banqueiro? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015. p. 266).

³²¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. Cit.* p. 273.

necessidade, bem como para as externalidades positivas que as linhas especiais terão aptidão para gerar, demonstrando-se que são capazes de atingir seus objetivos de incentivar o desenvolvimento econômico sem gerar efeitos perversos (externalidades negativas), como aumento excessivo de inflação. Todos os critérios e dados utilizados para a escolha dos setores econômicos abrangidos por linhas de crédito especiais e todos os requisitos que os interessados devem preencher para fazer jus à concessão do crédito devem ser disponíveis para consulta pública no portal eletrônico oficial do banco público, de modo a assegurar a transparência e a participação democrática em eventual revisão desses critérios.

Valem, ainda, as mesmas ressalvas que já apresentamos com relação à atuação das estatais em geral durante momentos de crise: a mitigação da busca pelo lucro nos bancos públicos, mesmo em meio a crises econômicas severas, não pode ser absoluta. Em se tratando de bancos organizados sob a forma de empresa pública, eles poderão adotar políticas de fomento até o limite da não apuração de prejuízo financeiro (isto é, resultado final zero), tendo em vista que, nas empresas públicas, o poder público é o único acionista, mas sua estrutura de direito privado é incompatível com uma atuação deficitária. Já no caso de bancos organizados sob a forma de sociedades de economia mista, a atuação indutiva não pode significar absorção de prejuízos no resultado final da companhia nem inobservância de normas de estatutárias ou legais que disponham sobre a proteção dos acionistas minoritários ou da concorrência.

Dentro desses limites, a atuação de fomento dos bancos públicos será considerada legítima, inclusive com o propósito de estimular bancos privados a também reduzirem suas taxas de juros e/ou criar linhas de crédito especiais, já que a medida não é dotada de coercibilidade, funcionando apenas como forma de garantir o acesso ao crédito e, ao mesmo tempo, induzir as instituições financeiras particulares a replicar o comportamento para que não saiam em desvantagem na livre competição com os bancos públicos.

Aqui, não há qualquer violação à livre-iniciativa, uma vez que os bancos privados não são obrigados a criar linhas crédito especiais nem reduzir suas taxas de juros; há apenas um incentivo para que o façam a fim de não percam a atratividade frente às políticas desenvolvidas pelos públicos. Tampouco há que se falar, a princípio, em concorrência predatória por parte dos bancos públicos, já que seu propósito não é o de aniquilar a concorrência, mas, sim, o de atuar no combate à crise econômica.

No entanto, deve-se ter em mente que o banco público não pode atuar de forma totalmente livre, ficando sujeito às mesmas balizas aplicáveis às estatais em geral, como já visto, e, ainda, à regulação do mercado financeiro editada pelo Banco Central, inclusive no

que se refere à defesa da concorrência, já o STJ, no REsp 1.094.218³²², firmou o entendimento de que cabe ao Banco Central, e não ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, analisar atos de concentração que envolvam instituições financeiras.

Assim, eventuais condutas abusivas ou anticoncorrenciais dos bancos públicos poderão ser levadas ao Banco Central por outros agentes de mercado que se sintam prejudicados por sua atuação. Além disso, vale também para o fomento creditório a necessidade de justificativa para a atividade incentivada, observando-se a imposição de prévia motivação para o caminho eleito pelos bancos públicos para atuar no combate à crise.

A resposta do Brasil à crise de 2008 ilustra bem esse papel incentivador do mercado exercido pelas linhas de crédito dos bancos públicos. Até 2007, a expansão do crédito no Brasil, iniciada em 2004, teve como principal propulsor os bancos privados; contudo, desde 2008, os financiamentos públicos, principalmente nos setores industrial, agrícola e habitacional, tornaram-se os protagonistas da oferta de crédito do país.

Para ilustrar essa opção de expansão dos bancos públicos desde 2008, cabe destacar que, de acordo com estudo desenvolvido pelo DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Econômicos)³²³, o saldo de empréstimos com recursos livres, ou seja, aqueles que as instituições financeiras aplicam onde e como quiserem, atingiu R\$ 1,508 trilhão em dezembro de 2013, o que representou crescimento real acumulado de 70% desde janeiro de 2008. Já o crédito com recursos direcionados, aqueles que as instituições devem, obrigatoriamente, aplicar em determinadas linhas em função de leis ou regulamentações com taxas de juros subsidiadas, apresentou variação bastante superior no mesmo período, com expansão real de 176%, atingindo R\$ 1,207 trilhão, com destaque para o crédito imobiliário, rural e com recursos do BNDES.

Com isso, a participação relativa do crédito direcionado no total passou de 33%, em janeiro de 2008, para 44,4%, em dezembro de 2013. Por outro lado, a participação do crédito

³²² ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 – PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU. 1.Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64. 2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94. 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade. 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração. 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50). 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios. 7. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1.094.218/DF, Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 25.08.2010). O Recurso Extraordinário interposto em face dessa decisão (RE 664.189) teve seguimento negado em 09 de junho de 2014, pelo Min. Dias Toffoli.

³²³ Fonte: Nota Técnica DIEESE nº 135, de maio de 2014: A evolução do crédito na economia brasileira (2009-2013). Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2014/notaTec135Credito.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2015.

livre caiu de 67% para 55,6% no mesmo período. A maior intensidade da expansão do crédito direcionado se deve ao fato de que a atuação anticíclica dos bancos públicos diante da crise internacional ocorreu em setores específicos, como indústria (principalmente, via BNDES), agricultura (principalmente, via Banco do Brasil) e habitacional (principalmente, via Caixa Econômica Federal, através do programa Minha Casa Minha Vida), segmentos que envolvem operações de prazo mais longo, em que o setor bancário privado brasileiro, historicamente, tem pouca participação, seja porque suas fontes de captação de recursos são de curto prazo ou pela existência de alternativas de aplicação de recursos que garantam alta rentabilidade e baixo risco, em prazos curtos.

Vários fatores influenciaram esse crescimento substancial do crédito habitacional, como o aumento da renda das famílias, a estabilidade econômica, a entrada e maior atuação dos bancos privados nessa modalidade de crédito, uma vez que grande parte destes financiamentos era realizada pelos bancos públicos, principalmente a Caixa Econômica Federal, que detém atualmente 68,5% de participação no crédito imobiliário total, além do incentivo do governo aos programas de aquisição da casa própria, como o “Minha Casa, Minha Vida”, que concede subsídios públicos e taxas de juros mais vantajosas para o financiamento da casa própria.

Já o crédito rural é destinado aos produtores, cooperativas e associações, com o objetivo de estimular a produção agrícola, os investimentos e a comercialização de produtos agropecuários. Para ilustrar o crescimento desse mercado nos últimos anos, em janeiro de 2008, o crédito rural no Brasil representava 3,36% do PIB, segundo as informações do Banco Central, passando a representar, em dezembro de 2013, 4,56% de toda a riqueza gerada no país.

O produtor rural pode solicitar o empréstimo junto a bancos e cooperativas de crédito como pessoa física ou jurídica, sendo possível, ainda, optar pelas linhas de crédito do BNDES, como o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf)³²⁴, o Programa Nacional de Apoio ao Médio Produtor Rural (Pronamp)³²⁵; ou pelo financiamento junto ao Banco do Brasil, que, em dezembro de 2013, tinha 66,1% de participação de mercado em créditos rurais e agroindustriais.

Além do crédito agroindustrial, o BNDES possui ainda as linhas de crédito “capital de giro” e “financiamento de investimentos”, para pessoa física e para pessoa jurídica. O saldo

³²⁴ Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/apoio/pronaf.html>>. Acesso em 15 abr. 2015.

³²⁵ Disponível em:

<http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Programas_e_Fundos/pronamp.html>. Acesso em 15 abr. 2015.

do crédito para capital de giro com recursos do BNDES para pessoas jurídicas apresentou crescimento real acumulado de 99%, entre janeiro de 2008 e dezembro de 2013, e alcançou o patamar de R\$ 23,052 bilhões. No mesmo período, o financiamento de investimentos às empresas apresentou crescimento real de 170%, chegando a R\$ 482,686 bilhões. Já os financiamentos do BNDES para pessoas físicas cresceram, de 2008 a 2013, em termos reais, 227%, com saldo de R\$ 10,150 bilhões.

Outro papel relevante dos bancos diz respeito ao microcrédito, entendido, de acordo com o Relatório de Inclusão Financeira do Banco Central, como aquele de pequena quantia concedido a pessoas com negócio próprio, de pequena escala, e que será pago fundamentalmente com o produto da venda de bens e serviços oriundos desse negócio. Existem basicamente duas linhas de microcrédito: o de baixa renda, também conhecido como microcrédito ao consumo, e o microcrédito para microempreendedores.

Os dados trazidos acima traçam um panorama do caminho trilhado pelo governo brasileiro desde 2008, com a crise do *subprime*, pela expansão do crédito ofertado pelos bancos públicos, abrangendo desde os grandes empréstimos (comuns para a consolidação de “campeões nacionais”) até microcrédito para microempresários individuais ou rurais. Essa opção, como visto, é polêmica, havendo autores, como Vitor Rhein Schirato, que entendem que essa atuação dos bancos públicos na ampliação do acesso ao crédito e na redução dos juros praticados pelo mercado transbordaria os objetivos para os quais estas instituições podem ser criadas, além de contribuir para um aumento da inflação a médio e longo prazo.

Não obstante, consideramos que o desenvolvimento de linhas de crédito especiais por bancos estatais deve, sim, ser considerada uma medida anticrise legítima, desde que (i) observe as normas de regulação bancária e financeira editadas pelo Banco Central e pelos demais reguladores do setor; (ii) não viole normas de proteção à concorrência; e (iii) seja motivada por estudos técnicos que demonstrem a necessidade de incentivo àquele determinado setor e demonstrem que as externalidades negativas da medida (como o aumento da inflação) não serão tão relevantes e podem ser compensados pelos efeitos positivos.

6.4. Fomento econômico: incentivos à manutenção do emprego

Em momentos de crise econômica, pode se entender necessário investir em medidas que visem à manutenção dos postos de trabalho, a fim de que o aumento do desemprego leve a uma desaceleração econômica ainda mais severa. Nesse cenário, é frequente a edição de

planos que buscam a redução dos encargos trabalhistas suportados pelos empregadores.

A Espanha oferece um exemplo interessante em matéria de reformas trabalhistas que diminuam os custos do empregador. Em 2012, foi editado o Real Decreto-Lei nº 02 e 03/2012, que traz uma série de medidas de flexibilização de direitos trabalhistas, dentre elas possibilidade de (i) trabalhadores contratados por meio período realizarem horas extras de serviço; (ii) estabelecimento (mediante negociação coletiva) de jornada de trabalho variável ao longo do ano; (iii) o empregador modificar unilateralmente condições essenciais do contrato de trabalho, tais como a remuneração, a jornada e o regime de trabalho, resguardado o direito de demissão voluntária e percepção de indenização, no valor de 20 dias de trabalho por ano de serviço naquela empresa, ao trabalhador que não concorde com as novas condições de trabalho; (iv) suspensão do contrato de trabalho em razão de circunstâncias técnicas e/ou econômicas; e (v) ampliação da liberdade de negociação coletiva³²⁶.

O Real Decreto-Lei nº 03/2012 foi objeto de diversos questionamentos junto ao Tribunal Constitucional Espanhol, mas em poucas oportunidades a Suprema Corte do país chegou a analisar o mérito da questão³²⁷. Um dos poucos casos em que ocorreu julgamento de mérito refere-se à impugnação apresentada em 2014 pelo *Juzgado de lo Social* nº 34, de Madrid, às modificações legislativas que permitem a possibilidade de dispensa sem indenização do trabalhador pelo período de um ano após a contratação e a limitação à indenização paga ao empregado que seja reintegrado ao serviço por determinação judicial, as quais ficaram conhecidas como “*despido exprés*” (demissão expressa).

Ambas as medidas foram consideradas constitucionais pelo Tribunal Constitucional da Espanha³²⁸, que se valeu de argumentos de forte caráter pragmático-consequencialista, ressaltando a imperiosidade da adoção de medidas de combate à severa crise enfrentada pelo país e aos elevados níveis de desemprego, que ainda se encontram superiores a 23% da população em idade ativa³²⁹. Foi destacado, ainda, o caráter transitório das normas, tendo em vista que o próprio Real Decreto-Lei nº 03/2012 prevê que as medidas somente perdurarão enquanto se mantiverem os efeitos da crise financeira no país. Por outro lado, dão obstante a

³²⁶ Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/2012/02/11/pdfs/BOE-A-2012-2076.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2015.

³²⁷ Disponível em: <http://cincodias.com/cincodias/2014/02/13/economia/1392314896_326484.html>. Acesso em 15 abr. 2015.

³²⁸ Disponível em: <<http://www.20minutos.es/noticia/2194180/0/reforma-laboral/constitucional/despido/>
<<http://www.elmundo.es/economia/2014/02/13/52fcff87ca474175318b4585.html>>;
<<http://www.lne.es/economia/2014/07/15/tc-avala-contrato-despido-gratis/1614970.html>>. Acesso em 15 abr. 2015.

³²⁹ Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2015/04/23/espanha-taxa-de-desemprego-sobe-para-os-237-por-cento/>>. Acesso em 15 abr. 2015.

decisão do Tribunal Constitucional pela juridicidade das normas em comento, há decisões de tribunais locais declarando a inconstitucionalidade da “demissão expressa”³³⁰.

Há, ainda, o exemplo brasileiro o Programa de Proteção ao Emprego - PPE, instituído pela Medida Provisória nº 680/2015, convertida na Lei nº 13.189/2015. A adesão ao PPE poderá ser feita até dezembro de 2015 e terá duração de no máximo um ano, período durante o qual o empregador, com vistas à preservação de postos de trabalho, poderá reduzir a jornada de trabalho de todos os seus funcionários ou aqueles de um setor específico, com redução proporcional de sua remuneração, desde que a medida seja aprovada em negociação coletiva (acordo ou convenção).

Em contrapartida ao trabalhador, os empregadores que aderirem ao PPE ficam proibidos de despedir arbitrariamente ou sem justa causa aqueles empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao Programa e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão. Ademais, os empregados cuja remuneração for reduzida farão jus a uma compensação pecuniária, custeada pelo governo federal, equivalente a cinquenta por cento do valor da redução salarial, limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho.

Percebe-se, no ponto, o motivo pelo qual o Programa de Proteção ao Emprego pode ser considerado, a um só tempo, contracionista e expansionista. Do ponto de vista do trabalhador, a medida é contracionista, uma vez que possibilita a redução de sua jornada de trabalho e - ponto mais sensível - de sua remuneração; já sob o prisma do poder público, a medida é expansionista, na medida em que gera despesa para o governo federal ao estabelecer a obrigação para a Administração Federal de custear compensação pecuniária aos trabalhadores cujos salários forem reduzidos, na forma acima exposta.

Em relação à constitucionalidade do PPE, não vislumbramos, a priori, nenhuma inconstitucionalidade material no programa, uma vez que a redução de salários depende de negociação coletiva e visa à preservação de empregos, atendendo aos requisitos estabelecidos pelo art. 7º, VI da Constituição Federal para que seja possível a diminuição da remuneração dos trabalhadores³³¹. Ademais, a exigência de que a redução atinja a todos os empregados do aderente ao programa - ou, ao menos, todos os funcionários de um setor específico - parece-

³³⁰ Disponível em: <<http://pt.euronews.com/2015/04/23/espanha-taxa-de-desemprego-sobe-para-os-237-por-cento/>>. Acesso em 15 abr. 2015.

³³¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

nos bastante salutar, com vistas a assegurar a isonomia e a impessoalidade na adoção da medida, de forma que esta seja utilizada como mecanismo de combate a crises econômicas e preservação do emprego, e não de perseguição imotivada a determinados funcionários ou grupos.

6.5. Função regulatória (ou extraeconômica) das licitações³³²

Em momentos de crise econômica, em que o mercado privado resta desaquecido, o considerável poder de compra do poder público pode se mostrar especialmente útil para manter a demanda de fornecedores particulares. Nessas situações, a Administração Pública pode elaborar normas em seus editais de licitação que prevejam preferência para a contratação de fornecedores que atendam a determinados requisitos que considere úteis para manter a economia aquecida, como, por exemplo, enquadrar-se como micro ou pequena empresa.

Para ilustrar o tamanho desse poder de compra público, de acordo com dados da OCDE para o ano de 2013, as licitações representam, em média, 29% do total dos gastos governamentais e 12,1% do PIB dos países que compõem a organização³³³. Além disso, o mesmo estudo aponta que 30 entre 32 países analisados (o que equivale a 94% da amostra) desenvolvem alguma prática licitatória que objetiva promover finalidades extraeconômicas, como o desenvolvimento sustentável, a prosperidade de pequenas e médias empresas ou inovação em produtos e serviços.

A utilização desse poder de compra do poder público para a promoção de interesses e valores socialmente desejáveis é chamada de função regulatória ou extraeconômica da licitação, muito embora, em verdade, enquadre-se mais como fomento do que como regulação - pelo menos se considerarmos o conceito mais restrito de regulação, que entende como tal apenas as normas coercitivas, editadas sob mecanismos de comando-e-controle.

Isso porque, na função regulatória, o poder público não edita normas cogentes que atingem a esfera jurídica de agentes privados, mas, sim, formula critérios de seleção nos processos de contratações públicas que levem em conta aspectos desejáveis dos participantes, como empregar portadores de necessidades especiais ou adotar condutas ecologicamente

³³² Embora a expressão “função regulatória das licitações” tenha se consagrado na doutrina – motivo pelo qual optamos por reproduzi-la, já o objetivo, aqui, não é propor uma revisão do instituto –, parece ser mais adequado, na verdade, falar em função extraeconômica das licitações, uma vez que as disposições trazidas pelos editais públicos que visam a incentivar determinado setor não são cogentes para o mercado em geral, visto que a própria participação no certame é facultativa.

³³³ OCDE. Government at a Glance 2015. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 136. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2015-en>. Acesso em: 12 set. 2015.

corretas. As disposições editalícias não obrigam as empresas privadas a seguir, em suas atividades cotidianas, os comportamentos nelas previstos, apenas trazendo vantagens para aqueles agentes que optem voluntariamente por adotá-las e desejem participar de contratações públicas.

Valendo-se da função regulatória das licitações em contexto de recessão econômica, a União Federal editou o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2014, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP), agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras, inclusive aquelas processadas pelo Regime Diferenciado de Contratações, no âmbito da administração pública federal, incluídas as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

A escolha pelo incentivo a pequenas empresas não é aleatória, considerando a expressividade desses empresários na economia brasileira. As micro e pequenas empresas são as maiores produtoras de riquezas do comércio no Brasil, representando 53,4% do PIB do comércio, 22,5% da indústria nacional (porcentagem similar à das médias empresas - 24,5% e 36,6% do setor de serviços³³⁴). Já em relação ao emprego, as micro e pequenas empresas representam cerca de 44% dos postos de trabalho formais em serviços e 77% no comércio.

Com o intuito de incentivar o desenvolvimento desses pequenos empresários, o Decreto nº 8.538/2015 concretiza dispositivos da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Micro e Pequena Empresa) que já tratavam do tratamento diferenciado para pequenos licitantes em processos de aquisições públicas. O decreto em questão não restringe sua aplicação ao atual contexto de crise econômica, mas se mostra especialmente salutar para garantir a demanda das micro e pequenas empresas em um cenário de desaceleração econômica.

Nesse sentido, inicialmente, a normativa prevê que, na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

Já a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno

³³⁴ Disponível em:

<<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em 15 maio 2015.

porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação. Na hipótese de haver alguma restrição relativa à regularidade fiscal, será assegurado prazo de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, a realização do pagamento ou parcelamento do débito e a emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa

Além disso, o decreto em questão assegura, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, considerando haver empate nas licitações em geral quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam até dez por cento superiores ao menor preço e, na modalidade de pregão, quando as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam até cinco por cento superiores ao menor preço.

Os órgãos e as entidades contratantes abrangidos pelo Decreto nº 8.538/2015 deverão, também, realizar processos licitatórios destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), salvo se a licitação exclusiva trouxer prejuízo à qualidade do objeto - fato que deve ser demonstrado justificadamente - ou se não houver um mínimo de três MEs ou EPPs aptas a participar do certame.

Já nos certames cujo valor supere este limite, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer nos instrumentos convocatórios a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, observados os parâmetros previstos no próprio decreto quanto à vedação à subcontratação de parcelas de maior relevância, de ME ou EPP participante do certame ou que tenha sócio(s) em comum com a contratada.

Ademais, nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

De modo geral, as disposições do Decreto nº 8.538/2015 não são propriamente uma novidade, tendo em vista que já encontravam abrigo na Lei Complementar nº 123/2006. No entanto, o decreto traz inovações pontuais, sendo a mais relevante a possibilidade de subcontratação de micro e pequenas empresas por contratados de maior porte, o que cria ainda mais espaço no mercado para as ME e EPP. Ademais, mesmo em relação às regras não inéditas, demonstra o reforço do interesse da União em garantir o estímulo ao empreendedorismo brasileiro e tentar ampliar o mercado dessas micro e pequenas empresas, ainda que em um contexto econômico não tão favorável.

Além das normas de proteção às micro e pequenas empresas, a função regulatória das licitações pode também ser utilizada em momentos de crise econômica para proteger os fornecedores e as indústrias nacionais, na medida em que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, coloca como um dos objetivos das aquisições públicas a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável e assegura preferência para produtos produzidos no país. Assim, não só durante crises econômicas, mas especialmente nelas, é possível que os editais de licitações públicas assegurem essa preferência ao produto nacional, de modo a incentivar as indústrias locais, garantindo-lhes demanda.

6.6. Conclusões parciais

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

O fomento, em geral, se caracteriza pelo seu caráter não coercitivo, valendo-se de mecanismo de indução para que agentes econômicos adotem comportamentos socialmente desejáveis. Além disso, a escolha da atividade incentivada deve ser feita de maneira objetiva, estando os mecanismos indutivos à disposição de quaisquer interessados, a fim de resguardar a isonomia e a impessoalidade.

Em pese a objetividade da escolha da atividade incentivada, não há garantia de que a medida será capaz de efetivamente convencer seus destinatários a adotar o comportamento desejado, na medida em que, como ensina a economia comportamental, a racionalidade humana é limitada e indivíduos não funcionam apenas a partir de estímulos racionais.

As estratégias fiscais e creditícias mostram-se especialmente úteis no combate a crises econômicas pelo fomento público, cabendo apenas a ressalva de que, nos incentivos fiscais, o ideal é que, em vez de um estímulo exclusivo ao consumo, este seja acompanhado de incentivos para investimentos de longo prazo, notadamente em infraestrutura, de modo a possibilitar um crescimento igualmente a longo termo - e não uma bolha de aquecimento econômico insustentável com o passar do tempo.

Já em relação à atuação creditória dos bancos públicos, em que pese a polêmica existente em torno da medida, entendemos que a baliza deve ser a mesma delineada para a ação das estatais de maneira geral: aqueles organizados sob a forma de empresa pública não poderão apurar prejuízo, enquanto aqueles estruturados em sociedades de economia mista não

poderão desrespeitar normas legais e estatutárias de proteção aos acionistas minoritários e deverão, ainda, assegurar a busca por resultados globais positivos.

Além disso, a seleção das atividades abrangidas por linhas de crédito especiais e a escolha dos beneficiários desse crédito deve ser feita de acordo com critérios técnicos, objetivos, impessoais e transparentes, que demonstrem as externalidades positivas e o baixo risco de externalidades negativas da medida, garantindo-se a divulgação desses critérios e dos elementos técnicos que embasaram a decisão administrativa para consulta pública no *site* oficial dos bancos públicos.

No âmbito dos programas de incentivo à manutenção do emprego, o governo pode, em situações de crise econômica, criar programas que flexibilizem normas de proteção ao trabalhador de modo a reduzir os custos suportados pelos empregadores para manter seus funcionários e, com isso, evitar demissões. A ideia da medida é preservar postos de trabalho e, assim, permitir que esses trabalhadores possam continuar consumindo, evitando um agravamento da crise pela diminuição da demanda por produtos e serviços no mercado.

Os programas de incentivo à manutenção do emprego podem ser feitos por dois mecanismos: liberação dos empregadores do cumprimento de determinados encargos trabalhistas, tal qual ocorreu na Espanha com a aprovação dos Reais Decretos-Lei nº 02 e 03/2012, ou aporte de recursos públicos para o custeio de encargos até então suportados pelo empregador, nos moldes vistos no Brasil no Programa de Proteção ao Emprego - PPE, instituído pela Medida Provisória nº 680/2015, convertida na Lei nº 13.189/2015.

Entendemos que esses programas serão válidos, desde que não violem direitos básicos do trabalhador assegurados pela Constituição Federal, notadamente em seu art. 7º. Por exemplo, a Lei nº 13.189/2015, em seu art. 5º prevê que a redução salarial somente pode ser feita com vistas à preservação de empregos e com amparo em acordo coletivo, na esteira do disposto no art. 7º, VI da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à função regulatória das licitações, o poder público pode, em momentos de crise, se valer de estratégias de estímulo a agentes privados por meio da inserção, em seus instrumentos convocatórios de licitações, de regras que prevejam tratamento diferenciado para empresas que adotem comportamentos socialmente desejáveis - a exemplo das micro e pequenas empresas, responsáveis pela geração de parcela considerável de empregos e riquezas no país.

A medida é especialmente interessante se levado em consideração que as contratações públicas representam cerca de 12% do PIB do país, o que demonstra o elevado poder de compra do governo e, por conseguinte, sua grande capacidade de aquecer a economia e

promover valores e objetivos socialmente relevantes, a exemplo da valorização da micro e pequena empresa, que representam cerca de 44% dos postos de trabalho formais em serviços e 77% no comércio.

PARTE III

MEDIDAS DE AUSTERIDADE EM ESPÉCIE

No atual cenário nacional e internacional, tem sido bastante frequente a veiculação de notícias que tratam da adoção de medidas de austeridade econômica tanto no Brasil quanto no exterior. Nos últimos meses, a Grécia tem se mostrado a protagonista das discussões envolvendo políticas de arrocho no âmbito Europeu, que tem como importantes coadjuvantes o Fundo Monetário Internacional - FMI, o Banco Central Europeu e a Alemanha. Já no Brasil, embora a natureza do debate seja bastante distinta (visto que nossa realidade – felizmente – não abrange imposições oriundas de credores internacionais), também temos convivido com ações de austeridade, impostas sobretudo pelo governo federal, com o objetivo de reequilibrar as contas públicas.

Não obstante as diferenças em relação ao contexto político e econômico dos dois países, podemos afirmar que a austeridade tem sido um ponto de contato entre eles nos últimos tempos. Em julho de 2015, a Grécia, contrariando as expectativas de muitos dos eleitores que ajudaram a eleger o partido de esquerda Syriza, comprometeu-se a, mais uma vez, reduzir aposentadorias e pensões, cortar gastos públicos e privatizar entidades estatais em contrapartida a um novo pacote de ajuda internacional que pode chegar a 86 bilhões de euros³³⁵. A contradição levou o Primeiro Ministro Alexis Tsipras, do Syriza, a renunciar em agosto de 2015. Se cumpridos todos os compromissos assumidos por Atenas, a médio prazo o que se pode esperar da Grécia é mais austeridade, e, muito embora a nova vitória de Tsipras, em eleições realizadas menos de um mês após a sua renúncia, possa mudar esse cenário.

No Brasil, o governo da Presidente Dilma Rousseff foi reeleito em 2014 sob a promessa de continuidade dos investimentos e dos programas estatais desenvolvidos na primeira gestão da petista. Entretanto, desde o início de 2015, o que se tem observado é a implementação de uma série de medidas de arrocho econômico e redução de despesas públicas, como, por exemplo, mudanças nas regras do seguro-desemprego³³⁶, redução da verba para programas de educação (PRONATEC, Ciência sem Fronteiras e outros)³³⁷ – o que não deixa de ser irônico, já que o *slogan* do segundo mandato de Rousseff é justamente “Brasil: Pátria Educadora” –, aumento de tributação em setores estratégicos (combustíveis,

³³⁵ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/terceiro-pacote-de-ajuda-grecia-pode-chegar86-bilhoes-16743818>>. Acesso em 13 jul. 2015.

³³⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/dilma-sanciona-lei-que-altera-regras-do-seguro-desemprego-com-vetos.html>>. Acesso em 13 jul. 2015.

³³⁷ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/05/1632333-prioridade-de-dilma-educacao-deve-responder-por-13-do-corte-de-r-70-bi.shtml>>. Acesso em 13 jul. 2015.

energia elétrica, etc.)³³⁸ e propostas de recriação de antigos tributos, como a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras).

As políticas de arrocho econômico, em voga atualmente tanto no Brasil quanto na Grécia, estão longe de ser uma novidade ou de se restringirem a esses dois locais. Há alguns poucos anos, entre 2008 e 2012, outros países da Europa Mediterrânea, como Portugal, Espanha e Itália, além da própria Grécia, implantaram uma série de medidas de austeridade como instrumento de combate à grave crise financeira, de origem norte-americana, que abateu o cenário mundial entre 2007 e 2011.

A crise de 2007-2010 teve início na desregulação do mercado financeiro americano, que permitiu a criação de derivativos de alto risco, lastreados em hipotecas e créditos estudantis que mais tarde se mostraram “podres”. A inadimplência massiva do pagamento das obrigações por trás desses derivativos levou à falência de diversas instituições financeiras e ao resgate de outras tantas pelo governo americano. Em razão da interligação do sistema bancário³³⁹, a crise se espalhou para a Europa, atingindo de forma especialmente severa países mediterrâneos que já vinham sofrendo com o aumento do déficit público, a estagnação econômica e o envelhecimento da população³⁴⁰.

Nos EUA, a crise levou à expansão do papel do Estado no domínio econômico, com o aumento substancial da regulação do sistema financeiro, a edição de pacotes de estímulos e injeção de recursos públicos em agentes privados em dificuldades (*bailouts*), medidas também observadas nos países mais industrializados da Europa, como Reino Unido, Alemanha e França. No entanto, nos países da periferia europeia, a situação foi bastante distinta, tendo em vista que a crise internacional acabou por dilacerar as já estagnadas economias locais, que precisaram recorrer à ajuda externa para se manter de pé - e, em troca desse resgate internacional, viram-se obrigados a assumir uma série de compromissos ligados à adoção de

³³⁸ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/01/1577395-ministro-da-fazenda-anuncia-alta-de-impostos.shtml>>. Acesso em 13 jul. 2015.

³³⁹ Essa relação de interdependência e investimento recíproco faz do direito regulatório financeiro e bancário um *locus* perfeito para o florescimento de um constitucionalismo administrativo, expressão que vem sendo tratada tanto pela doutrina norte-americana quanto pela europeia, embora com significados diferentes. Nos EUA, o constitucionalismo administrativo se refere à possibilidade de reconhecimento de assento constitucional ao direito administrativo, ao passo que, na Europa, a expressão está ligada ao desenvolvimento de normas comuns no âmbito do direito administrativo. Referimo-nos, aqui, ao sentido europeu da expressão, que busca criar um regramento supranacional para determinadas matérias do direito administrativo. Para maiores considerações sobre o constitucionalismo administrativo, vide: METZGER, Gillian E., *Administrative Constitutionalism* (May 23, 2013). *Texas Law Review*, Vol. 91, June 2013; *Columbia Public Law Research Paper No. 13-350*; e HARTMAN, Moritz. *Administrative Constitutionalism and the Political Union*. Vol. 14. *German Law Journal* (2014).

³⁴⁰ NAPOLITANO, Giulio. The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: New Challenges for Administrative Law. In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010.

políticas de arrocho. O risco de insolvência nessas economias, sobretudo na Grécia, pode, inclusive, colocar em xeque o papel do Estado como último salvador da economia em momentos de grave emergência econômica³⁴¹.

Para além da crise financeira de 2007-2010, a história de grande parte das economias ocidentais é marcada por períodos mais austeros ao longo de todo o século XX, inclusive na própria América Latina, onde credores internacionais (notadamente o FMI) ditaram, por anos, cartilhas de recomendações ortodoxas para países com elevado índice de endividamento, como a Argentina e o próprio Brasil.

A Parte III deste trabalho tem como objetivo analisar até que ponto essas medidas de austeridade, notadamente aquelas que envolvam cortes nos gastos públicos, podem ser consideradas constitucionais e, a partir de que momento, elas representarão violação a preceitos jurídicos. Para tanto, adotaremos como metodologia o estudo de casos concretos, analisando a juridicidade de ações implantadas nos últimos anos (entre 2008 e 2015) em países da Europa Mediterrânea e da América Latina, com ênfase no Brasil, tendo em vista que se trata de exemplos mais recentes de políticas ortodoxas.

Nessa esteira, daremos início ao nosso estudo de casos, analisando a juridicidade de medidas de austeridade adotadas com o objetivo de reduzir gastos públicos, a saber: (i) reformas tributárias, (ii) reformas na seguridade social; (iii) privatizações; (iv) reduções, rescisões e renegociações de contratos administrativos; (v) diminuição de despesas com pessoal; e (v) redimensionamento da máquina administrativa. A abordagem será dividida por espécie de medida e, para tanto, abordará exemplos concretos de ações implantadas por países como Portugal, Espanha, Itália, Grécia, Argentina e, por fim, Brasil.

Desde já, salientamos que a presente análise não pretende esgotar todas as ações levadas a cabo nesses países que podem ser caracterizadas como “políticas de arrocho”. Nosso estudo restringe-se às medidas que visem à contenção de gastos públicos, motivo pelo qual não abordaremos medidas cujo objetivo seja o aumento da receita pública, como, por

³⁴¹ “O primeiro desafio é uma redefinição do papel econômico ideal do Estado e das diferentes formas possíveis de o poder público desempenhar esse papel. Em todo o mundo, as últimas duas décadas foram dominadas por uma retração do Estado. Em quase todos os setores da economia, o Estado interrompeu a produção direta de bens e serviços. Empresas estatais foram privatizadas e subsídios públicos a empresas foram proibidos ou fortemente controlados. A crise financeira, ao revés, levou a um redescobrimto do papel fundamental do Estado no domínio econômico. Essa nova função, contudo, é seriamente desafiada pela crise da dívida pública que vem à tona em uma série de países, a começar pelos europeus”. Tradução livre do original: “*The first challenge is a reassessment of the proper economic role of the State and of the different legal forms of it. All around the world, the last two decades were dominated by the retreat of the State. In almost every economic sector, the State ceased the direct production of goods and services. Public corporations were privatized and public aids to enterprises were forbidden or strongly controlled. The financial crisis, on the contrary, has led to a re-discovery of the fundamental economic role of the State. This new role, however, is seriously challenged by the sovereign debt crisis arising in many countries, starting from Europe*”. (NAPOLITANO, Giulio. *Op. Cit.* p. 588).

exemplo, aquelas que aumentem a carga tributária no país.

Feita a delimitação do objeto do presente estudo, daremos início à análise das medidas em espécie, começando pelas reformas tributárias, passando para as reformas na seguridade social e chegando, no último capítulo, às desestatizações, à reestruturação administrativa, à redução das despesas com pessoal e à renegociação de contratos administrativos.

7. REFORMAS TRIBUTÁRIAS

7.1. Considerações iniciais

A implementação de políticas públicas demanda uma série de gastos com vistas à concretização das ações planejadas. Afinal, *direitos não nascem em árvores* e a sua efetivação, sobretudo no bojo dos direitos sociais, demanda consideráveis investimentos públicos.

Para que seja possível a implementação desses direitos, e ainda fazer frente ao custeio das despesas correntes da própria máquina pública, o Estado necessita de fontes de recursos que ingressem de maneira definitiva no patrimônio público, as chamadas receitas no jargão do direito financeiro. Nesse sentido, de acordo com Ricardo Lobo Torres, “*receita é a soma de dinheiro percebida pelo Estado para fazer face à realização dos gastos públicos*”³⁴².

A receita pública pode ser de duas espécies: originária e derivada. A receita originária decorre da exploração do próprio patrimônio público, compreendendo os preços públicos (valores cobrados dos usuários de serviços públicos não gratuitos), as compensações financeiras (*royalties*) e os ingressos comerciais (recursos arrecadados pela exploração de atividades econômicas pelo Estado, seja de maneira direta seja por meio de empresas estatais). Já a receita derivada é proveniente da economia privada, sendo representada pelos tributos, pelos ingressos parafiscais (cobranças não tributárias, como as anuidades de conselhos profissionais) e pelas multas (penalidades pecuniárias de origem tributária ou não).

De acordo com o art. 3º do Código Tributário Nacional, “*tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. O direito brasileiro adota a teoria quinpartite, que divide as espécies tributárias em cinco: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais.

Os tributos são, certamente, a principal fonte de receita para o financiamento público. Entretanto, durante crises econômicas, é possível que a arrecadação diminua em razão da desaceleração econômica. Além disso, uma causa frequente de crises econômicas é justamente o aumento dos gastos públicos acima da arrecadação, gerando déficits públicos prolongados. Nesses contextos, a fim de equacionar as receitas com as despesas públicas,

³⁴² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Renovar. 15ª edição. p. 185.

pode se mostrar necessário o aumento da receita, com a conseqüente criação de novos tributos ou a majoração daqueles já existentes.

A título ilustrativo, em Portugal, o déficit orçamentário previsto para 2013, inicialmente estimado para 3,0% chegou a 5,5%. Nesse contexto, mostrou-se imperiosa a adoção de medidas para reverter esse quatro de déficit, por meio da realização de ações tanto para reduzir a despesa quanto para aumentar a receita, chegando-se a uma estimativa de efeito agregado de 3,2% do PIB³⁴³.

De acordo com Carlos Ameyrich Cano³⁴⁴, do lado da despesa, as medidas adotadas (com um impacto orçamental estimado de 4,3124 bilhões de euros, o equivalente a 2,6% do PIB lusitano), concretizam-se em (a) congelamento salarial no serviço público, (b) suspensão do pagamento do subsídio de férias, (c) redução de efetivos a 2% anual e outras medidas de “racionalização” do gasto de pessoal, (d) medidas no âmbito da proteção social, reforma e regime de aposentadoria (alteração das regras de desfrute do subsídio de doença, fixação da idade de aposentação em 65 anos, introdução de uma CES para pensões superiores a 1350€, suspensão do pagamento de 90% do subsídio de férias a reformados ou aposentados com pensões superiores a 1100€ (medida considerada inconstitucional, no Acórdão nº 187/2013, como será visto no próximo capítulo), (e) redução do 50% das transferências a fundações, (f) compromisso de reduzir encargos a Participações Público Privadas (PPP) no setor rodoviário, visando a reduzir, em 2013, 30% do valor originariamente contratado (art. 143, LOE 2013), e (g) redução de custos no setor empresarial do Estado (reduzindo no 3% o número de trabalhadores, exceto nos hospitais).

As medidas do lado da receita atingem (a) o Imposto de Pessoas Singulares - IRS (o IRPF português), com redução de escalões, sobretaxa geral do 3,5%, taxa liberatória de 28% para os rendimentos do capital, (b) o Imposto de Pessoas Coletivas – IRC (o IRPJ português), com a manutenção da taxa adicional de 3% para os rendimentos superiores a 1,5M€ e de 5% para os superiores a 7,5M€, e (c) o Imposto do Selo, IVA e especiais.

Vale notar que este capítulo pretende analisar os limites jurídicos para a criação de novos tributos, de modo que analisaremos apenas as medidas adotadas no campo da receita. Ações ligadas à despesa são objeto de capítulo próprio, notadamente aquele referente ao contingenciamento de gastos públicos.

Ademais, não parece caber ao operador do direito deliberar, no plano fático, quanto à

³⁴³ AMEYRICH CANO, Carlos. *O controlo judicial das políticas de austeridade*. A propósito do Acórdão 187/2013, de 5 de abril, do Tribunal Constitucional português. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4333>>. Acesso em 23 jul. 2015.

³⁴⁴ *Op. Cit.*

existência ou não de outras alternativas para o reequilíbrio das contas públicas, como a redução de gastos públicos e o enxugamento da máquina pública. Aqui, analisaremos apenas as questões jurídicas que envolvem a implementação da decisão político-econômica de aumento da carga tributária do país; já as medidas que envolvam contingenciamento do orçamento público e da estrutura administrativa serão objeto de análise no capítulo seguinte.

O ordenamento tributário brasileiro, em específico, adota a teoria quipartite, que divide os tributos em cinco espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições parafiscais e empréstimos compulsórios. Dentre as cinco espécies tributárias, aquelas responsáveis pela maior parcela da arrecadação são os impostos e as contribuições parafiscais, o que se deve ao fato de os empréstimos compulsórios somente poderem ser instituídos em caso de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência e investimento público urgente de relevante caráter nacional (art. 148, CF).

Já as taxas e as contribuições de melhoria encontram-se vinculadas a alguma prestação do Estado em relação ao contribuinte (ainda que uma prestação meramente à disposição) – um serviço público ou o exercício do poder de polícia, no caso da taxa, e uma obra pública que tenha gerado valorização imobiliária, no caso da contribuição de melhoria –, não podendo ser utilizadas para o financiamento de despesas públicas em geral (art. 145, II e III, CF).

Nesse sentido, optamos por abordar apenas os aumentos tributários decorrentes de impostos e contribuições parafiscais e em que medida eles podem contribuir para o combate a crises econômicas e a busca pelo reequilíbrio das contas públicas.

7.2. Criação e aumento de impostos

Os impostos são a espécie tributária que se caracteriza pela ausência de vinculação (i) entre a hipótese de incidência e alguma prestação do poder público em relação ao sujeito passivo e (ii) em relação à destinação do produto da arrecadação, exceto no que se refere à aplicação dos percentuais mínimos da receita tributária previstos na Constituição (art. 167, IV) para gastos com saúde e educação. As receitas oriundas dos impostos prestam-se, assim, ao financiamento das despesas públicas de modo geral, sem uma finalidade específica.

Em relação à criação de novos impostos, o art. 154, I da Constituição estabelece que a União pode, mediante lei complementar, criar novos impostos, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na própria Constituição. *A contrario sensu*, Estados, Municípios e Distrito Federal não podem criar impostos além daqueles já previstos na lei fundamental como de sua respectiva

competência (ICMS, IPVA e ITD para os Estados; ISS, IPTU e ITBI para os Municípios e todos os anteriores para o DF).

Dentre os impostos de competência constitucional da União, está o Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF, a ser instituído por lei complementar, na forma do art. 153, VII da Constituição. Apesar de estar previsto no texto constitucional originário e de seu evidente caráter extrafiscal de visar à redistribuição de riquezas, o IGF jamais foi efetivamente implementado.

No atual cenário nacional de déficit orçamentário, o IGF poderia, em conjunto com outras medidas, servir de importante mecanismo na busca pelo reequilíbrio das contas públicas. Na Espanha, por exemplo, tributo semelhante, que havia sido extinto em 2008, foi reintroduzido em 2011 como parte do pacote de reorganização das finanças do país em meio à crise internacional do *subprime*. Outros países que atualmente adotam o tributo são Argentina e Uruguai, ao passo que países europeus (exceto a Espanha) optaram, desde a década de 1990, na esteira do fim do Estado do Bem-Estar, por extinguir o IGF³⁴⁵.

Há cerca de dez projetos em trâmite na Câmara dos Deputados para instituição do IGF, todos com modelos relativamente similares. Um deles é Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 277/2008, que estabelece um limite de isenção de R\$ 2 milhões e alíquotas progressivas de 1% a 5%. Já PLP 26/2011 estabelece as mesmas alíquotas, mas com um limite de isenção de R\$ 5 milhões. O PLC 130/2012, por sua vez, utiliza abordagem diversa, estabelecendo o limite de isenção do imposto como de 8 mil vezes o valor da faixa de isenção do imposto de renda da pessoa física³⁴⁶.

O sistema proposto nos PLCs atualmente em tramitação no Congresso adota como base a tributação anual da riqueza, o qual vem sendo considerado ineficiente para efetivamente alcançar o objetivo central do IGF: a redistribuição de renda. Isso porque estudos feitos em relação ao tributo têm demonstrado que o modelo de tributação anual da riqueza pelo IGF traz mais efeitos negativos (perda de riqueza e fuga de investimentos) do que positivos (redistribuição de renda)³⁴⁷.

³⁴⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Cross-country review of taxes on wealth and transfers of wealth*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2014, p. 194

³⁴⁶ QUEIROZ, Jules. As alternativas do ajuste fiscal: imposto sobre grandes fortunas. Disponível em: <<http://jota.info/as-alternativas-do-ajuste-fiscal-imposto-sobre-grandes-fortunas>>. Acesso em 31 out. 2015.

³⁴⁷ HECLYS, Christophe. Wealth tax in Europe – why the downturn? In: MESTRALLET, Gérard; TALY, Michael. *Estate Taxation – ideas for reform*. Paris: Institut de l'Enterprise, 2004, p. 39-5. HASSON, A. Is the wealth tax harmful to economic growth? In: *World Tax Journal*. Fev. 2010, p. 19-34. SEIM, David. Behavioral responses to an annual wealth tax – evidence from Sweden. Disponível em: <<https://drive.google.com/a/jota.info/file/d/0B9GZw-nY1RjVUpnWG9CTTJDZFU/view>>. Acesso em 06 maio 2015. APUD QUEIROZ, Jules. *As alternativas do ajuste fiscal: imposto sobre grandes fortunas*. Disponível em: <<http://jota.info/as-alternativas-do-ajuste-fiscal-imposto-sobre-grandes-fortunas>>. Acesso em 31 out. 2015.

Nesse sentido, surgem propostas de reformulação do IGF para que o tributo possa se tornar mais apto a atingir seu objetivo, a exemplo da alternativa trazida por Jules Queiroz, que sugere que a exação passe a incidir sobre a transmissão de riquezas, seja *inter vivos* seja *causa mortis*, nos mesmos moldes dos atuais ITBI e ITD. Note-se que a sugestão é juridicamente viável na medida em que a Constituição não traz a hipótese de incidência do IGF, delegando todos os aspectos do tributo à lei complementar. Além disso, a vedação a que impostos criados pela União incidam sobre fatos geradores e bases de cálculo de outros impostos já previstos na Constituição recai apenas sobre novos impostos não estabelecidos na própria CF.

Não obstante juridicamente viável, a efetividade da alternativa dependeria de estudos econômicos mais aprofundados - ainda não disponíveis. Diante disso, o próprio Queiroz alerta que o IGF não pode ser considerado uma panaceia para o ajuste fiscal - que depende também de outras medidas de reequilíbrio das contas públicas, como o redimensionamento de despesas públicas -, devendo a tributação sobre fortunas funcionar precipuamente como mecanismo de distribuição de riqueza e justiça intergeracional.

Além disso, Queiroz não leva em consideração o risco apontado por Thomas Piketty em *O Capital no Século XXI* de que, com a taxação de grandes fortunas em um determinado país (o Brasil, por exemplo, caso efetivamente instituído o IGF), estas fortunas simplesmente se mudem para outros países onde tal tributação não exista. Para reduzir esse risco, Piketty propõe a *utopia útil* de que seja criada uma tributação internacional sobre grandes fortunas - muito embora, na prática, a proposta seja, de fato, de implementação muito complexa (daí o próprio autor chamá-la de utopia)³⁴⁸.

Muito embora o IGF ainda não tenha sido implementado, como parte do primeiro pacote de ajuste fiscal lançado em janeiro de 2015, o governo federal se valeu da exceção constitucional à legalidade tributária para majorar, por decreto, impostos extrafiscais, a exemplo do IOF incidente sobre mútuos e financiamentos (Decreto nº 8.392, de 20 de janeiro de 2015).

A medida tem por finalidade o controle da inflação, mediante a redução do volume de recursos disponíveis para empréstimo e dos indivíduos interessados em contrair essas dívidas. No entanto, é preciso ter em mente que a criação de barreiras de acesso ao crédito pode acarretar efeitos negativos, como a queda do investimento e da expansão da produção, os quais se mostram especialmente indesejados em contextos de recessão e necessidade de retomada do fôlego econômico do país.

³⁴⁸ PIKETTY. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 515.

Em relação ao aumento de tributos já instituídos, vimos no capítulo relativo ao fomento que, no direito brasileiro, há espécies tributárias consideradas extrafiscais, cujas alíquotas podem ser alteradas diretamente por ato do Poder Executivo, tais como o Imposto de Importação e o Imposto sobre Produtos Industrializados. Há, ainda, espécies tributárias cuja base de cálculo pode ser atualizada por decreto, como o IPTU e o IPVA (CF, art. 150, § 1º).

Já os tributos que não estejam previstos na Constituição Federal como passíveis de alteração dos elementos econômicos por decreto devem se submeter ao princípio da legalidade, previsto no art. 150, I do Texto Maior, segundo o qual não é possível aumentar ou instituir tributos sem lei que o estabeleça.

Dessa forma, em relação aos impostos regidos pelo princípio da legalidade, cuja majoração somente pode se dar por lei em sentido estrito (e não por decreto), o governo federal editou medidas provisórias para estabelecer novas alíquotas para as exações, as quais ainda se encontram em tramitação no Congresso. É o exemplo da Medida Provisória nº 692, de 22 de setembro de 2015, que alterou a Lei nº 8.981/1995 para aumentar as alíquotas do Imposto de Renda sobre Ganho de Capital, devido quando da realização de transações que acarretem aumento do patrimônio do sujeito passivo - quando da venda de um imóvel por preço maior do que aquele que havia pago quando da aquisição do bem ou da aquisição de determinado bem *causa mortis* ou por adiantamento de herança, por exemplo³⁴⁹.

O IR sobre ganho de capital se submete ao regime da tributação definitiva, não podendo ser computado para fins de abatimento quando da elaboração da declaração de ajuste anual, devendo seu recolhimento ser feito em guia apartada até o último dia útil do mês subsequente ao da percepção dos ganhos (Lei nº 8.981/1995, art. 21). Antes da MP 692, o imposto era cobrado sob alíquota única de 15% sobre o valor do ganho; com a nova redação, as alíquotas passam a variar entre 15 e 30%, a depender do montante do lucro³⁵⁰.

Caso a MP 692 seja aprovada, o governo federal pretende arrecadar R\$ 1,8 bilhão em 2016 com as novas alíquotas do IR sobre ganho de capital³⁵¹. No entanto, como o Imposto de Renda é regido pela anterioridade tributária (sendo exceção apenas à anterioridade nonagesimal, conforme art. 150, § 1º da CF), mesmo que a Medida Provisória em questão seja aprovada, as novas alíquotas somente poderão vigorar a partir do primeiro dia do exercício seguinte (*in casu*, 2016).

³⁴⁹ Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nº 118/2000 e 84/2001.

³⁵⁰ 15% para ganhos de até R\$ 1 milhão, 20% para ganhos entre R\$ 1 milhão e R\$ 5 milhões, 25% para ganhos entre R\$ 5 milhões e R\$ 20 milhões e 30% para ganhos acima de R\$ 20 milhões (art. 21, Lei nº 8.981/95).

³⁵¹ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4223734/governo-vai-aumentar-ir-sobre-o-ganho-de-capital-das-pessoas-fisicas>>. Acesso em 13 jul. 2015.

Outro ponto importante é que, de acordo com o art. 62, § 2º da Constituição da República, medidas provisórias que versem sobre instituição ou majoração de impostos somente produzirão efeitos no exercício financeiro seguinte se tiverem sido convertidas em lei até o último dia daquele em que foram editadas. Assim, as novas alíquotas do IR sobre ganho de capital somente poderão ser efetivamente praticadas se a MP 692 tiver sido convertida em lei até 31 de dezembro de 2015. No presente caso, porém, este limite não se mostra tão decisivo, visto que, como as medidas provisórias somente podem vigorar por, no máximo 120 (cento e vinte) dias e a MP 692 foi editada em 22/09/2015, seus efeitos cessariam antes mesmo de 31 de dezembro de 2015 em caso de não conversão de lei.

O aumento do IR sobre ganho de capital pretende atingir sujeitos passivos que expressem maior capacidade contributiva, isto é, externem maiores signos de riqueza, na medida em que o tributo incide sobre acréscimo patrimonial e as novas alíquotas trazem progressividade relacionada ao montante do acréscimo. Nesse sentido, a ação parece ir ao encontro do art. 145, § 1º da Constituição, segundo o qual *“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”*.

Em âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei nº 7.174/2015, promoveu o aumento da alíquota do ITD (ou ITCMD – Imposto sobre Transmissões Causa Mortis e Doações) de 4% para 4,5%, no caso de transmissão de bens e direitos cujo valor não exceda 400.000 UFIR-RJ³⁵² e 5%, no caso de transmissões que superem este patamar - ainda dentro, portanto, da alíquota máxima de 8% fixada pela Resolução Senado nº 9/1992, que regulamenta o art. 155, § 1º, IV da Constituição da República.

Ainda que o aumento da tributação sobre o setor produtivo possa gerar queda no consumo e, conseqüentemente, desemprego, o remédio amargo pode se mostrar necessário em situações de elevado déficit orçamentário, em que os gastos públicos permaneçam maiores do que as receitas mesmo após a realização de uma série de ajustes no orçamento. A título ilustrativo, embora as recomendações da União Europeia sejam de que o déficit público não supere 3% do PIB do Estado-Membro, a Grécia registrou um saldo negativo de 13,9% do PIB em suas contas no ano de 2009³⁵³. Em contextos como esse, o aumento de impostos pode, apesar de sua impopularidade, de fato se mostrar uma necessidade pública.

Além disso, as propostas de instituição do IGF (sobretudo aquela trazida por Jules

³⁵² A título ilustrativo, no exercício de 2015, o valor da UFIR-RJ fora fixado em R\$ 2,7119 (dois reais e sete mil cento e dezenove décimos de milésimos), conforme Resolução SEFAZ/RJ n.º 824, de 19 de dezembro de 2014.

³⁵³ LIN, Carol Yeh-Yun; EDVINSSON, Leif; CHEN, Jeffrey; BEDING, Tord *National Intellectual Capital and the Financial Crisis in Greece, Italy, Portugal and Spain*. New York: Springer, 2014.

Queiroz³⁵⁴, que defende a incidência do imposto em operações de transmissão de propriedade (*inter vivos* e *causa mortis*), o aumento do IR sobre ganho de capital e o aumento do ITD no Estado do Rio de Janeiro encontram-se em sintonia com as propostas trazidas por Thomas Piketty no sucesso de vendas *O Capital no Século XXI*³⁵⁵, que analisa o crescimento vertiginoso da desigualdade social a partir da década de 1980, seus efeitos econômicos e sociais e ferramentas que o sistema tributário pode oferecer para combater essa desigualdade.

Piketty destaca que, no mundo atual, a desigualdade atingiu níveis tão alarmantes que o milésimo (0,1%) mais rico da população detém 20% do patrimônio mundial, o centésimo (1%) superior, perto de 50% e o décimo (10%) superior, entre 80 a 90%; enquanto a metade (50%) inferior possui menos de 5% da riqueza global³⁵⁶. Ricardo Lodi Ribeiro³⁵⁷, baseando-se em estudos de Richard Wilkinson e Kate Pickett³⁵⁸, aponta que este cenário traz uma série de consequências negativas para a sociedade que vão além da economia, influenciando aspectos da comunidade que vão desde a vida comunitária, a saúde física e mental, o consumo de drogas e a expectativa de vida, até a obesidade, o desempenho educacional, a violência urbana, o grau de encarceramento e a maternidade na adolescência.

Visando à redução desses efeitos nocivos, Piketty³⁵⁹ apresenta as seguintes propostas no âmbito do sistema de tributação para reduzir as desigualdades econômicas: (i) adoção de uma base tributária que confira mais peso à tributação da renda, das heranças e do patrimônio, em relação aos salários e o consumo; (ii) tributação progressiva da renda e das heranças; (iii) a adoção da tributação mundial sobre os capitais (grandes fortunas); e (iv) combate à concorrência tributária internacional pela adoção da transparência fiscal.

O aumento da tributação sobre renda, patrimônio e herança visa assegurar que a parcela economicamente mais favorecida da população seja aquela mais sujeita à tributação, de modo a garantir maior redistribuição de renda, o que não ocorre quando a ênfase é

³⁵⁴ QUEIROZ, Jules. *Op. Cit.*

³⁵⁵ PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

³⁵⁶ PIKETTY. *O Capital no Século XXI*, p. 427. Algumas das causas que o autor apresenta para este fenômeno seriam a redução da progressividade tributária a partir dos anos 1980 e o favorecimento de comportamentos rentistas pelas reformas promovidas por governos de matriz dita *neoliberal* a partir desse período (*Op. Cit.* p. 486 e 555).

³⁵⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3 (2015).

³⁵⁸ WILKINSON, Richard e PICKETT, Kate. *O Espírito da Igualdade – Por que Razão as Sociedade Mais Igualitárias Funcionam Quase Sempre Melhor*. Trad. Alberto Gomes. Lisboa: Editorial Presença, 2010, p. 283-285. APUD RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3 (2015).

³⁵⁹ PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014 APUD RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3 (2015).

direcionada para a tributação sobre o consumo. Isso porque a tributação sobre o consumo, ao recair igualmente sobre os bens e serviços adquiridos, acaba por, proporcionalmente, trazer maior ônus justamente sobre os mais pobres, que pagam, a título de impostos, percentuais mais elevados de sua renda. Nesse sentido, Piketty e Lodi sustentam que, ao investir em tributação sobre renda, patrimônio e herança, em detrimento da tributação sobre o consumo, o fisco estaria promovendo uma redistribuição de renda e, assim, uma redução das desigualdades³⁶⁰.

Como visto, a proposta de regulamentação do IGF para que incida sobre operações de transferência de propriedade (embora não leve em consideração o alerta feito próprio Piketty de que a tributação de grandes fortunas em um determinado país sem que haja uma legislação global uniforme sobre o tema pode acarretar tão somente a transferência daquela fortuna para outro país onde não exista tal taxaço) e o já implementado aumento do Imposto de Renda sobre ganho de capital vão ao encontro dessa ideia, na medida em que privilegiam a taxaço da renda, do patrimônio e das heranças, possibilitando uma maior redistribuição de riquezas. O aumento do ITD, embora também esteja em consonância com as ideias defendidas por Piketty, ainda se mostra muito aquém das alíquotas praticadas em outros países para a tributação de heranças – a título de exemplo, na Inglaterra, a tributação de heranças chega a 40% do valor dos bens e direitos; na França, a alíquota é de 32,5% e, no Japão, de 30%³⁶¹.

As mudanças, porém, são bastante pontuais e não suprem a necessidade de discussão de uma reforma de todo o sistema tributário brasileiro, de modo a torná-lo mais justo (na linha de Piketty, baseado na progressividade e na tributação maior sobre renda, patrimônio e herança³⁶²), simplificado, racionalizado e transparente³⁶³.

³⁶⁰ Em sentido oposto, economistas mais liberais defendem que a tributação sobre o consumo deve ser preferida à tributação sobre renda, uma vez que permitiria uma maior neutralidade do sistema tributário (já que, numericamente, a mesma alíquota atingiria a todos indiscriminadamente), além de incentivar a poupança, gerando, assim, uma externalidade positiva. Por todos, KALDOR, Nicholas. *An Expenditure Tax*. Aldershot: Gregg Revivals, 1993, p. 53. Já corroborando o entendimento aqui manifestado, temos o pensamento de Ronald Dworkin, que destaca que a tributação da renda é preferível em relação à taxaço do consumo, na medida em que atenua as diferenças surgidas a partir da *loteria de talentos* e promove de forma mais eficiente a liberdade de cada um definir seu projeto pessoal de *vida boa* (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – A teoria e a prática da igualdade*, p. 116.).

³⁶¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 14.

³⁶² No mesmo sentido, Ricardo Lodi Ribeiro: “Nesse cenário, é preciso discutir no Brasil as seguintes medidas, ensejadoras de uma verdadeira reforma tributária igualitária: a) tributação progressiva de todos os rendimentos da pessoa física, ficando a tributação dos lucros das empresas como mera antecipação da primeira; b) ampliação do número de alíquotas da tabela do imposto de renda das pessoas físicas, de modo a tributar efetivamente os mais ricos, e elevação dos limites das faixas mais baixas, a fim de preservar a renda dos assalariados; c) aumento das alíquotas e estabelecimento da progressividade da tributação sobre heranças e doações; d) instituição do imposto sobre grandes fortunas, considerando o patrimônio todo do contribuinte, inclusive as dívidas, e desonerando a tributação sobre o patrimônio imobiliário urbano e rural, que passaria a ter função meramente extrafiscal, sendo as perdas municipais compensadas pelo incremento do fundo de

Para além da questão relativa à justiça fiscal, o aumento de impostos como medida anticrise econômica não é exclusividade brasileira. Ao longo da crise de 2007-2010, os países mais afetados da Europa, como Portugal³⁶⁴ e Grécia³⁶⁵, promoveram aumentos no Imposto sobre Valor Agregado – IVA, que incide sobre operações de circulação de mercadorias, produtos industrializados e prestações de serviços, absorvendo tributos como o ICMS, o ISS, o IPI, o PIS e a COFINS.

Além disso, Portugal, na Lei Orçamentária de 2013, o alterou a sistemática do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares – IRS, o Imposto de Renda das Pessoas Físicas português, para: (i) reduzir o número de alíquotas existentes de acordo com cada faixa salarial de 08 para 05 alíquotas, diminuindo a progressividade do tributo; (ii) estabelecer um limite geral para despesas dedutíveis do IRS, como saúde e educação, salvo para os contribuintes que recebam até 7.000€ por ano³⁶⁶; (iii) prever uma alíquota única de 28% para o IRS incidente sobre rendimentos de capital; (iv) criar uma Contribuição Extraordinária de Solidariedade - CES incidente de aposentadorias, pensões e prestações de seguro-desemprego e auxílio-doença, variando entre 3,5% a 40% no caso de aposentadorias e pensões e no valor de 5% no caso de doença e 6% para desemprego³⁶⁷; (v) estabelecer uma sobretaxa de 3,5%

participação dos municípios em relação ao imposto de renda dos mais ricos; e) alívio na carga fiscal sobre o consumo, especialmente na tributação federal pelo IPI, PIS e COFINS, até o limite do aumento das receitas advindas da tributação da renda e do patrimônio dos mais ricos; f) incremento das políticas de transparência fiscal, de combate à evasão e à elusão, da flexibilização do sigilo bancário e da imunização dos efeitos dos paraísos fiscais”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 35-36).

³⁶³ “No âmbito da tributação, a transparência fiscal se dirige contra o planejamento fiscal praticado com abuso de direito, e o combate por meio de cláusulas antielisivas que procuram afastar estratégias destinados a evitar ou minorar a tributação por meio da criação de estruturas societárias opacas, sem atividade operacional, destinadas viabilizar a transferência, por meio de operações artificiais, de todo o lucro auferido em determinado país para outro de tributação favorecida”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 31).

³⁶⁴ Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Economia/Interior.aspx?content_id=2265028>. Acesso em 13 jul. 2015.

³⁶⁵ Disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/especiais/grecia2015/2015-07-09-Grecia-propoe-aumento-do-IVA-e-mudancas-nas-pensoes-e-na-Funcao-Publica>>. Acesso em 12 jul. 2015.

³⁶⁶ No escalão de rendimento coletável até €7000 (correspondente aos anteriores dois primeiros escalões, cujo limite superior era €7410), continuam a admitir-se deduções “sem limite”;

— No escalão de mais de €7000 até €20000, o limite é de €1250 (idêntico ao que vigorava para o anterior escalão de mais de €7410 até €18 375);

— No escalão de mais de €20 000 até €40 000, o limite foi reduzido para € 1000 (no anterior escalão de mais de €18 375 até €42 259, o limite era de €1 200);

— No escalão de mais de €40 000 até €80 000, o limite foi estabelecido em €500 (quando anteriormente o escalão entre €42 259 até €61 244 tinha um limite de €1 150; e o escalão entre €61 244 até €66 045 tinha um limite de €1 100);

— No último escalão, superior a €80 000, não há lugar a deduções (no regime anterior a inexistência de deduções começava no escalão de mais de €66 045).

Nos termos do n.º 8 do artigo 78.º, estes limites continuam a ser majorados em 10% por cada dependente ou afilhado civil que não seja sujeito passivo de IRS nos escalões com rendimento coletável entre €7 000 e €80 000 (anteriormente, esta majoração abrangia rendimentos coletáveis entre €7 410 e €66 045).

³⁶⁷ Nas palavras de Carlos Ameyrich Cano, “A diferença dos gravames específicos sobre pensões que com este

incidente sobre o IRS de todos os contribuintes cujo salário exceder o salário-mínimo nacional, a qual recai apenas sobre este excedente.

As medidas foram impugnadas perante o Tribunal Constitucional Português, que considerou apenas a sobretaxa do auxílio-doença e do seguro-desemprego inconstitucional, chancelando as demais medidas no Acórdão nº 187/2013. Entendeu a Suprema Corte Portuguesa, em decisão majoritária, que as medidas em geral não violariam a progressividade do IRS, a capacidade contributiva, a proteção à confiança legítima, a igualdade e a proporcionalidade, encontrando-se dentro da margem de conformação e efetivação de preceitos constitucionais conferida ao legislador³⁶⁸.

Ao revés, quando à sobretaxa das prestações de desemprego e doença, considerou o Tribunal que a medida reduziria os benefícios para aquém do mínimo existencial (entendido pela Corte como o valor do salário-mínimo nacional), o qual deve ser preservado mesmo em

mesmo nome introduzira a LOE 2011 e mantivera a LOE 2012, esta nova CES alarga o universo de pensões atingidas - todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas, a qualquer título, a aposentados, pensionistas, reformados, pré-aposentados ou equiparados - e rebaixa o limiar de aplicação - a partir de 1350€/mês. A nova CES integra-se, em realidade, por **dois** gravames diferenciáveis, regulados respectivamente nas alíneas 1 e 2 do art. 78 LOE 2013: por um lado uma taxa progressiva do 3,5% entre 1350 e 1800€, do 16% sobre o remanente até 3750€, do 10% sobre a totalidade das pensões superiores a 3750€ e, em segundo lugar, taxas do 15% - para as pensões cujo importe esteja compreendido entre os 5030 e os 7545,96€ mensais - e do 40% para as de importe superior ao indicado, que se aplicam cumulativamente à primeira” (AMEYRICH CANO, Carlos. *O controlo judicial das políticas de austeridade*. A propósito do Acórdão 187/2013, de 5 de Abril, do Tribunal Constitucional português. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/4333>>. Acesso em 13 jul. 2015).

³⁶⁸ Outra é, porém, a conclusão a que chega o tribunal depois de delongadas considerações acerca da progressividade. Sendo esta um conceito jurídico indeterminado que admite graus muito diversos de concretização, o TCP conclui que “no caso em apreço, as alterações operadas pela Lei do Orçamento não são reconduzíveis a uma situação de mera proporcionalidade ou sequer de progressão mínima. O sistema continua a revelar suficiente sensibilidade à diferença de níveis de rendimento para se poder concluir que a fração livre de imposto é proporcionalmente mais elevada para os rendimentos mais baixos, com um assinalável grau de progressão”. E embora a redução de escalões possa responder a uma certa diminuição (*sic*) da progressividade, esta não é, em si própria, inconstitucional “pois, ainda que o grau de progressividade tenha sido reduzido (*sic*), essa redução situa-se na margem de livre conformação da política fiscal

(...)

A LOE 2013 estabelece um teto global máximo para as deduções à quota tributária por gastos de saúde, educação, pensões de alimentos, cargas familiares e equipamentos novos de energias renováveis, salvo para os contribuintes (*sic*) do primeiro escalão - até 7000€ - e com um tratamento específico para pessoas com incapacidade (*sic*) e famílias, segundo qual for o seu número de filhos.

Embora os recorrentes estimem que esta medida contraria o princípio de capacidade contributiva, como no caso anterior, o TCP acaba por concluir que estas modificações no regime do IRS englobam-se dentro da —margem de liberdade de conformação do legislador

(...)

Acerca da alegada infração do mandado constitucional de progressividade, e ainda constituindo a medida em causa uma taxa fixa, para o TCP “a consideração conjunta da sobretaxa e do IRS e do seu efeito agregado sobre a esfera patrimonial dos contribuintes, mantém, na globalidade do sistema, um suficiente índice de progressividade”. De este modo, aplicando o critério já empregado com relação à redução de **escalóns**, a sentença resolve que a sobretaxa - **introducida** para compensar a reintrodução do subsídio de Natal que fora suspenso em 2012 - “está ainda dentro da margem de liberdade do legislador fiscal, pois não se mostra manifestamente ofensiva da progressividade constitucionalmente exigida”. Sublinha-se, em qualquer caso e com as consequências já apontadas, que se trata de um remédio de ‘natureza excepcional’ e transitória, destinada a dar resposta a necessidades de **finanzas** públicas extraordinárias”. (AMEYRICH CANO, Carlos. *Op. Cit.*)

situações de crise econômica. Vejamos o seguinte trecho do voto condutor no Acórdão nº 187/2013:

Embora não possa pôr-se em dúvida a reversibilidade dos direitos concretos e das expectativas subjetivamente alicerçadas, **não pode deixar de reconhecer-se que haverá sempre de ressalvar, ainda que em situação de emergência econômica, o núcleo essencial da existência mínima já efetivado pela legislação geral que regula o direito às prestações nas eventualidades de doença ou desemprego, pelo que poderá estar, também, aqui em causa o parâmetro constitucional da existência condigna** (grifou-se)

Nesse sentido, embora lícito o aumento de impostos em períodos de emergência econômica, além da observância da Constituição Tributária, é limitado pelo mínimo existencial, não podendo avançar para além do que pode ser suportado pelos contribuintes sem comprometer sua existência digna.

7.3. Criação e aumento de contribuições

As contribuições, por sua vez, são espécies tributárias cujas receitas são vinculadas a alguma finalidade específica, como o custeio do sistema previdenciário ponto em que se diferenciam dos impostos, os quais não possuem essa vinculação³⁶⁹. A criação de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas é privativa da União (art. 149, CF), cabendo aos Municípios e ao Distrito Federal apenas a instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública (art. 149-A).

Durante o ano de 2015, o governo federal brasileiro promoveu dois aumentos consideráveis nas contribuições já existentes: a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL incidente sobre instituições financeiras e o PIS e a COFINS incidentes sobre operações de importação.

A CSLL é destinada ao financiamento da seguridade social e tinha uma alíquota única

³⁶⁹ Excetuada a disposição do art. 167, IV da Constituição:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

de 9% sobre o resultado do exercício, antes da provisão para o Imposto de Renda. aumento da CSLL foi efetivado por meio da Medida Provisória nº 675, de 21 de maio de 2015, convertida na Lei nº 13.169, de 06 de outubro de 2015, que aumenta a alíquota do tributo para: (i) 20%, no período compreendido entre 1º de setembro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das instituições financeiras e bancárias; e (ii) 17% (dezesete por cento), no período compreendido entre 1o de outubro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1o de janeiro de 2019, no caso das cooperativas de crédito.

O PIS-Importação e a COFINS-Importação são igualmente destinados à seguridade social e incidem sobre a importação de bens e serviços provenientes do exterior e a remessa de valores para o exterior. Esses tributos são regulados pela Lei nº 10.865/2004, cuja redação originária previa uma alíquota de 1,65% do valor aduaneiro do bem ou serviço importado ou o valor enviado para o estrangeiro para o PIS e 7,6% para a COFINS.

O aumento recaiu apenas sobre as operações de importação, mantendo-se as alíquotas anteriormente vigentes para as operações de remessa de valores para o exterior e foi efetivado por meio da Medida Provisória nº 668, de 30 de janeiro de 2015, convertida na Lei nº 13.137, de 19 de junho de 2015, que alterou a Lei nº 10.865/2004 para, no caso de importações, as alíquotas de 2,1% do valor aduaneiro do bem ou serviço para o PIS e 9,65% para a COFINS.

A nova legislação majora, ainda, as alíquotas diferenciadas estabelecidas pela Lei nº 10.865/2004 para produtos farmacêuticos, perfumaria, máquinas e veículos, autopeças e pneus. No caso de produtos farmacêuticos, por exemplo, as alíquotas passaram de 2,1% para 2,76% o PIS e 9,9% para 10,03% a COFINS. Já no caso de produtos de perfumaria, as alíquotas do PIS foram aumentadas de 2,2% para 3,52%, enquanto as da COFINS passaram de 10,3% para 16,48%.

Cabe ressaltar que as contribuições também se submetem ao princípio da anterioridade, de modo que as novas alíquotas estabelecidas para a CSLL e o PIS/COFINS-Importação - mais gravosas do que as anteriores - somente poderão ser praticadas a partir do exercício financeiro de 2016.

Além da majoração de contribuições já existentes, o governo federal pretende, também, recriar a Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras - CPMF, que já existira no ordenamento pátrio entre 1996 e 2007 e tinha como finalidade o custeio da saúde, com receitas vinculadas ao Fundo Nacional de Saúde. Sua alíquota inicialmente era de 0,25% do valor da operação, passando para 0,38% em 1999 (arts. 74, § 1º e 75, § 1º do ADCT).

A antiga CPMF fora criada pela Emenda Constitucional nº 12, que incluiu o art. 74 no

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o objetivo de substituir o antigo IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentações Financeiras), instituído pela Lei Complementar nº 77/93 e declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI nº 926-MC (Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926).

A inconstitucionalidade do IPMF, criado com base na competência residual da União para instituir impostos, deveu-se ao fato de o imposto em questão ter a mesma base de cálculo que o IOF, contrariando o disposto no art. 154, I da CF. O vício foi sanado com a criação da CPMF, na medida em que não há vedação constitucional à incidência cumulativa de impostos e contribuições, que podem ter a mesma base de cálculo - tal qual ocorre com o Imposto de Renda e a CSLL e com o Imposto de Importação e o PIS/COFINS-Importações, por exemplo.

Mesmo após sucessivas prorrogações, a CPMF foi extinta em 2007, quando a União não obteve quórum suficiente no Senado Federal para aprovar a Proposta de Emenda à Constituição que promoveria uma nova prorrogação do tributo³⁷⁰. Em 2015, o governo federal lançou projetos de recriação do tributo, como tentativa de reduzir o déficit orçamentário do país.

Em setembro de 2015, dias antes do envio da PEC nº 140/2015, que trata da recriação da CPMF, ao Congresso, a Presidente da República se reuniu com Governadores da base aliada³⁷¹, que propuseram uma alíquota mais elevada para o tributo, com partilha entre União, Estados e Municípios. Pela proposta apresentada pelos Governadores, a CPMF teria uma alíquota de 0,38% (a mesma da primeira cobrança do tributo) - sendo 0,20% destinados à União, 0,9% aos Estados e 0,9% aos Municípios -, com vinculação ao regime próprio de previdência de cada ente.

A sugestão, no entanto, não foi incorporada à redação da PEC apresentada ao Congresso Nacional, que prevê uma reinstituição do tributo até 31 de dezembro de 2019, porém com uma alíquota de 0,20% e com vinculação de suas receitas à previdência social - e não à saúde, como na sistemática anterior.

A PEC ainda se encontra em tramitação no Congresso Nacional, com a última movimentação datada de 01/12/2015³⁷², não sendo possível afirmar se a Presidente Dilma Rousseff conseguirá, em meio à crise política que vive o país e à sua baixa popularidade, obter o apoio necessário à formação do quórum qualificado de 3/5 de cada Casa Legislativa,

³⁷⁰ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/cobranca-da-cpmf-acabou-em-2007-mas-arrecadacao-continua-14511610>>. Acesso em 15 jul. 2015.

³⁷¹ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/cpmf-anunciada-pelo-governo-podera-ser-maior-para-atender-estados-17490992>>. Acesso em 15 jul. 2015.

³⁷² Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1738618>>. Acesso em 09 jan. 2016.

com votação em dois turnos, exigido para aprovação de Emendas à Constituição (art. 60, § 2º, CF). Também ainda não é possível afirmar se a proposta hoje em tramitação será substituída por outra que atenda aos pedidos de repartição das receitas do tributo com os demais entes; não obstante, o fato de o Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2016 ter sido aprovado, em 17 de dezembro de 2015, levando em conta as receitas que serão arrecadadas com a recriação da CPMF (caso efetivamente reinstituída) pode ser considerado um importante indício de que a PEC nº 140/2015 tende a ser aprovada no Congresso³⁷³.

7.4. Conclusões parciais

A partir da análise levada a efeito ao longo deste capítulo, podemos verificar que, em momentos de crise econômica que demandem a adoção de medidas de austeridade - juízo feito de acordo com critérios dos sistemas econômico e político, e não do sistema jurídico - reformas tributárias podem se mostrar necessárias para assegurar a saúde das contas públicas, sobretudo nos momentos em que a crise levar a uma queda tão substancial na arrecadação que comprometa o equilíbrio fiscal.

No Brasil especificamente, para além do aumento da arrecadação, uma reforma tributária traria uma série de vantagens para o sistema fiscal brasileiro, tornando-o mais justo (na linha de Piketty, baseado na progressividade e na tributação maior sobre renda, patrimônio e herança³⁷⁴), simplificado, racionalizado e transparente³⁷⁵. A crise econômica que o país atualmente atravessa, nesse sentido, poderia representar uma excelente oportunidade para

³⁷³ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/12/congresso-aprova-orcamento-de-2016-com-meta-de-superavit-de-05.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁷⁴ No mesmo sentido, Ricardo Lodi Ribeiro: “Nesse cenário, é preciso discutir no Brasil as seguintes medidas, ensejadoras de uma verdadeira reforma tributária igualitária: a) tributação progressiva de todos os rendimentos da pessoa física, ficando a tributação dos lucros das empresas como mera antecipação da primeira; b) ampliação do número de alíquotas da tabela do imposto de renda das pessoas físicas, de modo a tributar efetivamente os mais ricos, e elevação dos limites das faixas mais baixas, a fim de preservar a renda dos assalariados; c) aumento das alíquotas e estabelecimento da progressividade da tributação sobre heranças e doações; d) instituição do imposto sobre grandes fortunas, considerando o patrimônio todo do contribuinte, inclusive as dívidas, e desonerando a tributação sobre o patrimônio imobiliário urbano e rural, que passaria a ter função meramente extrafiscal, sendo as perdas municipais compensadas pelo incremento do fundo de participação dos municípios em relação ao imposto de renda dos mais ricos; e) alívio na carga fiscal sobre o consumo, especialmente na tributação federal pelo IPI, PIS e COFINS, até o limite do aumento das receitas advindas da tributação da renda e do patrimônio dos mais ricos; f) incremento das políticas de transparência fiscal, de combate à evasão e à elusão, da flexibilização do sigilo bancário e da imunização dos efeitos dos paraísos fiscais”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 35-36).

³⁷⁵ “No âmbito da tributação, a transparência fiscal se dirige contra o planejamento fiscal praticado com abuso de direito, e o combate por meio de cláusulas antielisivas que procuram afastar estratégias destinados a evitar ou minorar a tributação por meio da criação de estruturas societárias opacas, sem atividade operacional, destinadas a viabilizar a transferência, por meio de operações artificiais, de todo o lucro auferido em determinado país para outro de tributação favorecida”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 31).

rediscutir e aprimorar o sistema tributário vigente.

O principal desafio em relação às reformas tributárias, no entanto, não é jurídico, mas, sim, político. O ordenamento jurídico traz uma série de mecanismos que permitem a criação e a majoração de tributos, como visto ao longo deste capítulo; a dificuldade maior reside na obtenção de apoio político e popular para levar a cabo esse aumento da carga tributária, sobretudo se levado em consideração o fato de que, em relação à qualidade dos serviços públicos usualmente prestados no Brasil, essa carga já é demasiadamente elevada. Aliás, em rankings de comparação entre a qualidade das utilidades públicas e os tributos suportados pela população, é frequente que o Brasil apareça na última posição³⁷⁶.

Além da questão política, tem-se, ainda, o debate sobre a necessidade do aumento de tributos e a possível existência de mecanismos menos gravosos para se equilibrar as contas públicas. Como destaca Leonardo Coelho Ribeiro, países como Estados Unidos e México, por exemplo, optaram por promover reformas em seu arcabouço regulatório, removendo entraves burocráticos obsoletos e/ou despiciendos que representarão economias bastante sensíveis aos cofres públicos: no caso norte-americano, de USD 100 bilhões entre 2012 e 2017 e, no caso mexicano, de 1,2% do PIB no ano de 2009³⁷⁷.

Superando-se, contudo, os entraves metajurídicos ao aumento de tributos, vimos que, do ponto de vista estritamente jurídico, a medida via de regra deverá ser implementada por meio de lei em sentido estrito, já que a instituição e a majoração de tributos se submetem ao princípio da legalidade tributária, salvo no caso daquelas exações que a própria Constituição coloca como exceções à legalidade, a exemplo da fixação das alíquotas do Imposto de Importação, do IOF e do IPI.

Ao longo do ano de 2015, o governo federal brasileiro se valeu da possibilidade garantida pelo próprio texto constitucional para majorar tributos como a CIDE-Combustíveis, espécie de contribuição parafiscal que incide sobre operações que envolvam combustíveis derivados do petróleo e o IOF sobre mútuos e financiamentos. Por outro lado, não parece haver mobilização do governo para aprovação de projetos de lei que propõem a criação do Imposto Sobre Grandes Fortunas - previsto na Constituição, mas nunca efetivamente implementado.

³⁷⁶ Disponível em:

<<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/787/ESTUDOFINALSOBREARGATRIBUTARIAPIBXIDHIRBESMARCO2013.pdf>>. Acesso em 09 jan 2016.

³⁷⁷ Disponível em: <<http://jota.info/deficit-publico-e-revisao-do-estoque-regulatorio>>. Acesso em 09 jan. 2016.

8. REFORMAS NA SEGURIDADE SOCIAL

8.1. Considerações iniciais

O século XX assistiu a uma verdadeira revolução nos costumes sociais, na indústria alimentícia e na medicina, que permitiram alimentar bilhões de pessoas e salvar milhões de vidas todos os anos. Como resultado dessas inovações, a expectativa de vida de uma pessoa ao nascer aumentou radicalmente ao longo do último século: se, em 1900, a expectativa de vida média europeia girava em torno dos 40 anos, enquanto, em 2000, em diversos países europeus essa média já havia alcançado os 80 anos³⁷⁸. No Brasil, o último estudo oficial, divulgado em 2014, concluiu que a expectativa de vida média no país, em 2013, era de 74,9 anos³⁷⁹.

Por outro lado, desde o final do século XX, as taxas de fecundidade (isto é, o número de filhos por mulher) encontram-se em diminuição, o que pode ser explicado, dentre outros fatores, devido à maior urbanização das sociedades contemporâneas, ao aumento do acesso aos métodos contraceptivos, à consolidação da mulher no mercado de trabalho e à emergência de novos modelos de família. Atualmente na Europa, a taxa de fecundidade média é de 1,35 filho por mulher³⁸⁰, ao passo que no Brasil, em 2010, este número estava em 1,9 filho por mulher³⁸¹, números considerados inferiores ao mínimo necessário para manter a população estável, que é de 2,1 filhos por mulher³⁸².

A queda acentuada nas taxas de fecundidade em todo o mundo, aliada ao aumento da expectativa de vida, deu vazão a um problema típico do século XXI: o envelhecimento da população. Este fato demanda uma rede de ajustes em toda a sociedade, desde adaptações da infraestrutura urbana para comportar o aumento da população na terceira idade até reformas estruturais na seguridade social, inicialmente estruturada ainda no século passado, a partir de uma realidade em que os aposentados viviam por muito menos tempo do que hoje e havia muito mais jovens para contribuir com a previdência e o pagamento dos benefícios previdenciários em curso.

³⁷⁸ Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/envelhecimento/especulacoes-sobre-a-longevidade/>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁷⁹ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/12/expectativa-de-vida-dos-brasileiros-sobre-para-74-9-anos-de-acordo-com-ibge>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸⁰ Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/portugal-entre-os-paises-da-ue-com-taxa-de-fecundidade-mais-baixa-1589199>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸¹ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/ibge-taxa-de-fecundidade-diminuiu-20-1-na-ultima-decada-2>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸² Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com/geografia/taxa-fecundidade.htm>>. Acesso em 09 jan. 2016.

A seguridade social, na forma do art. 194 da Constituição da República, se divide em saúde, previdência e assistência social, integrando o objeto do estudo ora proposto apenas as ações ligadas à previdência e à assistência tendo em vista as peculiaridades próprias que envolvem o direito à saúde.

A previdência abrange benefícios de caráter prestacional, que dependem de uma contraprestação do segurado para o sistema - no caso do Brasil, o recolhimento da contribuição previdenciária (CF/88, arts. 201 e 202). Já a assistência não possui essa veia retributiva, tendo como destinatários indivíduos carentes e/ou em situação de risco social, conforme art. 203 da CF/88.

Em relação à previdência, cabe notar que o número de pessoas em idade economicamente ativa, efetivamente trabalhando e contribuindo para a previdência é importante em regimes previdenciários de repartição simples (*pay-as-you-go*), em que o segurado contribui não para o seu próprio futuro benefício, mas para aqueles que estão em curso. Na repartição simples, quando o segurado se aposenta, quem custeia seu benefício são os atuais contribuintes da previdência, e não ele mesmo; os valores que ele próprio recolhe são utilizados para pagar as aposentadorias e pensões em curso à época do recolhimento.

Fica evidente, portanto, que a sustentabilidade do sistema de repartição simples depende diretamente da renovação da população economicamente ativa, de modo que sempre haja pessoas em atividade para contribuir com a previdência e custear os benefícios em curso no momento. Com a queda das taxas de fecundidade, o sistema de *pay-as-you-go* se torna cada vez mais insustentável, acumulando déficits cada vez maiores.

Diante desse cenário, mesmo fora de contextos de recessão econômica severa, diversos países promoveram reformas em seus sistemas previdenciários, como a Suécia e o Chile, que abandonaram a repartição simples e passaram a adotar o sistema de capitalização, no qual o segurado contribui para o seu próprio benefício, que será definido de acordo com as contribuições recolhidas em atividade e o rendimento delas à luz dos critérios de investimento definidos pela entidade gestora da previdência³⁸³.

8.2. Aumento da idade mínima para aposentadoria

No Brasil, muito embora ainda seja adotado o sistema de repartição simples, houve uma série de mudanças na previdência social com vistas a torná-la menos deficitária.

³⁸³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Impetus. 19ª edição. 2014.

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, aplicável aos trabalhadores da iniciativa privada, autônomos e empregados públicos, medidas importantes foram (i) o estabelecimento, pela Emenda Constitucional nº 20/1998, de idade mínima para aposentadorias integrais, de 65 anos para os homens e 60 para as mulheres; e (ii) a criação, pela mesma EC nº 20/98, do fator previdenciário, que visa desestimular aposentadorias precoces ao criar um redutor incidente sobre aposentadorias por tempo de contribuição, o qual levará em consideração a idade do segurado e a sua expectativa de vida.

Já no Regime Próprio da Previdência Social - RPPS, aplicável aos servidores públicos estatutários, a Emenda Constitucional nº 41/2003 acabou com a paridade e a integralidade dos benefícios, de modo que as aposentadorias e pensões concedidas a partir de sua vigência levarão em consideração a média dos 80% maiores salários de contribuição (e não mais o valor da última remuneração do segurado na ativa - ao que se denominava integralidade) e são reajustadas pela inflação (e não mais de acordo com os aumentos concedidos aos servidores da ativa - ao que se chamava paridade).

Saliente-se que todas essas novas regras em matéria previdenciária contêm regras de transição nos corpos das próprias emendas constitucionais que as veiculam, que têm por objetivo justamente proteger expectativas legítimas de segurados que já estavam contribuindo e esperavam obter determinado benefício. Além disso, a paridade e a integralidade ainda se aplicam às aposentadorias por invalidez permanente, como assentado na Emenda Constitucional nº 70/2012.

Em que pesem os esforços do legislador, as reformas levadas a cabo no Brasil ainda não foram suficientes para reduzir o déficit da previdência social, que, em 2014, somou R\$ 56,7 bilhões de reais, R\$ 7,5 bilhões acima da estimativa inicial do governo federal³⁸⁴. O atual cenário de ajuste fiscal e cortes no orçamento público talvez represente um convite para novas mudanças no regime previdenciário brasileiro.

Afinal, em momentos de crise econômica, as reformas previdenciárias podem se mostrar uma medida ainda mais salutar, na medida em que a manutenção dos regimes de previdência em geral significa um considerável déficit público anual, justamente em razão do aumento da expectativa de vida dos aposentados e da diminuição da população em idade economicamente ativa.

A crise de 2007-2010 trouxe alguns exemplos de reformas previdenciárias. Na Itália, mesmo sob fortes protestos populares, a idade de aposentadoria foi aumentada de 65 para 66

³⁸⁴ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3884288/deficit-da-previdencia-fica-r-75-bilhoes-acima-do-previsto-em-2014>>. Acesso em 09 jan. 2016.

anos em 2012, com novo aumento para 67 anos em 2022, para os homens, enquanto no caso das mulheres a idade passou de 60 a 62 anos, com aumentos graduais até atingir a idade mínima de 67 anos em 2022³⁸⁵. Já em Portugal a idade mínima para aposentadoria passou dos 65 para os 66 anos em 2013³⁸⁶ e, na Grécia, de 61,4 para 63,5 anos em 2010³⁸⁷.

O aumento da idade mínima para aposentadoria é uma importante medida anticrise, uma vez que impede a concessão de benefícios previdenciários para pessoas ainda jovens e com capacidade de produzir, o que onera excessivamente a previdência e acarreta o desequilíbrio atuarial do sistema, gerando déficits que precisam ser cobertos pelos recursos gerais do Tesouro - que se tornam ainda mais escassos em momentos de crise econômica.

Curiosamente, na contramão dos países da Europa Mediterrânea destinatários de pacotes de ajuda internacionais (*bailouts*), a Alemanha reduziu, em 2014, a idade mínima para aposentadoria de 67 para 63 anos³⁸⁸. No entanto, vale lembrar que a situação financeira do país se encontra muito mais equacionada do que a dos países resgatados durante a crise financeira de 2007-2010, que não afetou o Estado germânico com a mesma intensidade que os países do Mediterrâneo³⁸⁹.

Voltando ao Brasil, atualmente tramita no Congresso uma Proposta de Emenda à Constituição - PEC que pretende aumentar a idade para aposentadoria compulsória no serviço público de 70 (setenta) para 75 (setenta e cinco) anos, ampliando para todo o funcionalismo o aumento já anteriormente aprovado, pela Emenda Constitucional nº 88/2015, para ministros do Supremo Tribunal Federal, dos tribunais superiores e do TCU (art. 100 do ADCT).

O objetivo do aumento da idade para aposentadoria compulsória é permitir que o servidor que, mesmo já com idade mais avançada, deseje permanecer no serviço público, possa continuar na ativa, evitando, com isso, as despesas geradas pelo pagamento do benefício previdenciário que lhe seria devido e pela necessidade de convocação de novo servidor para desempenhar suas funções. Em contextos de crise, a medida pode ser importante para ajudar a diminuir o desequilíbrio atuarial do sistema previdenciário, bastante agravado nos últimos anos com o aumento da expectativa de vida da população.

³⁸⁵ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/italianos-protestam-contrareforma-na-previdencia>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸⁶ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/portugal-aprova-lei-para-aumentar-idade-de-aposentadoria>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸⁷ Disponível em: <<http://antigo.movimentonn.org/jornal/noticia/ocorneta/2251>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸⁸ Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/29/economia/1390989669_212441.html>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁸⁹ Para mais informações sobre os efeitos da crise de 2007-2010 sobre a Alemanha e as medidas adotadas no país para combatê-la, vide: LIN, Carol Yeh-Yun; EDVINSSON, Leif; CHEN, Jeffrey; BEDING, Tord *National Intellectual Capital and the Financial Crisis in France, Germany, Ireland and United Kingdom*. New York: Springer, 2014.

O aumento da idade para aposentadoria compulsória, no entanto, é polêmico, uma vez que, se de um lado é vai ao encontro do aumento da expectativa de vida da população e da contenção de gastos públicos (quando o servidor permanece na ativa, não há necessidade de realização de concurso público para pagar novo ativo ao mesmo tempo em que se custeia a aposentadoria do inativo), por outro, é inevitável a constatação de que o serviço público perde renovação de ideias e energia quando o quadro está envelhecido.

8.3. Redução de benefícios previdenciários

Especificamente em relação ao regime previdenciário dos servidores públicos, Itália e Portugal adotaram, em função da crise de 2007-2010, medidas de austeridade que criavam um novo tributo incidente apenas sobre aposentadorias e pensões de servidores públicos.

Em Portugal, a Lei de Orçamento de 2012 determinava (i) uma redução (por meio da incidência desse novo tributo) em 10% nos proventos de aposentadoria, pensão e invalidez não regidos pelo regime de convergência trazido pela Lei nº 60/2005 cujo valor bruto mensal fosse superior a 600 euros; bem como (ii) uma diminuição (pelo mesmo caminho de tributação) em 10% no valor global bruto das pensões por morte cujo valor bruto mensal fosse superior a 600 euros e que tenham sido fixadas de acordo com o Estatuto das Pensões de Sobrevivência, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73.

Já na Itália, esse tributo incidiria não só sobre proventos de inativos e pensionistas, mas também sobre vencimentos de servidores públicos ativos, e acarretaria a redução de (i) 5% dos rendimentos do trabalho dos funcionários das administrações públicas, incluindo do Poder Executivo, superiores a 90.000 euros brutos por ano, para parcela superior a esse valor até 150.000 euros; e (ii) 10% para a parcela do benefício superior a 150.000 euros por ano.

As medidas foram declaradas inconstitucionais pelas respectivas Supremas Cortes, em decisões cujas fundamentações são bastante parecidas. Em Portugal, a decisão foi proferida pelo Tribunal Constitucional Português por meio do Acórdão nº 862/2013 (Processo nº 1260/13, Plenário, Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro), enquanto, na Itália, a decisão foi veiculada pela Sentenza nº 223/2012 (Declaração incidental de inconstitucionalidade, Presidente Alfonso Quaranta, Relator Giuseppe Tesauro, DJ 08.1.2012).

Em ambos os casos, os argumentos aduzidos pela inconstitucionalidade das medidas foram: (i) princípios de regência do Imposto de Renda, principalmente o da unicidade, o da pessoalidade, o da progressividade, o da universalidade; (ii) o princípio da legalidade; (iii) os

princípios da segurança jurídica e da tutela da confiança, ao argumento de que a medida afetaria expectativas legítimas de continuidade de fruição de um direito social já constituído; (iv) o princípio da proporcionalidade, em especial, seu subprincípio da necessidade, por onerar demasiadamente os pensionistas.

Na fundamentação das decisões, as Cortes destacaram que a redução de vencimentos, aposentadorias e pensões foram medidas tomadas no contexto de severa emergência econômica e financeira em que os países se encontravam³⁹⁰. No mérito, afastou-se, inicialmente, a qualificação das medidas como imposto, enquadrando-as no âmbito dos tributos parafiscais (contribuição para a segurança social), e, como tal, não estariam condicionadas por princípios próprios dos impostos sobre a renda, como a unicidade, a capacidade contributiva, a progressividade e a universalidade. Por isso, entendeu-se que este não seria o fundamento para a invalidação das reduções de benefícios.

Por outro lado, afirmou-se que não há uma absoluta intangibilidade do direito à pensão; porém, entendeu-se que as alterações que pretenda o legislador levar a cabo têm de se fundar em motivos justificados – designadamente a sustentabilidade financeira do sistema – e não podem afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e da proteção da confiança. As Cortes ressaltaram, ainda, o argumento de que não podem sacrificar-se exclusivamente os direitos dos pensionistas do regime próprio em função das invocadas razões de consolidação orçamentária, já que é legítimo que os pensionistas de qualquer um dos dois regimes (próprio e geral) se considerem titulares de um direito à pensão com igual consistência jurídica.

O princípio da proteção à confiança legítima parece, de fato, se amoldar com bastante precisão à hipótese em análise, uma vez que, desde a sua origem no direito alemão, as primeiras decisões que reconheceram a existência desse princípio versavam exatamente sobre proteção de direitos de pensionistas. Posteriormente, o princípio foi ampliado para outros campos, inclusive sofrendo influência do direito comum europeu para que passasse a ser visto pela jurisprudência alemã de maneira mais restrita em litígios envolvendo grandes corporações, com paridade de armas e igual acesso à informação, reservando maior proteção justamente aos casos em que uma das partes se mostrar especialmente frágil - tal qual em

³⁹⁰ Nesse sentido, destaca-se, em Portugal, a Exposição de Motivos do Projeto de Lei Orçamentária de 2012 (grafia original): “No atual contexto de emergência económica e financeira do Estado, não há condições materiais para, por mais tempo, continuar a circunscrever o ónus da insustentabilidade financeira do sistema aos futuros beneficiários. Os beneficiários atuais e futuros deste sistema – que são os principais interessados na sua sustentabilidade financeira – devem, todos, sem exceção, na medida das suas possibilidades, participar nesse esforço, na certeza de que o que lhe vier a acontecer no futuro não deixará de a todos por igual afetar, inevitavelmente em maior medida do que os sacrifícios que agora são pedidos”.

demandas envolvendo direitos de pensionistas e aposentados³⁹¹.

Em suma, pode-se afirmar que as Cortes Italiana e Portuguesa entenderam que a redução e recálculo do montante das aposentadorias e pensões dos atuais beneficiários, com efeitos imediatos, é uma medida que viola os princípios constitucionais (i) da proporcionalidade e da isonomia, uma vez que atinge apenas determinado grupo de segurados – aqueles do regime próprio – sem paralelo com os demais aposentados e pensionistas do regime geral; e (ii) proteção à confiança legítima, ainda que não se possa falar em intangibilidade de pensões, na medida em que fere justas expectativas dos beneficiários de não ter os seus benefícios reduzidos.

Não obstante, vale destacar que, no Brasil, a Emenda Constitucional nº 41/2003, ao promover a Reforma Previdenciária, determinou, dentre outras medidas³⁹², a incidência de contribuição previdenciária sobre benefícios dessa natureza que ultrapassassem o teto fixado para o Regime Geral de Previdência Social (comumente chamado de “teto do INSS”). Muito embora a incidência da contribuição previdenciária faça com que, na prática, o valor líquido

³⁹¹ Outras modificações do direito administrativo alemão são, em maior ou menor escala, resultado de uma intervenção do direito comum europeu. Um exemplo de destaque é a reorientação das expectativas legítimas no que se refere aos pacotes de resgate a Estados-Nações. De acordo com a jurisprudência da Alcan, um ato administrativo que conceda ajuda a algum Estado-Nação em conflito com o art. 87 do TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia) deve ser anulado. Apesar das críticas severas de autores alemães a essa jurisprudência, a Lei Alemã seguiu a Corte Europeia de Justiça. Para que isso fosse possível, o Tribunal Alemão reinterpreto o § 48 do APA [*Administrative Procedure Act*, Lei de Processo Administrativo] de forma bastante extensiva. Essa reação da prática jurídica alemã pode ser considerada uma flexibilização do direito local alemão e o seu alinhamento com o direito europeu. Atualmente, a maioria dos doutrinadores aceita tal modificação ou até mesmo entende que a intervenção da Corte Europeia auxiliou o direito germânico a estabelecer um conceito mais diferenciado de expectativas legítimas. A partir dessa perspectiva, a solução dada pelo APA em 1976 for a muito focada em casos da década de 1950 que versavam sobre senhoras idosas em condições precárias, deixando de lado casos que tratassem de grandes companhias com amplo acesso à informação. Tradução livre do original: “*Other modifications of German administrative law are more or less completely a result of interventions by EU Law. One major example is the re-orientation of legitimate expectations in the field of State aids. According to the Alcan jurisprudence, an administrative act awarding national state aid in conflict with Art. 87 TFEU must generally be revoked. Notwithstanding the harsh criticism by some German commentators of this jurisprudence, the German Federal Administrative Law followed the ECJ. In order to do so, the German court reinterpreted the relevant provision in § 48 APA quite extensively. This reaction of the German legal practice may be taken as another of the flexibility of German administrative law and its ability to align itself to European Law developments. Today, most commentators accept this modification or even think that the ECJ intervention helped German administrative law to establish a more differentiated concept of legitimate expectations. From this perspective, the APA solution of 1976 was too focused on cases from the 1950s with old ladies in precarious circumstances thereby neglecting cases with legally well-informed big companies*”. SCHNEIDER, Jens-Peter. German Traditions in Administrative Law: obstacles to a common legal framework? In: RUFFERT, Mathias (org.). *Administrative Law in Europe: Between Common Principles and National Traditions*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013. p. 50-65.

³⁹² A principal delas foi o fim da integralidade e da paridade no Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, de modo que aposentadorias e pensões de servidores públicos deixaram de ser calculadas de acordo com o último vencimento recebido pelo segurado na ativa e atualizados nos mesmos moldes dos vencimentos dos servidores em atividade. A partir da entrada em vigor da EC 41/2003, os benefícios do RPPS passaram a ser calculados de acordo com a média das 80% maiores remunerações do segurado e atualizados pela inflação. Posteriormente, a EC 70/2012 reintroduziu a paridade e a integralidade para alguns segurados, principalmente nos casos de aposentadoria por invalidez.

do benefício recebido pelo segurado seja reduzido, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3105/DF³⁹³, declarou a constitucionalidade da EC 41/2003, apresentando como principais fundamentos para tanto o princípio da solidariedade e o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário.

No caso brasileiro, porém, há uma diferença em relação aos exemplos português e italiano - a qual talvez tenha sido determinante para o desfecho diverso: na Itália e em Portugal, os tributos criados sobre os proventos de servidores inativos e pensionistas ingressariam nas contas gerais do Estado, ao passo que, no Brasil, a incidência de contribuição previdenciária vincula as receitas arrecadadas ao custeio da própria Previdência, cujo déficit crescente é, de fato, bastante preocupante, e pode ter sensibilizado os ministros da nossa Suprema Corte no julgamento da ADI nº 3.105.

³⁹³ EMENTAS: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdenciária. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda. (STF, ADI 3.105/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso. DJ 18.08.2004).

8.4. Mudanças nos critérios de cálculo de aposentadorias

Na contramão das medidas em busca do equilíbrio atuarial do sistema de seguridade social, houve uma tentativa do Legislativo Brasileiro em 2015 de pôr fim ao “fator previdenciário”, método de cálculo de aposentadorias por tempo de contribuição que reduz o valor do benefício de acordo com a idade do segurado e a sua expectativa de vida, e criar uma regra alternativa, que permitisse aposentadoria integral quando a mulher completasse 85 anos de soma de idade com tempo de contribuição para a previdência e o homem, 95 anos (“regra 85/95”).

O projeto de lei foi vetado pela Presidente Dilma sob o argumento de que inviabilizaria a previdência, com o aumento dos gastos com previdência social em R\$ 3,2 trilhões até 2060. O argumento apresentado pela Presidente não é novo; na Espanha, por exemplo, em 2009, já se noticiam os riscos reais de falência do sistema previdenciário³⁹⁴. No presente momento, encontra-se de volta ao Congresso para apreciação do veto presidencial. Em nossa opinião, dada a seriedade da questão que envolve o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, a decisão do Legislativo deveria levar em conta mais do que disputas políticas com o Poder Executivo, decidindo-se com responsabilidade também em relação à sustentabilidade do sistema para as gerações futuras.

Em alternativa ao veto ao fim do fator previdenciário, a Presidente da República editou a Medida Provisória nº 676, de 17 de junho de 2015, convertida na Lei nº 13.183, de 04 de novembro de 2015, que cria uma regra alternativa ao fator previdenciário para aposentadorias por tempo de contribuição. Vale notar que o fator previdenciário não foi extinto; as normas trazidas pela nova legislação representam uma alternativa, cabendo ao segurado optar pela sistemática de aposentadoria que for de sua preferência.

A nova regra, além de reproduzir a regra 85/95, acresce ao cálculo dos benefícios por tempo de contribuição uma parcela variável de acordo com a expectativa de vida do segurado. Além disso, a partir de 31 de dezembro de 2018, a fórmula 85/95 sofrerá o acréscimo de um ponto a cada dois anos até 31 de dezembro de 2026, quando a soma para as mulheres passará a ser de 90 pontos e, para os homens, de 100 pontos. O tempo mínimo de contribuição permanece de 30 anos para as mulheres e de 35 anos para os homens.

Durante a tramitação da MP 676/2015, foi inserida uma emenda parlamentar que

³⁹⁴ Disponível em: <http://elpais.com/diario/2009/11/02/sociedad/1257116401_850215.html>. Acesso em 09 jan. 2016.

permitiria a “desaposentação” do segurado, isto é, o recálculo do valor da aposentadoria do beneficiário que tenha se aposentado por tempo de serviço, mas permaneceu trabalhando e recolhendo a contribuição previdenciária.

No entanto, o dispositivo (art. 96, III) foi vetado pela Presidente Dilma Rousseff, sob o argumento de que *“as alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada “desaposentação”, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1o, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991”*³⁹⁵. Sob o aspecto financeiro, a “desaposentação” custaria R\$ 70 milhões à Previdência Social nos próximos 20 anos³⁹⁶.

Não obstante o veto presidencial e a ausência de previsão legal expressa, a “desaposentação” vem sendo aceita de forma pacífica pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujas decisões dispensam, inclusive, o segurado de restituir aos cofres públicos os valores recebidos a título de aposentadoria por tempo de contribuição antes do recálculo do benefício, haja vista tratar-se de verba alimentar³⁹⁷. As decisões do STJ afastam, assim, as ponderações trazidas pelo INSS de que a “desaposentação” serviria de estímulo a aposentadorias precoces por tempo de contribuição, na medida em que o segurado passaria a poder permanecer em atividade e, após alguns anos recebendo o benefício muito embora ainda tenha condições de trabalhar, requerer a atualização de seus proventos levando em conta esse período em que ainda trabalhou.

A matéria resta pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (RE 661.526, Rel. Min. Roberto Barroso). Até o momento, há dois votos contrários (Mins. Dias Toffoli e Teori Zavascki) e dois votos favoráveis (Mins. Marco Aurélio e Roberto Barroso), ao menos em parte, à desaposentação, estando o julgamento interrompido por um pedido de vista (Min. Rosa Weber). Cabe destacar o voto de Luís Roberto Barroso, que defendeu uma compatibilização entre os interesses dos aposentados e a tutela do Erário, permitindo a desaposentação, desde que a fixação do novo benefício leve em conta os valores já percebidos

³⁹⁵ Trecho extraído da Mensagem de Veto Parcial à Lei nº 123.181/2015, fruto da conversão da MP 676. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁹⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/dilma-sanciona-novas-regras-para-aposentadoria.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

³⁹⁷ Vide acórdão paradigma: REsp 1334488/SC, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28desaposentacao%29+e+REPETITIVOS.NOTA.&&b=ACOR&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=2](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28desaposentacao%29+e+REPETITIVOS.NOTA.&&b=ACOR&p=false&t=JURIDICO&l=10&i=2>)>. Acesso em 09 jan. 2016.

anteriormente a título de aposentadoria por tempo de contribuição. Em seu voto, próprio Ministro, entretanto, reconhece a não autoaplicabilidade da regra que formula, a qual dependeria de regulamentação pelo legislador para disciplinar como se daria esse abatimento dos valores já recebidos.

De fato, a posição intermediária de Barroso parece bem-sucedida na proposta de, por um lado, tutelar aposentados que permaneceram em atividade e contribuíram para a Previdência por mais tempo e, por outro, evitar que a desaposeção irrestrita acarrete burla ao fator previdenciário e prejuízos à já deficitária previdência brasileira. Justamente por isso, a solução foi objeto de elogios por Eduardo Mendonça, que afirma que *“fugindo a essas duas opções subótimas, o voto do Ministro Barroso identifica uma forma de extrair uma solução constitucionalmente adequada da legislação vigente. Em síntese, o que S. Exa. propõe é que os critérios de cálculo da nova aposentadoria sejam interpretados à luz da Constituição, da seguinte forma: as variáveis da média contributiva e do tempo de contribuição seriam aplicadas de modo ordinário, computando-se toda a vida laboral do segurado. Vale lembrar que são essas mesmas as variáveis que o postulante à desaposeção pretende, legitimamente, ver reconsideradas. Em outras palavras, é justamente por ter contribuído mais e/ou por mais tempo que o segurado exige uma melhoria no valor dos benefícios que lhe foram concedidos. São esses, portanto, os fatores que devem ser atualizados para fins do novo cálculo”*³⁹⁸.

Na mesma esteira, a Presidente vetou (Veto nº 29/2015) parcialmente o projeto de conversão em lei da Medida Provisória nº 672/2015 (Lei nº 13.152/2015), impedindo que aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social fossem reajustadas pelos mesmos índices de atualização aplicáveis ao salário-mínimo.

Na mensagem de veto, o Executivo explica que *“ao realizar vinculação entre os reajustes da política de valorização do salário-mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS, as medidas violariam o disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição. Além disso, o veto não restringe a garantia constitucional prevista no art. 201, § 2º”*. Em outras palavras, a redação proposta pelo Congresso violaria a vedação à indexação do salário-mínimo e não garantiria benefícios previdenciários tivessem valor superior ao do próprio salário-mínimo.

Para além do argumento literal, tem-se, ainda, o argumento pragmático, na medida em

³⁹⁸ MENDONÇA, Eduardo. Das razões de Estado ao Estado de razões: por que a desaposeção é importante para o STF confirmar seu papel de guardião deliberativo da Constituição. Disponível em: <<http://jota.info/constituicao-e-sociedade-2>>. Acesso em 09 jan. 2019.

que, de acordo com o Ministro da Previdência Social, a aprovação da medida representaria gastos extras de R\$ 9,2 bilhões ao ano com o - já deficitário - Regime Geral de Previdência do país³⁹⁹.

8.5. Mudanças em benefícios ao trabalhador

Além da Previdência Social, o trabalhador formalizado no Brasil também faz jus a outros instrumentos de proteção, a exemplo do seguro-desemprego, prestação paga pelo poder público federal a trabalhadores demitidos sem justa causa em valor proporcional ao tempo de serviço, com o intuito de auxiliar na sua subsistência temporária e na busca por uma recolocação no mercado de trabalho.

As mudanças no seguro-desemprego fazem parte do pacote de ajuste fiscal que vem sendo implementado pela Presidente Dilma Rousseff, em conjunto com o então Ministro da Fazenda Joaquim Levy, e foram operadas por meio da Lei nº 13.134/2015, fruto da conversão da Medida Provisória nº 665/2014.

Antes do enrijecimento das regras para a sua concessão, o requisito para a percepção do benefício era apenas ter recebido salários de pessoa física ou jurídica durante os últimos seis meses antes da dispensa. Já o novo regramento prevê que somente podem pleitear o desemprego os trabalhadores demitidos sem justa causa que tenham recebido salários de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada, relativos a: (i) pelo menos 12 meses nos últimos 18 meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação; (ii) pelo menos 9 meses nos últimos 12 meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e (iii) cada um dos 6 meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações⁴⁰⁰.

Além disso, tornou-se possível restringir o acesso ao seguro-desemprego a trabalhadores que comprovarem matrícula e frequência, quando aplicável, nos termos do regulamento, em curso de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional habilitado pelo Ministério da Educação, ofertado por meio da Bolsa- Formação Trabalhador concedida no âmbito do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), ou de vagas gratuitas na rede de educação profissional e tecnológica. A norma

³⁹⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/camara-aprova-emenda-que-reajusta-aposentadorias-acima-da-inflacao.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁰⁰ No regime anterior, o recebimento do seguro-desemprego dependia apenas de o trabalhador demitido sem justa causa comprovar a percepção de salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 meses imediatamente anteriores à data da dispensa, conforme redação originária da Lei nº 7.998/1990.

ainda não está sendo aplicada, pois não se encontra regulamentada, mas, quando o for, poderá servir de importante estímulo para a qualificação da mão-de-obra nacional, uma vez que permitirá que o recebimento do seguro-desemprego fique condicionado à matrícula e à frequência em instituições de ensino, na forma exposta acima.

Outra mudança no regramento do seguro-desemprego foi a alteração do número de parcelas de pagamento e do período aquisitivo para o direito a uma nova percepção do benefício. Pela regra original do seguro, prevista na Lei nº 7.998/1990, o benefício seria concedido por um período máximo de quatro meses, a cada período de 16 meses, contados da datar da dispensa que deu origem à primeira solicitação.

Já a regra atual traz um pagamento de 3 a 5 prestações mensais, a depender da duração do vínculo empregatício terminado, de acordo com os critérios estabelecidos pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (Codefat), observados os seguintes parâmetros: (i) na primeira solicitação, o benefício deverá ter quatro parcelas, para vínculos entre 12 e 23 meses de duração e cinco parcelas para vínculos de 24 ou mais meses de duração; (ii) na segunda solicitação, o benefício será de três parcelas para vínculos entre 9 e 11 meses de duração, quatro parcelas para vínculos de 12 a 23 meses e cinco parcelas para vínculos de 24 ou mais meses; e (iii) a partir da terceira solicitação, três parcelas para vínculos entre 3 e 11 meses de duração, quatro parcelas para vínculos de 12 a 23 meses e cinco parcelas para vínculos de 24 ou mais meses.

O intervalo máximo para recebimento do benefício por determinado grupo de segurados pode ser ampliado por mais dois meses, a critério do Codefat, desde que o gasto adicional representado por esse prolongamento não ultrapasse, a cada semestre, 10% do montante da reserva mínima formada pela diferença positiva entre a arrecadação do PIS e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público e as despesas com o próprio seguro-desemprego, o abono salarial e Programas de Desenvolvimento Econômico a cargo do BNDES.

8.6. Reduções em programas assistenciais

Como visto na seção introdutória, a assistência social se caracteriza pela ausência do elemento prestacional, sendo prestada a todos aqueles que dela necessitem – usualmente, indivíduos carentes ou em situação de risco social.

O principal programa assistencial existente no Brasil é o “Bolsa-Família”, criado pela Lei nº 10.836/2004 e operado pela União Federal em parceria com a Caixa Econômica

Federal. O Bolsa-Família é um programa de transferência de renda, sujeito ao cumprimento de condicionalidades por seus beneficiários, sendo pago a famílias que se encontrem em situação de pobreza e extrema pobreza e que tenham em sua composição: (i) gestantes, nutrizes, crianças entre 0 e 12 anos ou adolescentes até 15 anos, sendo pago até o limite de cinco benefícios por família; ou (ii) adolescentes com idade entre 16 e 17 anos, sendo pago até o limite de dois benefícios por família.

Há, ainda, um adicional de superação de pobreza extrema pago a unidades familiares que tenham em sua composição crianças e adolescentes de 0 a 15 anos de idade e apresentem soma da renda familiar mensal, já incluídos os benefícios recebidos pelo próprio programa, inferior a R\$ 70,00 per capita.

Os benefícios pagos pelo programa variam entre R\$ 32,00 e R\$ 306,00, com uma média de R\$ 167 por família⁴⁰¹, e ficam sujeitos ao cumprimento de condicionalidades como acompanhamento pré-natal e nutricional, o acompanhamento de saúde e frequência escolar de 85% em estabelecimento de ensino regular.

Note-se, ainda, que o Bolsa-Família não é um programa propriamente inédito, resultando, na verdade, da unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, (Lei nº 10.219/ 2001), do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, (Lei nº 10.689/2003), do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação (Medida Provisória nº 2.206-1/2001), do Programa Auxílio-Gás (Decreto nº 4.102/2002) e do Cadastro Único do Governo Federal (Decreto nº 3.877/ 2001).

Em que pesem as críticas dos opositores do programa, que o consideram “assistencialista” e “eleitoreiro”, dados oficiais divulgados pelo Palácio do Planalto dão conta de que o Bolsa-Família tirou 36 milhões de pessoas da pobreza extrema⁴⁰²; ademais, de acordo com dados do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas - IPEA, para cada R\$ 1,00 investido no programa, o PIB brasileiro cresce R\$ 1,78⁴⁰³, devido à movimentação que traz para a economia com a injeção de capital em uma camada social com grande demanda de consumo – muitas vezes por gêneros alimentícios e de primeira necessidade em geral –

⁴⁰¹ Fonte: Portal oficial do Ministério do Desenvolvimento Social. Disponível em: <<http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/beneficios> e <http://mds.gov.br/area-de-imprensa/noticias/2015/setembro/o-bolsa-familia-nao-sofreu-corte-no-orcamento-esta-integralmente-preservado>>. Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁰² Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2013/09/em-10-anos-bolsa-familia-tirou-36-milhoes-pessoas-da-extrema-pobreza>>. Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁰³ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3305466/ipea-cada-r-1-gasto-com-bolsa-familia-adiciona-r-178-ao-pib>>. Acesso em 07 dez. 2015.

reprimida.

Não obstante, as restrições orçamentárias para o ano de 2016 fizeram com que, durante a tramitação da lei orçamentária de 2016, surgissem projetos de corte de 10 bilhões de reais na proposta de orçamento de R\$ 28,8 bilhões destinados ao Bolsa-Família, o que poderia resultar em até 23 milhões de famílias excluídas do Programa⁴⁰⁴. Em 17 de dezembro de 2015, a LOA/2016 acabou sendo aprovada sem cortes no Bolsa-Família, mas, para manter o orçamento original do Programa, foi necessário reduzir a meta de superávit de 0,7% do PIB (R\$ 34,4 bilhões) para 0,5 do PIB (R\$ 24 bi)⁴⁰⁵.

Embora, ao fim, não tenha sido efetivada, a medida de redução da abrangência do Bolsa-Família suscita polêmica, tendo em vista que pode esbarrar nos mesmos argumentos de vedação ao retrocesso trazidos na Europa quando da efetivação de ações de redução de remuneração de servidores públicos, aposentados e pensionistas. Caso a discussão retorne às luzes, a solução, porém, deve ser a mesma já analisada no Capítulo III, quando do estudo em abstrato das medidas anticrise que imponham restrições a direitos sociais: privilegiando-se o espaço de conformação contingente para a formulação de políticas públicas, devem ser consideradas válidas as medidas que imponham restrições não violadoras do núcleo essencial de direitos fundamentais e do mínimo existencial.

Assim, eventuais limitações ao Bolsa-Família deverão resguardar o mínimo existencial a seus beneficiários (em sua grande maioria, pessoa em situação de pobreza ou pobreza extrema, que dependem do benefício justamente para ter acesso a este mínimo), dando-se preferência à fiscalização da execução do Programa, com a exclusão de famílias que não se enquadrem no perfil de renda estabelecido pelas normas de regência, seja em razão de ascensão social seja devido a falhas na concessão inicial do pagamento.

8.7. Conclusões parciais

A crise econômica pode servir de catalisador para reformas previdenciárias que se mostrem especialmente úteis e prementes - mas cuja aprovação é dificultada em tempos de normalidade institucional devido à sua impopularidade natural -, uma vez que, em razão de fatores de ordem metajurídica, como aumento da expectativa de vida e redução da taxa de fecundidade, os gastos com a seguridade social representam fatia cada vez mais considerável

⁴⁰⁴ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-12/comissao-aprova-mocao-de-repudio-corte-de-r-10-bilhoes-no-bolsa-familia>>. Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁰⁵ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/12/relatorio-final-do-orcamento-2016-e-aprovado-sem-corte-no-bolsa-familia.html>>. Acesso em 07 dez. 2015.

dos orçamentos públicos.

Nessa mesma esteira, a Presidente Dilma Rousseff afirmou, no início de janeiro de 2016 que o Brasil precisa “*encarar uma reforma na Previdência Social*”, chegando a propor o estabelecimento de idade mínima para as aposentadorias por tempo de contribuição, nos mesmos moldes feitos por países europeus durante a crise de 2007- 2010, e uma nova mudança nos critérios de cálculo dos benefícios previdenciários no país⁴⁰⁶.

Durante a crise de 2007-2010, uma série de países da Europa Mediterrânea, visando ao equilíbrio das contas públicas e ao atendimento dos compromissos assumidos com a *Troika*, promoveram aumentos na idade mínima aposentadoria. Já em 2015, o governo federal brasileiro, também com vistas ao equilíbrio (ou, ao menos, à mitigação do desequilíbrio) atuarial do sistema de seguridade social, vetou projeto de lei aprovado pelo Legislativo que pretendia pôr fim ao fator previdenciário, redutor que incide sobre aposentadorias por tempo de contribuição com o propósito de desestimulá-las. Após o veto, o Executivo editou a Medida Provisória nº 676/2015, convertida na Lei nº 13.183/2015, que traz uma regra alternativa ao fato previdenciário, pela qual o segurado poderá optar em detrimento deste.

Na mesma esteira de atenção ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, a Presidente também vetou (Veto nº 29/2015) projeto de lei que estendia às aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social os índices utilizados para a atualização anual do valor do salário-mínimo.

Já no âmbito dos benefícios de amparo ao trabalhador, o governo brasileiro alterou as regras para a concessão do seguro-desemprego, prestação paga a empregados da iniciativa privada despedidos sem justa causa. As novas regras tornam mais rígida a concessão do benefício, exigindo maior período de duração do vínculo empregatício para que o trabalhador dispensado possa pleitear o benefício, além de trazer um escalonamento na duração deste de acordo com a duração desta relação.

Por fim, no que se refere à assistência social, propostas de cortes no Programa Bolsa-Família acabaram sendo, ao menos por ora, deixadas de lado, com a aprovação da LOA/2016 sem reduções no orçamento do programa. Para tanto, reduziu-se a meta de superávit de 0,7 para 0,5 do PIB, medida à qual o ex-Ministro da Fazenda Joaquim Levy havia se posicionado contrariamente, por entender que poderia reduzir ainda mais a confiança do investidor estrangeiro no Brasil e dificultar a recuperação do “grau de investimento”⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/01/dilma-diz-que-governo-vai-em-busca-de-reequilibrio-fiscal-e-crescimento.html>>. Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁰⁷ Vide fonte da nota anterior.

Os exemplos vistos ao longo deste capítulo demonstram, assim, que reformas na seguridade social que tornem as regras para a concessão de benefícios mais rígidas e a preocupação do governo em evitar a aprovação de projetos que possam trazer regras mais flexíveis para a concessão desses benefícios tendem a reduzir os gastos públicos com previdência, o que pode ir exatamente ao encontro das propostas de austeridade, sobretudo se levado em conta a parcela considerável que a previdência social representa nos gastos públicos dos Estados contemporâneos.

9. DESESTATIZAÇÕES E REESTRUTURAÇÃO ADMINISTRATIVA

9.1. Espécies de desestatizações

Tradicionalmente, o termo “privatização” pode ser definido como a transferência de ativos do governo - bens imóveis ou ações de companhias estatais - para agentes privados. Apesar de esse ser o conceito comumente oferecido à palavra, em verdade, o fenômeno se mostra muito mais complexo. Sob um prisma mais amplo, a privatização visa reduzir a intervenção do poder público na sociedade e na economia, objetivo que pode ser alcançado de diversas maneiras, inclusive mediante a delegação de serviços públicos, exclusivos ou não⁴⁰⁸, para a iniciativa privada⁴⁰⁹.

No caso de serviços públicos exclusivos, a delegação de sua execução à iniciativa privada depende de instrumentos formais, típicos do direito público, que, no direito pátrio, consubstanciam-se em concessões ou permissões, na forma do art. 175 da Constituição Federal. Há discussão na doutrina quanto à aptidão da autorização para delegar serviços públicos, preponderando o entendimento de que a autorização não seria instrumento hábil

⁴⁰⁸ Alexandre Santos de Aragão identifica quatro possíveis concepções de serviços públicos: (i) amplíssima, que considera serviços públicos todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado; (ii) ampla, que identifica como serviços públicos as atividades prestacionais em geral do Estado, que proporcionam comodidades e utilidades aos indivíduos, independentemente de possibilidade de individualização e de a sua titularidade ser ou não Estatal; (iii) restrita, que tem por serviço público as atividades prestacionais divisíveis (gratuitas ou remuneradas), excluindo, pois, os serviços *uti universi*; e (iv) restritíssima, que somente entende como serviços públicos as atividades remuneradas por tarifa e de titularidade Estatal exclusiva, excluindo, além, dos serviços *uti universi*, os serviços sociais (ex: saúde, educação), visto que não são titularizados pelo Estado e, quando prestados pelo poder público, são essencialmente gratuitos. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. p. 361-364). No presente caso, o emprego da expressão “serviços públicos não exclusivos” segue a concepção restrita de serviços públicos.

⁴⁰⁹ Nas palavras de Daphne Barak-Erez, “Tradicionalmente, a privatização tem sido identificada com a transferência de ativos do governo - imóveis ou ações em companhias estatais - para mãos privadas. Embora essas transferências tenham sido as primeiras expressões das políticas de privatização, a desestatização é um fenômeno muito mais complexo; e conseqüentemente carece de uma definição universalmente aceita (Starr 1988). Do ponto de vista geral, a privatização visa reduzir a intervenção do Estado na economia e na vida privada. Esse objetivo pode ser alcançado por diversas maneiras, como a delegação de serviços públicos essenciais à iniciativa privada ou simplesmente a abstenção estatal na prestação de atividades de interesse público, deixando espaço para a atuação de agentes privados” (tradução livre). No original, “*Traditionally, privatization has been identified by the transfer of government assets – land or holdings in government-owned companies – to private hands. Although such transfers have usually been the first expressions of privatization policies, privatization is a far more complex phenomenon, and consequently lacks a universally accepted definition (Starr 1988). Generally speaking, privatization aims to reduce government intervention in social and economic life. This aim may be reached through diverse means, including contracting with private companies for the supply of public services that the state believes it is obliged to supply and leaving room for private activity in new sectors through government passivity*”. BARAK-EREZ, Daphne. Three Questions of Privatization In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010. p. 494.

para a delegação de serviços públicos⁴¹⁰.

Já no caso de serviços públicos não exclusivos, a delegação para agentes privados pode ser mais sutil e informal, efetivando-se por instrumentos como (i) celebração de convênios para transferência de recursos orçamentários para que agentes privados desempenhem diretamente a atividade; (ii) sistemas de *vouchers* custeados pelo poder público para que os usuários se valham de utilidades privadas; (iii) o aumento do número de licenças deferidas para estabelecimentos privados que desenvolvam aquela atividade; ou, ainda, (iv) simplesmente por meio de uma diminuição da atuação direta Estatal, possibilitando que a iniciativa privada ocupe gradativamente o espaço anteriormente destinado ao próprio poder público enquanto prestador de serviços públicos⁴¹¹.

A princípio, a decisão de privatizar ou não determinada atividade (ou empresa estatal) não é jurídica⁴¹², reservando-se ao Direito apenas o papel de delimitar os limites fáticos daquela determinada decisão política e econômica - o que fará por meio dos acoplamentos estruturais com estes outros sistemas - e procedimentalizá-la.

No entanto, a privatização não é absolutamente infensa a limitações de ordem jurídica. Por exemplo, a Constituição - documento que, embora ainda esteja na seara do Direito (ao menos desde o pensamento de Konrad Hesse⁴¹³), talvez represente a última fronteira entre o jurídico e o político - pode considerar determinadas atividades não passíveis de delegação à iniciativa privada, seja porque se trata de monopólios estatais seja porque se trata de atividades consideradas tipicamente de Estado; ou, ainda, estabelecer limitações procedimentais quanto aos instrumentos viáveis para a delegação à iniciativa privada, tais como exigir autorização legislativa e procedimento licitatório prévio ou limitar determinadas

⁴¹⁰ Vide: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 392.

⁴¹¹ BARAK-EREZ, Daphne. *Op. Cit.* p. 497.

⁴¹² Adotando o mesmo ponto de vista, Barak-Erez, *Idem*, apresenta as seguintes considerações: — De acordo com o Presidente de Suprema Corte Min. Barak: “a Corte aplica o controle judicial (*judicial review*). Ela confere a legitimidade da lei, não a sua sabedoria. A questão não é se a lei é boa, eficiente ou justificável. A questão é se ela é constitucional. Um legislador ‘socialista’ e outro ‘capitalista’ podem editar leis diferentes e contraditórias, mas que, ao mesmo tempo, ambas atendam a demandas sociais. De fato, as leis fundamentais não são uma cartilha de ação concreta. Privatização e nacionalização podem ambas existir dentro de sua moldura. Tanto a economia de mercado quanto a economia planificada podem encontrar espaço, desde que a atividade econômica - aquela que vá de encontro a direitos humanos - atenda a certas limitações”. Tradução livre do original: “According to Chief Justice Barak: „the Court applies judicial review. It checks the legitimacy of the law, not its wisdom. The question is not whether the law is good, efficient, or justified. The question is whether it is constitutional. A “socialist” legislator and a “capitalist” one might legislate different and contradictory laws, which will all fulfill the demands of the limiting paragraph. Indeed, the basic laws are not a plan for concrete policy. Privatization and nationalization could both exist in their framework. Market economy or central management of the economy can both find a living space, as long as the economy activity – which harms the human rights – will fulfil the demands of the limiting section” H CJ 1715/97 Bureau for Inv. Advisors v. Minister of Finance 51(4) PD 367, 386 (1997)”.

⁴¹³ HESSE, Konrad. L fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. 1983.

atividades estratégicas a delegatários nacionais. Nesse caso, a decisão político-econômica sofrerá limitações de ordem jurídica, em mais uma situação de interação entre sistemas.

Não há uma definição cerrada de atividades que podem ser enquadradas como monopólios públicos ou típicas de Estado⁴¹⁴. Essa escolha dependerá da vontade manifestada pelo Constituinte de cada Estado Nacional, de acordo com o(s) projeto(s) político(s) que levou(aram) à manifestação desse poder constituinte. Em países mais liberais, como os EUA, onde o enquadramento de determinada atividade como própria do Estado é matéria infraconstitucional, tratada pela *Circular A-76*⁴¹⁵, atividades comumente associadas à figura do poder público, como a gestão de presídios e a inteligência⁴¹⁶, não são consideradas tipicamente de Estado, podendo ser delegadas à iniciativa privada⁴¹⁷; enquanto em países de tradições socialistas, como Cuba, atividades das mais singelas, como as barbearias, foram consideradas monopólios estatais até 2010⁴¹⁸. Já no Brasil, como visto no capítulo II, o reconhecimento amplamente majoritário do princípio da subsidiariedade faz com que a maioria das atividades fique sujeita à iniciativa privada, havendo, porém, determinadas atividades econômicas consideradas monopólios do Estado, como as atividades nucleares (CF, art. 21, XXIII), tendo em vista a eminente questão de segurança nacional que esta traz a reboque.

A obrigação de autorização legislativa para as privatizações mostra-se salutar (sobretudo em cenários em que o Legislativo se mostra mais revestido de efetiva representatividade popular), a fim de revestir a medida de legitimidade democrática, já que a desestatização traz relevantes mudanças no regime jurídico a que se submete aquela determinada atividade. No intuito de ampliar a participação popular, é possível que, além da necessidade de autorização legislativa, o procedimento necessário para efetivar a privatização

⁴¹⁴ Tome-se, por exemplo, a situação do direito inglês, na explicação de Daphne Barak-Erez (*Op. Cit.* P. 8): “Na Grã-Bretanha, os parâmetros de direito público estabelecidos no *Human Rights Act* [Lei de Direitos Humanos] de 1998 somente se aplicam às entidades que preencham os requisitos de ‘autoridade pública’ trazidos pela própria lei, os quais incluem ‘qualquer pessoa cujas funções tenham caráter público’. Na prática, a definição foi interpretada restritivamente, excluindo da Lei de Direitos Humanos, por exemplo, um asilo privado contratado pelo Município para acomodar idosos locais”. Tradução livre de: “*In Britain, the public law standards of the Human Rights Act of 1998 apply only to entities that meet the criteria of a ‘public authority’ according to this Act, which include ‘any person certain of whose functions are functions of a public nature’.* In practice, this definition was narrowly interpreted, leaving outside the Act a private care home under contract with a local authority that provided accommodation to elderly residents”.

⁴¹⁵ BARAK-EREZ, Daphne. *Op. Cit.* p. 502.

⁴¹⁶ Disponível em: <<http://journal-neo.org/2014/02/24/american-intel-meltdown/>>. Acesso em 13 abr. 2015.

⁴¹⁷ A discussão sobre a juridicidade da privatização de presídios no Brasil vem ganhando força nos últimos tempos. Para uma análise sobre o tema, vide: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3623-Privatizacao-de-presidios>. Já para uma abordagem sobre a gestão privada de prisões nos EUA, consultar: <<http://projects.huffingtonpost.com/prisoners-of-profit>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴¹⁸ Disponível em: <<http://www.tvi24.iol.pt/internacional/cuba-capitalismo-comunismo-castro-barbeiros-tvi24pt/1154442-4073.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

dependa da realização de audiência pública, na qual sejam diretamente ouvidos membros da sociedade civil e usuários daquele serviço, assim como de ampla divulgação de informações (*disclosure*) pelo governo sobre a atividade e o projeto de desestatização.

Já a exigência de procedimento licitatório (ou mecanismo de seleção afim, dependendo da estrutura jurídica de cada país) para a escolha daqueles que receberão delegações do poder público para desempenhar atividades de interesse público é medida salutar para garantir a impessoalidade e a competição na transferência desses serviços e, eventualmente, do patrimônio público para a iniciativa privada. A ideia é, portanto, evitar a alienação de ativos públicos por preços inferiores à sua justa avaliação ou a entrega desses bens a agentes não qualificados⁴¹⁹. Nessas hipóteses, a corrupção degenera o procedimento de desestatização, fenômeno a que o economista vencedor do Prêmio Nobel Joseph Stiglitz denomina “*briberization*”⁴²⁰, neologismo traduzido no Brasil por Elio Gaspari para “privataria”⁴²¹.

Em verdade, como salienta Mariana Mota Prado, o sucesso e a isenção de projetos de desestatização costumam estar diretamente ligados ao advento de uma regulação eficiente para aquela atividade após a sua delegação à iniciativa privada⁴²²; disciplina essa que pode emanar de uma agência reguladora criada especialmente para normatizar aquele setor ou de um órgão central do poder público - a depender das peculiaridades da própria atividade e, ainda, do ordenamento jurídico local.

Por outro lado, a privatização por diminuição do papel do Estado na prestação de serviços públicos não exclusivos e/ou atividades econômicas de interesse público - justamente por conta de seu caráter omissivo - apresenta maiores dificuldades na aferição de seus limites jurídicos. Nesse sentido, a redução do Estado levada a cabo por meio de uma redução da oferta estatal dessas atividades, somente será considerada juridicamente legítima se não trouxer prejuízos à promoção de direitos fundamentais e, sobretudo, à garantia do mínimo existencial⁴²³. Devido aos maiores riscos que essa abstenção estatal oferece à população mais

⁴¹⁹ Na literatura estrangeira, semelhante preocupação é externada por Susan Rose-Ackerman em: Rose-Ackerman, Susan. 1999. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

⁴²⁰ STIGLITZ, Joseph E. *Making Globalization Work*. New York, London: W. W. Norton, 2006. p. 142.

⁴²¹ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1801200612.htm>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴²² PRADO, Mariana Mota. 2008. *The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil*. Vanderbilt Journal of Transnational Law. 41: p. 435–503.

⁴²³ Para Ana Paula de Barcellos, por exemplo, o mínimo existencial é composto por educação fundamental (ensino fundamental, com prestações que assegurem condições de real aproveitamento para o aluno), saúde básica (que atenda às prioridades constitucionalmente estabelecidas para o setor, a saber, prestação de serviços de saneamento, atendimento materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica), assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e acesso à justiça (jurídico, físico e da pretensão material).

desprivilegiada, torna-se ainda mais relevante a participação do Poder Judiciário no controle da juridicidade dessas condutas omissivas, tendo em vista que sua natureza mais difusa dificulta a fiscalização exercida pela sociedade civil.

9.2. Desestatização de empresas estatais

A crise internacional de 2007-2010 forneceu, e ainda fornece, exemplos interessantes sobre desestatizações de empresas até então controladas pelo poder público. O primeiro que podemos mencionar é o caso de Portugal, que, similarmente à Grécia, para receber empréstimos e ajudas internacionais, durante a crise, viu-se obrigado a aceitar as austeras condições impostas pela União Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo FMI, o que ficou conhecido no país como *Troika*. A influência externa no país tornou-se tão forte e as condições apresentadas para a ajuda internacional foram tão severas que parte da doutrina lusa, como Paulo Otero, afirma que, hoje, Portugal não seria mais um Estado soberano, mas, sim, um protetorado da *Troika*⁴²⁴.

Em decorrência dos compromissos assumidos, Portugal promoveu em 2011, a privatização da CTT Correios de Portugal S.A.; em 2012, da ANA - Aeroportos e Navegação Aérea, empresa pública que administrava aeroportos no país (nos moldes da INFRAERO brasileira), inclusive o de Lisboa; em 2014, da EGF - Empresa Geral de Fomento, da REN - Redes Energéticas Nacionais e a segunda fase da desestatização da CTT; e, no final de 2015, da TAP Linhas Aéreas. Se, de um lado, é verdade que essas (e outras) alienações renderam ao governo português 9,2 bilhões de euros, por outro, trouxeram à tona no país uma grande discussão sobre a manutenção da soberania nacional, já que o controle da maior parte dessas companhias passou a ser exercido por grupos estrangeiros⁴²⁵.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 277-333. Concordamos com grande parte das ideias da autora, divergindo apenas em dois pontos. Primeiramente, do ponto de vista dos direitos sociais, para nós, a educação intermediária (ensino médio) e técnica deve ser inserida no bojo do mínimo existencial. A medida é salutar para permitir que cada indivíduo possa realizar seu projeto pessoal de vida boa, pilar da teoria de justiça elaborada por Ronald Dworkin, na medida em que a instrução é requisito fundamental para a escolha da profissão, para o exercício de liberdade individuais (liberdade dos modernos) e para a participação no debate político (liberdade dos antigos). Nas palavras do próprio autor, “nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos. Em primeiro lugar, ele deve demonstrar igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio. Em segundo lugar, deve respeitar plenamente a responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso” (DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2014. p. 4-5).

⁴²⁴ OTERO, Paulo. A crise: um novo direito administrativo? In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (org.). *A crise e o Direito*. Almedina. 2013.

⁴²⁵ Disponível em: <<http://visao.sapo.pt/actualidade/economia/ganhamos-alguma-coisa-com-as->

A alienação do controle da CTT teve início em dezembro de 2011, com uma Oferta Pública de Venda (OPV) de 68,5% do capital social da companhia. Em 2014, foi concluída a segunda fase da privatização, com a alienação em bolsa de valores dos 31,5% da companhia que permaneciam sob controle da Parpública (Participações Públicas S.A.), empresa pública portuguesa cujo objeto é a participação em outras sociedades (*holding*). Com isso, hoje o correio português encontra-se 100% privatizado.

A desestatização da EGF, sub-holding do grupo Águas de Portugal voltada para o tratamento de resíduos sólidos de uma série de Municípios portugueses, foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 45, de 20 de março de 2014⁴²⁶, que previu (i) a alienação do controle societário da companhia em bloco, - e, não, sistema a sistema - para assegurar o tratamento uniforme e equitativo de todos os municípios, numa lógica de coesão social e territorial⁴²⁷; e (ii) a necessidade de licitação (“concurso público internacional”, no jargão local) para a transferência do controle da companhia, procedimento do qual saiu vencedor o grupo Suma, com uma proposta de 149 milhões de euros.

Registre-se que, em março de 2014, logo após a aprovação de sua privatização pelo governo português, o Município de Loures, no qual a EGF presta serviços, ajuizou, junto ao Tribunal Administrativo do Círculo de Lisboa, medida cautelar visando a interromper o processo de alienação do controle da estatal, sob o argumento de que sua privatização poderia prejuízos à prestação de serviços públicos na localidade. A medida, contudo, restou indeferida, devido à ausência de comprovação do risco de dano⁴²⁸.

Já a privatização da REN, empresa ligada ao setor de energia elétrica, foi autorizada pelo Decreto-Lei nº 106-B, de 03 de novembro de 2011 e teve início em 2012, com a venda de 40% das ações da companhia, sendo 25%, no valor de 400 milhões de euros, para o grupo chinês *State Grid*⁴²⁹ e o restante para os árabes da *Oman Oil*, no valor de 150 milhões de euros. Em 2014, deu-se seguimento, por meio de oferta pública de valores mobiliários, à desestatização da companhia, com a alienação dos 11% que ainda pertenciam ao Estado (9% através da Parpública e 1,1% via Caixa Geral de Depósitos)⁴³⁰, pelo valor de 157,4 milhões de

privatizacoes=f820784>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴²⁶ Disponível em:

<http://www.srslegal.pt/xms/files/NEWSLETTERS/Privatization_in_the_waste_sector_EGF_fv.pdf>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴²⁷ Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/ministerio-do-ambiente-ordenamento-do-territorio-e-energia/mantenha-se-atualizado/20141106-maote-privatizacao-egf.aspx>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴²⁸ Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/tribunal-rejeita-providencia-cautelar-de-loures-contraprivatizacao-da-valorsul-1632533>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴²⁹ Disponível em: <<http://www.ft.com/cms/s/0/41a0c572-4dba-11e1-b96c-00144feabdc0.html#axzz3gTUoqFyM>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁰ Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/governo-aprova-segunda-fase-da-privatizacao-da-230>>

euros⁴³¹.

Um relatório do Tribunal de Contas português aponta para a existência de irregularidades do processo de privatização tanto da EGF quanto da REN, elencando como principais pontos negativos a ausência de cláusula nos contratos de compra e venda que permita a penalização dos adquirentes do controle das companhias em caso de inobservância do interesse público e potenciais conflitos de interesses na contratação de assessores financeiros que auxiliaram nas operações. Já como pontos positivos, o Tribunal de Contas destacou a venda direta de ações e o modelo de remuneração dos consultores⁴³². A título de registro, as grandes privatizações de estatais realizadas no Brasil nos anos 1990, a exemplo de Companhia Vale do Rio Doce, traziam como mecanismo para garantir a tutela do interesse público pelas companhias desestatizadas a previsão de *Golden share* de propriedade da União Federal, que conferiria ao poder público poder de veto em deliberações estratégicas⁴³³.

A desestatização da companhia de aviação TAP Linhas Aéreas, por sua vez, foi concluída em 13 de novembro de 2015, com a assinatura do contrato de alienação de 61% das ações da companhia - até então pertencentes à Parpública - para o consórcio *Gateway*, liderado pelos brasileiros David Neeleman (fundador da Azul Linhas Aéreas Brasileiras) e Humberto Pedrosa (Grupo Barraqueiro) e vencedor do processo licitatório ocorrido em junho do mesmo ano⁴³⁴.

Ainda na Europa Mediterrânea, a Grécia, tal qual Portugal, obrigou-se a promover uma série de privatizações como parte do pacote de medidas ortodoxas impostas pelo FMI e pelo Banco Europeu como condições para os empréstimos bilionários liberados por essas entidades internacionais durante a crise.

Como parte dos pacotes de austeridade assumidos com a *Troika*, em 2012, o governo grego, por meio do Fundo para o Desenvolvimento de Ativos da República Helênic⁴³⁵, deu início à privatização de uma série de utilidades como bancos públicos, portos, aeroportos, rodovias e até mesmo a loteria nacional⁴³⁶. Além desses exemplos mais corriqueiros na

ren-1632646>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³¹ Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/estado-vai-encaixar-157-milhoes-com-privatizacao-da-ren-1639770>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³² Disponível em: <<http://pt.blastingnews.com/pais/2015/06/estado-nao-acauteleu-interesses-nas-vendas-de-edp-e-ren-00459671.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fof/eco/vale/edital.htm>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁴ Disponível em: <<http://www.dn.pt/dinheiro/interior/contrato-da-venda-datap-esta-a-ser-assinado-4882632.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁵ Tradução livre de “Hellenic Republic Asset Development Fund”. Disponível em: <<http://www.hradf.com/en>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁶ Disponível em: <<http://www.npr.org/2013/02/07/171294406/privatization-of-greek-assets-runs-behind-schedule>>. Acesso em 09 jan. 2016.

literatura das desestatizações, a experiência grega fornece outro caso bastante interessante: a fim de levantar recursos para reduzir o déficit público, a Grécia vendeu uma série de terras públicas situadas em ilhas paradisíacas, inclusive a famosa Mykonos, chegando a alienar até mesmo ilhas inteiras⁴³⁷.

9.3. Delegação de serviços públicos e flexibilização de monopólios públicos

No Brasil, a crise internacional também levou à adoção de medidas de desestatização, mas, em vez de promover a transferência do controle de empresas estatais para a iniciativa privada, o governo federal optou por lançar uma série de pacotes, apelidados de Plano de Investimentos em Logística - PIL, de concessões de infraestruturas públicas, como rodovias, ferrovias e aeroportos, para exploração privada.

O primeiro desses pacotes foi anunciado em agosto de 2012 e incluiu os maiores aeroportos do país, como Guarulhos, Brasília e Galeão, que passariam a ser explorados por uma sociedade de propósito específico - SPE obrigatoriamente formada pelo vencedor da licitação que seria realizada com a Infraero, empresa pública federal dedicada à exploração aeroportuária, que seria detentora de 49% do capital da SPE⁴³⁸.

Já o segundo pacote foi divulgado em junho de 2015 e, além de abranger novos projetos como a Ferrovia Bioceânica (que ligará o Porto do Açu, no Rio de Janeiro, ao Oceano Pacífico, no Peru), corrige algumas falhas apontadas pelo mercado para o modelo anterior, reduzindo a participação da Infraero para 15% nas novas SPEs de concessões aeroportuárias, como Porto Alegre e Salvador, e simplificando o modelo de concessões ferroviárias ao retirar a intermediação da Valec, empresa pública federal, para a negociação do uso das ferrovias por terceiros (não concessionários)⁴³⁹.

Em Portugal, a crise econômica também levou à delegação da administração de uma série de hospitais públicos, integrantes do Sistema Nacional de Saúde (SNS, o equivalente ao SUS brasileiro), para a iniciativa privada, acedendo debates quanto à qualidade do sistema e ao risco de desamparo à população mais necessitada⁴⁴⁰.

A Argentina, por sua vez, oferece um contraexemplo em relação àqueles discutidos

⁴³⁷ Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2010/jun/24/greece-islands-sale-save-economy>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁸ Disponível em: <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-ferrovias>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴³⁹ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/dilma-anuncia-2o-pacote-de-concessoes-com-ajuste-pro-mercado>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁴⁰ Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/jornal/greve-geral-na-saude-contra-a-privatizacao-do-sector-172872>>. Acesso em 09 jan. 2016.

nos parágrafos anteriores. Em abril de 2012, a grave crise financeira enfrentada pelo país levou à aprovação da reestatização da YPF - Yacimientos Petrolíferos Fiscales, companhia do setor petrolífero que fora privatizada anos antes e, até aquela data, era controlada pelo grupo espanhol Repsol⁴⁴¹. A reestatização foi efetivada por meio da desapropriação de 51% (cinquenta e um por cento) das ações, que levou ao pagamento de indenização de cinco bilhões de dólares à Repsol⁴⁴².

No caso argentino, a opção foi, portanto, por uma medida de caráter expansionista, com um aumento da atuação do Estado no domínio econômico - o que pode ser explicado até pela orientação mais intervencionista da então Presidente Cristina Kirchner. Já no Brasil, muito embora o governo do Partido dos Trabalhadores tenha sido reeleito em 2014, temos observado nos últimos tempos uma tendência de diminuição da atuação direta do Estado na economia - o que, por sua vez, pode ser explicado pela necessidade de se promover um ajuste fiscal das contas públicas federais com vistas a reduzir o déficit público.

Vistas, assim, as medidas ligadas à delegação de serviços públicos e à relativização de monopólios, passaremos ao segundo grupo de ações comumente desenvolvidas no âmbito de programas de ajuste fiscal, relacionadas ao contingenciamento e à reavaliação das despesas públicas.

9.4.Reestruturação administrativa

9.4.1. A extinção de órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta

Na seção anterior, falamos sobre a desestatização de empresas controladas pelo poder público e serviços públicos de modo geral, mas é possível também cogitar de uma diminuição da máquina estatal no âmbito da Administração Direta. Por meio dessa medida, a Administração enxuga a estrutura dos órgãos que a compõem, racionalizando a forma como suas atividades são desenvolvidas.

Vale lembrar, aqui, que a organização administrativa pode ser estabelecida por decreto sempre que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, na forma do art. 84, VI da Constituição da República. Trata-se dos chamados “decretos autônomos”, que têm fundamento de validade diretamente na Constituição,

⁴⁴¹ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/internacional/2617734/argentina-anuncia-projeto-para-estatizacao-da-ypf/>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁴² Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,repso-recebera-us-5-bi-por-estatizacao-da-ypf,178327e>>. Acesso em 09 jan. 2016.

não regulamentando nenhuma lei em sentido estrito.

Uma das medidas anunciada pela Presidente Dilma Rousseff em 02 de outubro de 2015, no âmbito do pacote de redução de gastos anunciado pelo governo federal, é a redução do número de Ministérios de 39 para 31 pastas (Medida Provisória nº 696/2015, ainda em tramitação quando do fechamento deste trabalho, em 12/01/2016), promovendo com isso uma reestruturação da Administração Direta. As intenções com a reforma ministerial parecem ter sido duas: a uma, racionalizar e reduzir os gastos com a máquina pública; e a duas, readequar a distribuição de altos cargos entre a base de apoio político do governo própria do “presidencialismo de coalizão” brasileiro.

O Estado do Rio Grande do Sul, na mesma linha da União Federal, também está promovendo uma reestruturação de sua Administração Pública em duas linhas de frente: fusão e extinção de entidades da Administração Indireta e reestruturação do regime próprio de previdência social de seus servidores.

Na primeira abordagem, o governo gaúcho pretende extinguir fundações públicas consideradas não estratégicas, como as Fundações de Esporte e Lazer (Fundergs), de Produção e Pesquisa em Saúde (Fepps) e a Zoobotânica (FZB), responsável pelo Zoológico de Sapucaia, cuja exploração o governo estadual pretende delegar à iniciativa privada em regime de concessão⁴⁴³, não obstante tentativas da sociedade civil de se mobilizar contra a iniciativa⁴⁴⁴.

Já em relação à segunda linha de atuação, o Estado pretende criar um regime de previdência complementar para os servidores públicos estaduais similar àquele hoje em vigor no âmbito da União Federal, em que os servidores somente têm assegurada a aposentadoria pelo teto do Regime Geral de Previdência Social, precisando se filiar à previdência complementar se desejarem expandir seu benefício para o patamar atualmente vigente de cálculo do benefício com base na média das 80% maiores contribuições. A medida se justifica na medida em que, de acordo com informações divulgadas pelo governo, atualmente há 1,2 servidores inativos para cada servidor da ativa no Estado, o que põe em risco a sustentabilidade da previdência gaúcha a médio e longo prazo⁴⁴⁵.

O Estado do Rio de Janeiro, na mesma linha, encaminhou, em 16 de dezembro de 2015, à Assembleia Legislativa, projeto de lei (PL nº 1.292/2015) que pretende extinguir uma

⁴⁴³ Disponível em: <http://www.diariodecanoas.com.br/_conteudo/2015/08/noticias/rio_grande_do_sul/199259-sartori-vai-explicar-ajuste-fiscal-gaucha-em-entrevista-coletiva.html>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁴⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/08/abaixo-assinado-tenta-evitar-extincao-da-fundacao-zoobotanica-do-rs.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁴⁵ Idem notas acima.

autarquia e seis fundações estaduais, a saber: Superintendência de Desportos do Estado do Rio de Janeiro (Suderj) e as fundações para a Infância e Adolescência (Fia-RJ); Centro Estadual de Estatísticas, Pesquisas e Formação de Servidores Públicos do Rio de Janeiro (Ceperj); Santa Cabrini; Anita Mantuano de Artes do Estado do Rio de Janeiro (Funarj); Museu da Imagem e do Som (MIS/RJ); e Instituto de Pesca do Estado do Rio de Janeiro (Fiperj). Com a extinção, as estruturas dessas entidades seriam assumidas pela própria Administração Direta, promovendo-se um enxugamento da Administração Indireta, que, de acordo com dados divulgados pelo Estado, devem levar a uma economia de R\$ 300 milhões a R\$ 500 milhões anuais⁴⁴⁶.

Tanto as medidas federais quanto as gaúchas e fluminenses ainda estão em fase de implementação, de modo que ainda não é possível mensurar seu grau de sucesso nem de economia real para os entes públicos.

9.4.2. Redução de gastos com pessoal

Ainda no âmbito do contingenciamento de gastos públicos, medida relevante é a redução de despesas com pessoal, sobretudo se levado em conta o fato de que as despesas da Administração com pagamento de servidores e empregados públicos, comissionados, detentores de mandato eletivo, inativos e pensionistas representam uma das despesas públicas mais - quiçá a mais - expressivas. A título ilustrativo, em 2013, os gastos com pessoal somente da União Federal somaram 4,59% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro, após já terem atingido um pico de 5,16% em 2009⁴⁴⁷.

Aliás, é justamente com base na expressividade das despesas com pessoal para o equilíbrio das contas públicas que a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), em seu art. 18, estabelece limites máximos para gastos dessa natureza, fixados em 50% da receita corrente líquida para a União e 60% para Estados e Municípios. No entanto, em que pese a iniciativa louvável do legislador complementar nesse ponto, os limites de gastos com pessoal levam em conta o orçamento estimado na Lei Orçamentária Anual, a qual não possui caráter vinculante no Brasil, não considerando as receitas e despesas efetivamente realizadas. Se, ao revés, os patamares máximos fossem estabelecidos com base no orçamento realizado (e não estimado), ainda que com base em dados relativos a exercícios anteriores, pensamos que seria possível trazer maior efetividade para os limites de despesas com pessoal.

⁴⁴⁶ Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=2678469>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁴⁷ Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/9922>>. Acesso em 09 jan. 2016.

Para além disso, em contextos de crise econômica severa, em que haja redução das receitas públicas e/ou aumento de demanda por outras despesas mais emergenciais, é possível que o poder público entenda necessário reduzir as despesas de fato realizadas com pessoal, seja para se adequar a uma nova realidade orçamentária, seja para que haja mais recursos disponíveis para outras ações públicas.

A medida mais simples para reduzir despesas com pessoal consiste na exoneração de servidores comissionados, uma vez que estes são demissíveis *ad nutum*, sem que haja necessidade de motivação do ato de exoneração nem pagamento de quaisquer verbas rescisórias.

Nessa esteira, a Presidente Dilma Rousseff, a fim de minimizar o déficit orçamentário na Proposta de Lei Orçamentária Anual enviada para o Congresso para 2016 (o qual levou, inclusive ao rebaixamento do país e à perda do chamado “grau de investimento” pelas agências de *rating* Standard & Poors Moody’s⁴⁴⁸), anunciou em 02 de outubro de 2015 um pacote de contingenciamento de gastos públicos que incluía, dentre outras medidas, a exoneração de comissionados⁴⁴⁹. Até janeiro de 2016, contudo, apenas 346 comissionados foram efetivamente exonerados – em oposição à promessa feita no início de outubro de 2015 de exoneração de 3.000 ocupantes de cargos em comissão⁴⁵⁰.

Já em relação aos empregados públicos, é possível lançar mão de programas de demissão voluntária, ou, ainda, proceder-se à demissão de funcionários cujo desempenho venha se mostrando insuficiente, já que o regime de emprego público não assegura estabilidade, desde que, neste último caso, o ato de dispensa seja motivado, conforme jurisprudência atual do STF⁴⁵¹.

A título exemplificativo, em 2014, a Petrobras lançou um Programa de Demissão Voluntária que contou com adesão de cerca de 12% (doze por cento) do efetivo atual da companhia. Em que pese as indenizações a serem pagas aos funcionários que aderiram ao programa possam chegar a R\$ 600 mil por pessoa (cerca de R\$ 1,6 bilhão no total), as

⁴⁴⁸ As agências de *rating* foram analisadas no capítulo dedicado à regulação do sistema financeiro e, como visto, uma das causas para a deterioração da situação econômica dos EUA em 2008 foi a avaliação equivocada dessas agências - inclusive as que rebaixaram a nota do Brasil - em relação à solidez de títulos de securitização emitidos por bancos americanos, os quais, embora tivessem recebido notas A, posteriormente revelaram-se desprovidos de lastro (“podres”).

⁴⁴⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/dilma-anuncia-reducao-de-39-para-31-pastas-na-reforma-ministerial.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁵⁰ Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-11/governo-extingue-sete-secretarias-e-suprime-346-cargos-comissionados>> e <<http://www.orcamentofederal.gov.br/noticias/portugues/noticias/2015/governo-reestrutura-tres-ministerios-com-reducao-de-346-cargos-comissionados-e-sete-secretarias>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁵¹ RE 589998/PI, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.3.2013. (RE-589998)

previsões mais conservadoras estimam que o PDV gerará uma economia para a companhia na faixa de R\$ 13 bilhões, isso só entre 2014 e 2018. Para que a transmissão do conhecimento entre os trabalhadores que estão de saída e os mais jovens seja paulatina, foi dado um prazo de até trinta e seis meses para que os aderentes de fato se desliguem da estatal⁴⁵².

Ainda no que se refere aos empregados públicos, quando a demissão de funcionários não for necessária ou viável (por exemplo, nas hipóteses em que não houver caixa disponível para pagamento de indenizações e encargos rescisórios), é possível também a edição de normas que disciplinem acordos coletivos no âmbito de empresas estatais, de modo a racionalizar as despesas deles eventualmente decorrentes⁴⁵³.

Note-se que o acordo coletivo nasce de uma negociação entre empregador (no caso a empresa pública ou sociedade de economia mista) e sindicato dos trabalhadores, não parecendo haver óbice que, em se tratando de estatais, seja previsto um procedimento interno para a aprovação de propostas de acordos coletivos pelo empregador.

O Estado do Rio de Janeiro lançou mão dessa prerrogativa ao editar o Decreto Estadual nº 45.110/2015, que determina que propostas de acordos coletivos devem ser encaminhadas à Secretaria de Planejamento e Gestão acompanhadas dos seguintes documentos: (i) justificativa para sua concessão; (ii) estudo contendo os resultados institucionais e individuais que se quer alcançar com o acordo coletivo pretendido, quanto à melhoria do desempenho da entidade e ao incremento da eficiência, oferecendo indicadores apropriados para embasar tal análise; (iii) parecer emitido pelo órgão de assessoramento jurídico da entidade quanto à legalidade das cláusulas propostas; (iv) detalhamento da despesa decorrente do acordo pretendido; (v) estimativa do impacto financeiro e orçamentário no exercício em que deva se realizar o acordo coletivo e nos 2 (dois) subsequentes, acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas; (vi) descrição detalhada das fontes de recursos a serem utilizadas para cobrir as despesas decorrentes do acordo coletivo e projeção dos resultados patrimoniais e financeiros esperados para o exercício de 2015 e para os 2 (dois) anos subsequentes; e (vii) declaração, firmada pelo ordenador de despesa, de que as despesas

⁴⁵² Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/plano-de-demissao-da-petrobras-tera-impacto-negativo-de-16-bi-no-1-trimestre-12382595>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁵³ Os acordos coletivos nas empresas públicas e sociedades de economia mista federais já é disciplinada pelo Decreto Federal nº 908/1993, não havendo grande polêmica quanto ao seu cabimento. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Enunciado PGE/RJ nº 05 (“Às empresas públicas e sociedades de economia mista não são aplicáveis as negociações coletivas, devendo elas sessenta dias antes da data-base iniciar as negociações para celebração de acordo coletivo e, na sua impossibilidade, ajuizar dissídios coletivos”) consolida a possibilidade de celebração de acordos coletivos (celebrados entre o sindicato dos empregados e o próprio empregador), vedando, porém, as convenções coletivas, visto que celebradas entre sindicatos de empregados e sindicatos de empregadores e o poder público não pode constituir sindicatos.

a serem assumidas têm adequação orçamentária e financeira com o atual quadro patrimonial e financeiro da empresa. Após manifestação favorável da SEPLAG, a proposta de acordo coletivo deve ser encaminhada à Comissão de Planejamento Orçamentário e Financeiro - COPOF (criada inicialmente pelo Decreto Estadual nº 40.088/2007 e integrada por diversas autoridades estaduais, como o Secretário de Fazenda e o Procurador-Geral do Estado) e, apenas se aprovada pela Comissão, poderá seguir para autorização do Governador.

A exigência de um procedimento para a celebração de acordos coletivos no âmbito das estatais no Estado do Rio de Janeiro parece encontrar-se em conformidade com o ordenamento pátrio, principalmente no que se refere à responsabilidade, ao planejamento e à racionalização dos gastos públicos, na medida em que traz uma série de requisitos para a celebração do ajuste, inclusive quanto à necessidade de comprovação de disponibilidade orçamentária para fazer frente à nova despesa e estudo de impacto financeiro-orçamentário no exercício em que entrar em vigor e nos dois seguintes.

Todavia, embora o Decreto nº 45.110/2015 seja silente neste ponto, entendemos que suas disposições somente podem ser aplicadas às estatais dependentes, uma vez que apenas estas dependem de recursos do Tesouro para pagamento de despesas com pessoal. As estatais independentes são autossustentáveis, não necessitando de verbas oriundas da Administração Direta para remuneração de seus empregados, o que lhes confere maior autonomia para deliberar quanto à conveniência e à disponibilidade financeira para a celebração de negociações coletivas que acarretem aumento de despesa com pessoal.

Saindo do regime jurídico dos empregados públicos e passando à análise das ações que podem ser adotadas em relação aos servidores estatutários para redução de despesas com pessoal, vale inicialmente lembrar que os servidores gozam da garantia da estabilidade, somente podendo perder seu cargo nas seguintes hipóteses: processo administrativo disciplinar com contraditório e ampla defesa, sentença judicial transitada em julgado, avaliação periódica de desempenho também assegurada a ampla defesa (na forma de lei complementar, até hoje ainda não editada)⁴⁵⁴ ou inobservância dos limites de pessoal previstos na LRF.

Nesta última hipótese, antes da demissão de servidores estáveis, o art. 169 da Constituição da República prevê que se deve proceder à redução de até 20% dos cargos em comissão e funções de confiança e à exoneração de servidores não estáveis (aqueles que ainda se encontram em estágio probatório trienal). Se, mesmo após realizadas essas medidas, os

⁴⁵⁴ CF, art. 41, § 1º.

gastos com pessoal ainda estiverem acima dos patamares previstos na LRF, será possível que servidores estáveis percam seus cargos, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Além disso, mesmo no âmbito do regime jurídico administrativo a que se submetem os servidores públicos, é possível o lançamento de programas de desligamento voluntário, criando incentivos para que servidores, por vontade própria, se desliguem dos quadros da Administração. A medida já foi adotada pela União Federal por meio da Lei nº 9.468/1997, fruto de conversão da Medida Provisória nº 1.530-7/1997, que previa o pagamento de indenizações robustas aos servidores que optassem por aderir ao PDV, as quais variavam de acordo com o tempo de serviço⁴⁵⁵.

Caso não seja necessária a diminuição do número de servidores, outra medida que pode auxiliar no contingenciamento de gastos com pessoal é a extinção de gratificações especiais, criadas em razão do exercício de funções específicas e transitórias. Essas

⁴⁵⁵ Art. 4º Ao servidor que aderir ao PDV serão concedidos os seguintes incentivos financeiros:

I - para o servidor que contar, na data da exoneração, com até catorze anos, inclusive, de efetivo exercício no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional:

- a) indenização de uma remuneração por ano de efetivo exercício;
- b) acréscimo de 25% sobre o valor total da indenização prevista na alínea “a” deste inciso, para os que aderirem ao PDV nos primeiros quinze dias do Programa;
- c) acréscimo de 5% sobre o valor total da indenização prevista na alínea “a” deste inciso, para os que aderirem ao PDV entre o décimo-sexto e o vigésimo dia do Programa;

II - para o servidor que contar, na data da exoneração, com mais de catorze e até vinte e quatro anos, inclusive, de efetivo exercício no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional:

- a) indenização de uma remuneração por ano de efetivo exercício até o décimo-quarto ano;
- b) indenização de uma remuneração e meia por ano de efetivo exercício, a partir do décimo-quinto até a vigésimo-quarto ano;
- c) acréscimo de 25% sobre o valor total da indenização prevista nas alíneas “a” e “b” deste inciso, para os que aderirem ao PDV nos primeiros quinze dias do Programa;
- d) acréscimo de 5% sobre o valor total da indenização prevista nas alíneas “a” e “b” deste inciso, para os que aderirem ao PDV entre o décimo-sexto e o vigésimo dia do Programa;

III - para o servidor que contar, na data da exoneração, com mais de vinte e quatro anos de efetivo exercício no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional:

- IV indenização de uma remuneração por ano de efetivo exercício até o décimo-quarto ano;
- V indenização de uma remuneração e meia por ano de efetivo exercício a partir do décimo-quinto até o vigésimo-quarto ano;
- VI indenização de uma remuneração, somada a 80% do seu valor, por ano de efetivo exercício a partir do vigésimo-quinto ano;
- VII acréscimo de 25% sobre o valor total da indenização prevista nas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso, para os que aderirem ao PDV nos primeiros quinze dias do Programa;
- VIII

acréscimo de 5% sobre o valor total da indenização prevista nas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso, para os que aderirem ao PDV entre o décimo-sexto e o vigésimo dia do Programa.

§ 1º Na contagem do tempo de efetivo exercício para o cálculo de concessão dos incentivos financeiros considerar-se-á, como ano integral, a fração igual ou superior a seis meses.

§ 2º As licenças-prêmio vencidas e não gozadas serão contadas em dobro e integrarão o cálculo do tempo de efetivo exercício.

§ 3º Ainda integrará o cálculo do tempo de efetivo exercício, para os efeitos deste artigo, o período em que o servidor esteve em disponibilidade.

gratificações não possuem caráter geral, por isso não se consideram aumentos remuneratórios, assumindo natureza eminentemente *pro labore faciendo* - tanto que, assim que o servidor deixa de exercer a função que dá direito à sua percepção, a parcela é retirada de seu contracheque, não havendo que se falar em qualquer direito adquirido. Em função disso, torna-se possível a extinção de gratificações *pro labore faciendo* em cenários de contenção de gastos públicos sem que a medida represente violação à irredutibilidade de vencimentos dos servidores públicos (CF, art. 37, XV).

Em 2015, em meio a um contexto de crise econômica e queda da arrecadação, o Estado do Rio de Janeiro (um dos mais atingidos pela crise, já que sua economia é fortemente apoiada na indústria petrolífera, que sofre com os baixos preços da *commodity* no mercado internacional) valeu-se da prerrogativa de redução de gratificações de encargos especiais (GEE). A medida foi efetivada pelo Decreto Estadual nº 45.111/2015, que prevê uma redução das GEEs pagas pelo Estado em 35% do patamar autorizado até a data de sua edição, atingindo aproximadamente 17 mil servidores e representando uma economia de até R\$ 191 milhões de reais no exercício de 2015⁴⁵⁶.

Além da redução de gratificações por encargos especiais pagas a servidores públicos, tem sido comum também a redução dos salários do alto escalão do governo, medida anunciada no âmbito da União para a Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado e, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, para o Governador, o Vice-Governador e os Secretários de Estado. Em ambos os casos, a redução foi de 10% do valor bruto dos vencimentos⁴⁵⁷.

A medida possui um efeito mais pedagógico do que atuarial, na medida em que o volume de caixa despendido com essas remunerações não chega a ser expressivo, mas visa demonstrar que os próprios líderes do governo estão dispostos a se sacrificar no momento de crise, não apenas transferindo todos os encargos da recessão para os servidores e a população em geral. Em que pese a motivação, contudo, a redução de salários suscita polêmica, uma vez que a remuneração do Chefe do Executivo, embora ocupante de cargo político não sujeito às regras do regime administrativo dos servidores públicos, serve de parâmetro para a fixação do teto remuneratório dos servidores federais e dos servidores do Executivo estadual (CF, art. 37,

⁴⁵⁶ Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seplag/exibeconteudo?article-id=2300002>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁵⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/10/dilma-anuncia-reducao-de-39-para-31-pastas-na-reforma-ministerial.html>> e <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/peza-reduz-proprio-salario-e-de-secretarios-no-rj.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

XI), ambas as categorias abrangidas pela garantia da irredutibilidade salarial⁴⁵⁸.

Ainda no âmbito do contingenciamento de gastos com pessoal é possível que a crise econômica dê ensejo a medidas moralizadoras de implementação de comandos constitucionais cujo objetivo é limitar os “supersalários” no serviço público. Um importante mecanismo para estabelecer parâmetros salariais no serviço público refere-se às iniciativas que visam à concretização do art. 37, XI da Constituição Federal, que trata do teto remuneratório, limite previsto no Texto Maior para a remuneração mensal de agentes públicos variável de acordo com a esfera de governo e a carreira a que se vincula o agente em questão⁴⁵⁹.

Nessa esteira, podem-se destacar o Projeto de Lei nº 3123/2015, que regulamenta o limite remuneratório do serviço público, e a Proposta de Emenda à Constituição nº 139/2015, que pretende pôr fim ao abono permanência.

O abono permanência é um adicional remuneratório recebido por servidores públicos que já preencheram os requisitos para aposentadoria por tempo de contribuição, mas optam por permanecer na ativa. A PEC em questão revoga os dispositivos que tratam deste abono (art. 40, § 19 da CF e arts. 2º, § 5º e 3º, § 1º da EC 41/2003), que somente de janeiro a setembro de 2015 já representou um gasto de R\$ 912,6 milhões para a União Federal⁴⁶⁰.

Já o PL nº 3123 foi lançado em outubro de 2015 como parte do pacote de medidas para redução do déficit orçamentário federal e ainda em tramitação no Congresso Nacional, que pretende regulamentar o teto remuneratório aplicável aos agentes públicos nas três esferas de poder e no âmbito dos três Poderes de Estado e dos órgãos autônomos de controle⁴⁶¹. O

⁴⁵⁸ STF. MS 31353 ED/DF. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª turma. DJ 07.04.2015.

⁴⁵⁹ 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:

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

⁴⁶⁰ Disponível em: <<http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/11975>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁶¹ O PL é bastante amplo, estabelecendo sua incidência ao Presidente da República, ao Vice-Presidente da República e aos Ministros de Estado; aos Governadores, aos Vice-Governadores, aos Prefeitos, aos Vice-Prefeitos e aos Secretários de Estado, do Distrito Federal e de Municípios; aos membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais; aos membros dos Tribunais de Contas; aos magistrados, aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; ao pessoal civil da administração pública direta, autárquica e fundacional, do Poder Judiciário, do Poder

ponto central do PL é a tentativa de incluir uma série de vantagens pecuniárias percebidas por agentes públicos dentro do teto remuneratório, diferentemente do que ocorre atualmente, a fim de evitar a prática hoje bastante difundida de criação de verbas indenizatórias - e algumas supostamente indenizatórias - com o propósito de burlar o limite salarial constitucionalmente estabelecido.

Pode-se citar como exemplos de verbas indenizatórias que o PL insere no teto remuneratório: as verbas de representação, os abonos, os prêmios, adicionais, gratificações de qualquer natureza, ajudas de custo, substituições, valores decorrentes do exercício cumulativo de atribuições, horas extras, adicional noturno, de insalubridade e periculosidade, bolsas de estudos, auxílio-moradia concedido sem necessidade de comprovação da despesa, honorários profissionais recebidos em função do exercício de função pública, remuneração recebida pela participação nos órgãos de direção de estatais dependentes e abono permanência.

Por outro lado, ficam excluídas do teto parcelas como licença-prêmio convertida em pecúnia, auxílio-funeral, gratificação recebida por Ministro do Supremo Tribunal Federal para exercício da função eleitoral, valores despendidos com previdência complementar, ajudas de custo para mudança e transporte, indenização por uso de veículo próprio, auxílio-invalidez, diárias, auxílio ou indenização de transporte e auxílio-moradia concedido na forma de ressarcimento por despesa comprovada decorrente de mudança de residência em razão do ofício.

Ademais, o PL prevê que, no caso de jornadas de trabalho inferiores a 40 (quarenta) horas semanais, o limite remuneratório será reduzido proporcionalmente à jornada estabelecida - disposição que não encontra paralelo no texto constitucional.

Além da inovação acima, o projeto de lei ainda traz outros pontos polêmicos. Um deles é não deixar claro que o teto deve ser aplicado individualmente no caso de cumulação lícita de cargos públicos, trazendo dispositivos (art. 15) relativos à ordem para abatimento de parcelas no caso de agentes públicos que recebam remuneração por mais uma fonte (primeiro, abate-se a pensão, em segundo lugar, a aposentadoria; em terceiro, o cargo em comissão ou função de confiança e, por fim, os valores recebidos proporcionalmente quando se tratar de

Legislativo, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e da Defensoria Pública; aos militares das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares; aos servidores dos ex-Territórios; aos empregados e aos dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista que recebam recursos dos Tesouros Nacional, Estadual, Distrital ou Municipal, para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral; aos servidores ou empregados de consórcios públicos de que a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios participem; aos beneficiários de aposentadoria decorrente de qualquer das funções públicas relacionadas neste artigo; aos beneficiários de pensão instituída por quaisquer dos agentes públicos de que trata este artigo; e aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na hipótese de o benefício decorrer de relação sujeita ao limite remuneratório.

verbas de mesma natureza).

Além disso, o PL coloca como teto para os Desembargadores dos Tribunais de Justiça e demais carreiras jurídicas estaduais 90,25% da remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que foi considerado inconstitucional pelo próprio STF no julgamento da ADI 3854/MC⁴⁶², uma vez que o limite remuneratório da magistratura federal é o mesmo aplicável aos Ministros do Supremo e a carreira do Judiciário é regida pelo princípio da unidade.

Outro ponto polêmico é a abrangência nacional do Projeto de Lei, que, como visto, pretende ser aplicável a servidores de todos os entes da Federação, o que pode contrariar a competência conferida pelo art. 39 da Constituição para que cada ente disponha sobre seu próprio regime de pessoal. Por outro lado, cabe salientar que recentemente, no julgamento do RE 606.358, o STF decidiu que vantagens pessoais percebidas por servidores públicos se submetem ao limite constitucional remuneratório, ressalvadas apenas as parcelas indenizatórias, como diárias e o polêmico auxílio-moradia⁴⁶³.

Na verdade, o acórdão em questão não nos parece ser incompatível com o entendimento de que a pretensão de nacionalizar o PL nº 3123 transbordaria as competências legislativas da União, devendo ser interpretado no sentido de que as leis de cada ente federativo que criem parcelas a serem acrescidas à remuneração de servidores públicos devem levar em consideração os parâmetros fixados pelo STF, sendo vedada a atribuição de natureza indenizatória a parcelas que não representam uma indenização pelo trabalho.

Na mesma linha de reduzir gastos com servidores públicos, a Presidente vetou o Projeto de Lei nº 7.920/2014, aprovado pelo Congresso Nacional, que concedia reajustes a servidores públicos do Poder Judiciário que variavam entre 53% e 78,56% das remunerações atuais. Em novembro de 2015, o veto foi apreciado e mantido pelo Legislativo. De acordo com o Ministério do Planejamento, caso tivesse sido aprovado, o PL representaria um gasto de R\$ 1,5 bilhão somente em 2015, chegando a R\$ 10,5 bilhões ao ano em 2018⁴⁶⁴.

Na Europa, Portugal oferece exemplos ainda mais contundentes de medidas adotadas para a redução de gastos com pessoal. A primeira delas, adotada em 2010, foi a redução, em 5%, dos vencimentos mensais líquidos dos titulares de cargos políticos e dos gestores públicos e equiparados (artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 12-A/2010) do vencimento mensal

⁴⁶² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo457.htm#Subteto-de-Magistrados-Estaduais>> e Art. 37, XI, e § 12, da CF.

⁴⁶³ Disponível em: <<http://jota.info/stf-decide-que-vantagens-pessoais-de-servidores-estao-limitadas-ao-teto-constitucional>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁶⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/executivo-propoe-aumento-de-213-para-servidores-do-judiciario.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

ilíquido dos membros das Casas Civil e Militar da Presidência da República, dos gabinetes dos membros do Governo, dos gabinetes dos Governos Regionais, dos gabinetes de apoio pessoal dos presidentes e vereadores das câmaras municipais e dos governadores civis (artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 47/2010).

A segunda, mais polêmica, foi a redução, pela Lei Orçamentária de 2011, da remuneração de agentes públicos (tanto servidores públicos quanto agentes políticos⁴⁶⁵) que recebessem acima de € 1.500,00 por mês em percentuais que variam entre 3,5% e 10% da remuneração mensal bruta do funcionário, dependendo de sua faixa salarial⁴⁶⁶, não se incluindo na base de cálculo da redução apenas “*os montantes abonados a título de subsídio de refeição, ajuda de custo, subsídio de transporte ou o reembolso de despesas efetuado nos termos da lei e os montantes pecuniários que tenham natureza de prestação social*”. Foram reduzidos, ainda, os “*subsídios de fixação e compensação*” de Magistrados e Membros do Ministério Público em 20%.

As ações foram declaradas constitucionais pelo Tribunal Constitucional Português por meio do Acórdão nº 396/2011, sob o argumento de que as supressões seriam transitórias e adequadas para reduzir o premente déficit público. Destacou-se que, ainda que a Lei Orçamentária de 2011 não previsse expressamente um período para a vigência das reduções salariais, o orçamento público é regido pelo princípio da anualidade, de modo que eventual ultra-atividade das regras para os exercícios seguintes dependeria de previsão em cada Lei Orçamentária Anual.

Além disso, entendeu o Tribunal que a Constituição Portuguesa não consagrava expressamente um princípio da irredutibilidade salarial, vedando apenas supressões arbitrárias, o que assegurava a ilicitude da medida, tendo em vista o grave contexto de crise

⁴⁶⁵ Agentes públicos correspondem a um gênero que abrange todas as pessoas físicas que, de alguma forma, prestam serviços ao poder público, ainda que de maneira transitória ou gratuita (vide art. 2º da Lei nº 8.429/92). Dentro desse gênero, situam-se, dentre outras, as espécies dos servidores públicos e dos agentes políticos. Estes últimos são os agentes que tomam decisões políticas sem subordinação hierárquica, sendo detentores de mandato eletivo ou apontados diretamente por agentes eleitos, ao passo que os primeiros são aqueles que prestam serviços de forma remunerada e profissional à Administração, possuindo um vínculo de natureza jurídico-administrativa com o poder público (Vide: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012. Capítulo XVIII, p. 497 e ss. e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Capítulo XI. p. 354 e ss).

⁴⁶⁶ Artigo 19.º Redução remuneratória

1 — A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos:

- a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000;
- b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165;
- c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 4165.

econômica vivenciado no país. No entanto, a própria Corte destaca que a decisão seria diversa caso a ordem constitucional do país consagrasse expressamente tal princípio; assim, entendemos que na ordem brasileira a redução forçada de salários de servidores públicos não se mostraria juridicamente viável, tendo em vista a previsão constitucional expressa dessa garantia⁴⁶⁷.

O momento de crise e a transitoriedade das reduções serviu, ainda, para afastar a alegação de violação à proteção da confiança legítima e à igualdade entre trabalhadores públicos e privados, na medida em que a completa mudança das circunstâncias fáticas tornaria viável a revisão de remunerações fixadas sob outras condições⁴⁶⁸. Caberia, dessa forma, ao

⁴⁶⁷ Vejamos o seguinte trecho do Acórdão n.º 396/2011: Invoca o requerente, em fundamentação do pedido, a violação do “direito fundamental à não redução do salário”.

Não consta da Constituição qualquer regra que estabeleça a se, de forma directa e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários. Essa regra inscreve-se no direito infraconstitucional, tanto no Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas (artigo 89.º, alínea d)), como no Código do Trabalho (artigo 129.º, n.º 1, alínea d)).

Vem arguido que tal garantia, ainda que integrando a legislação ordinária, goza de “força constitucional paralela”, por via do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição.

(...)

Mas importa sobretudo sublinhar que a regra não é absoluta. De facto, a norma que proíbe ao empregador, na relação laboral comum, diminuir a retribuição (artigo 129.º, n.º 1, alínea d), do Código de Trabalho) ressalva os “casos previstos neste Código ou em instrumento de regulamentação colectiva do trabalho”. Quanto à relação de emprego público, admite-se que a lei (qualquer lei) possa prever reduções remuneratórias (cfr. o citado artigo 89.º, alínea d)). **O que se proíbe, em termos absolutos, é apenas que a entidade empregadora, tanto pública como privada, diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, sem adequado suporte normativo.**

Deste modo, não colhe a argumentação de que existiria um direito à irredutibilidade do salário que, consagrado na legislação laboral, teria força de direito fundamental, por virtude da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1, da Constituição. Se assim fosse, o legislador encontrar-se-ia vinculado por tal imperativo, o que, como vimos, não sucede. Em segundo lugar, não se pode dizer, uma vez garantido um mínimo, que a irredutibilidade do salário seja uma exigência da dignidade da pessoa humana ou que se imponha como um bem primário ou essencial, sendo esses os critérios materiais para determinar quando estamos perante um direito subjectivo que se possa considerar “fundamental” apesar de não estar consagrado na Constituição e sim apenas na lei ordinária (Cfr. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, p. 79-80).

⁴⁶⁸ As reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas. E trata-se de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos. Sem esquecer que, relativamente a algumas categorias de destinatários, elas se cumularam com outras medidas anteriores de redução remuneratória. Assim, a redução prevista no artigo 19.º, n.º 1, da lei do Orçamento do Estado “tem por base a remuneração total ilíquida apurada após a aplicação das reduções previstas nos artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 12-A/2010, de 30 de Junho, e na Lei n.º 47/2010, de 7 de Setembro, para os universos neles referidos”, sendo certo que tais diplomas já tinham operado reduções remuneratórias (artigo 19.º, n.º 8). **De facto, os artigos 11.º e 12.º da Lei n.º 12-A/2010 tinham reduzido, a título excepcional, em 5%, os vencimentos mensais ilíquidos dos titulares de cargos políticos e dos gestores públicos e equiparados e, também, o artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 47/2010 tinha já reduzido, a título excepcional, em 5%, o vencimento mensal ilíquido dos membros das Casas Civil e Militar da Presidência da República, dos gabinetes dos membros do Governo, dos gabinetes dos Governos Regionais, dos gabinetes de apoio pessoal dos presidentes e vereadores das câmaras municipais e dos governadores civis.**

Essa redução teve, além disso, efeitos imediatos, logo no dia de entrada em vigor da lei do Orçamento do Estado, ou seja, um dia após a sua publicação em Diário da República.

Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental

Tribunal apenas aferir se a medida mostra-se arbitrária, por sobrecarregar gratuita e injustificadamente um grupo de cidadãos, o que a Corte entendeu não ser o caso da Lei Orçamentária de 2011⁴⁶⁹.

No entanto, o mesmo Tribunal Constitucional Português declarou, no Acórdão nº 353/2012, a inconstitucionalidade de nova tentativa de redução das remunerações de servidores públicos, dessa vez no patamar de 14,3%, levada a efeito pela Lei Orçamentária de 2012. Nesse caso, entendeu a Corte Portuguesa que a nova supressão, somada àquela já chancelada no ano anterior, violaria a razoabilidade e a proporcionalidade, destacando que seria possível a adoção de outras medidas, menos gravosas à parcela da população atingida, para se alcançar a finalidade de diminuição do déficit público⁴⁷⁰.

gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Outros países da União Europeia vivem problemas semelhantes, com interferências recíprocas, sendo divulgada abundante informação a esse respeito.

Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações. Medidas desse teor foram efectivamente tomadas noutros países, com larga anterioridade em relação à publicação da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2011, e com reduções remuneratórias mais acentuadas do que aquelas que este diploma veio a implementar” (grifos nossos).

⁴⁶⁹ É sabido que a actuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a selecção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objecto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes.

Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos.

Não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual. (grifos nossos)

⁴⁷⁰ Assinalou o Tribunal que “*uma política financeira alternativa poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagramento da situação*”

Ainda no que se tange às despesas com pessoal, no início de dezembro de 2015, o Estado do Rio de Janeiro passou por uma situação delicada envolvendo o pagamento da remuneração de servidores públicos ativos e inativos e, ainda, da segunda parcela do décimo terceiro salário (correspondente a 1/3 dos vencimentos mensais). Sem recursos em caixa para fazer frente à despesa, no dia designado para pagamento (o segundo dia útil do mês, no caso, 02/12/2015), o Estado depositou integralmente apenas os vencimentos dos servidores que recebem até R\$ 2.000,00 (cerca de 53% dos servidores estaduais), pagando apenas R\$ 2.000,00 àqueles cujos vencimentos são superiores a esse valor e postergando em uma semana o pagamento da quantia restante. Além disso, foi também realizado o parcelamento, em cinco meses, do pagamento da segunda parcela do décimo terceiro salário de servidores estaduais, inativos e pensionistas.

Foram atingidos pela medida os servidores efetivos, temporários e comissionados, ativos e inativos, de todo o Estado, excluídos apenas os pensionistas e os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, que por determinação constitucional, possuem autonomia orçamentária e recebem seu orçamento em duodécimos ao longo do ano⁴⁷¹.

A ação é bastante polêmica, na medida em que viola a expectativa legítima⁴⁷² do servidor de receber seus vencimentos na data pactuada desde o início do exercício e, inclusive, disponível no portal do Governo para consulta pública⁴⁷³. Por outro lado, diante da ausência de recursos disponíveis em caixa, poucas ações podem ser pensadas para garantir o pagamento dos servidores na data acordada. O atraso não parece, tampouco, se amoldar à literalidade de nenhum dispositivo da Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade⁴⁷⁴.

daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas”.

⁴⁷¹ Arts. 99 e 127, § 2º da CF/88. Embora a Defensoria Pública tenha autonomia constitucional (CF/88, art. 134, § 2º), essa independência ainda se encontra em fase de implantação no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o que fez com que os defensores públicos também fossem afetados pela medida. A Procuradoria Geral do Estado, por sua vez, não goza de autonomia orçamentária, de modo que seus procuradores também sofreram contingenciamento de salários.

⁴⁷² Entendemos tratar-se de expectativa legítima, e não de direito adquirido, porque, embora haja um direito adquirido do servidor a receber a remuneração correspondente ao mês já trabalhado (para que não haja o enriquecimento sem causa do poder público), não haveria um direito adquirido ao recebimento desta remuneração em uma determinada data, uma vez que a fixação da data de pagamento faz parte do regime jurídico dos servidores, o qual comporta modificações em razão de sua natureza administrativa.

⁴⁷³ Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seplag/exibeconteudo?article-id=1911336>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁷⁴ Os artigos da Lei nº 1.079/50 de que a conduta mais se aproxima seriam os arts. 9º a 11. No entanto, não há correspondência exata com nenhum dos tipos nele previstos:

“Art. 9º São crimes de responsabilidade contra a probidade na administração:

1 - omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; 2 - não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior; 3 - não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; 4 - expedir ordens ou fazer

Nesse sentido, parece possível falar apenas em responsabilidade civil por descumprimento da data fixada pelo próprio Estado para pagamento e violação à expectativa legítima dos servidores. Nesse caso, em se tratando de uma omissão relativa a um dever específico do Estado (realizar o pagamento de seus servidores na data avençada), a responsabilidade civil do Estado seria objetiva⁴⁷⁵, dependendo apenas da comprovação do dano oriundo do atraso no pagamento, da conduta comissiva ou omissiva de algum agente estatal (no caso, já caracterizada a omissão no dever de pagar o servidor) e do nexo de causalidade entre os dois primeiros.

A responsabilização civil do Estado, porém, pode gerar um efeito perverso se analisado sob a perspectiva das finanças públicas, tendo em vista que o pagamento de eventuais indenizações diminuiria ainda mais o volume de recursos disponível para fazer frente às despesas essenciais à manutenção da máquina administrativa, inclusive o pagamento de pessoal. Nessa esteira, a solução para a questão parece ser mais estrutural do que imediata: uma reforma administrativa profunda, que reavalie o sistema previdenciário brasileiro, estabeleça critérios mais rígidos para cômputo de superávit orçamentário e de despesas com

requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição; 5 - infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais; 6 - Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim; 7 - proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo” (grafia original).

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária: 1- Não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa; 2 - Exceder ou transportar, sem autorização legal, as verbas do orçamento; 3 - Realizar o estorno de verbas; 4 - Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária. 5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; ((Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 10) captar recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 11) ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos para finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) 12) realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei. (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

“Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos: 1 - ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas; 2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais; 3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal; 4 - alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal; 5 - negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional”.

⁴⁷⁵ Vide: STF, Informativo nº 391.

pessoal e que realmente concretize o princípio da eficiência das contratações e das despesas públicas de modo geral. Somente assim o déficit público poderá ser verdadeiramente combatido.

Nos dias subsequentes ao anúncio do atraso no pagamento da remuneração dos servidores estaduais, foi publicado no Diário Oficial do Estado, em 18 de dezembro de 2015, o novo calendário para pagamento de servidores, inativos e pensionistas fluminenses, passando a prever como data-limite para pagamento o 7º dia útil do mês subsequente (e não mais o 2º dia útil do mês subsequente, como era fixado em 2015).

A designação de novo calendário de pagamentos dos servidores, inativos e pensionistas do Poder Executivo, por si só, não parece ter o condão de representar um ato ilícito, na medida em que não há nenhum comando legal que considere ilegal o pagamento na nova data avençada e, ademais, a publicação ocorreu antes do início do exercício de 2016, permitindo alguma programação aos servidores para se readequar à nova data de pagamento.

O STF, em 22 de dezembro de 2015, em liminar concedida pelo Min. Ricardo Lewandowski no Mandado de Segurança nº 33.969⁴⁷⁶, entendeu que a nova data de pagamento não poderia ser aplicada ao Poder Judiciário nem ao Ministério Público, tendo em vista que os arts. 99 e 168 da Constituição da República determina que o repasse dos duodécimos destas instituições deve ser feito até o vigésimo dia de cada mês⁴⁷⁷. A decisão, embora amparada pela literalidade do texto constitucional, traz a lume questões atinentes à isonomia dentro da estrutura do poder público, uma vez que leva ao surgimento de categorias privilegiadas dentro do serviço público, as quais seriam menos afetadas pela crise que atinge o Estado do que os servidores ligados diretamente ao Executivo.

Por fim, o atraso nos repasses devidos pelo Estado do Rio de Janeiro em razão de contratos, convênios e contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OSs) tem levado ao não pagamento de profissionais terceirizados do Estado, como prestadores de serviços, auxiliares de serviços gerais, seguranças, ascensoristas e, ainda, profissionais de

⁴⁷⁶ Em 22/12/2015: "[...] Isso posto, defiro o pedido liminar formulado, para determinar que o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em ainda não o tendo feito, efetue o repasse, como vem realizando nos últimos meses, do valor do duodécimo do mês de dezembro de 2015 correspondente aos recursos das dotações orçamentárias destinadas ao Poder Judiciário estadual para o exercício financeiro vigente, nos termos da legislação em vigor. Assim sendo, comunique-se, com a máxima urgência, a autoridade apontada como coatora, notificando-a para que preste informações no prazo de dez dias (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009). Dê-se ciência desta impetração à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, enviando-lhe cópia da petição inicial e desta decisão (art. 7º, II, da Lei 12.016/2009). Publique-se."

⁴⁷⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306873>> e <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/stf-obriga-governo-rio-nao-alterar-data-pagamento-tj-rj>>. Acesso em 09 jan. 2016.

saúde de hospitais e unidades de saúde geridos por OSs⁴⁷⁸.

O agravamento da crise principalmente no setor da saúde levou ao fechamento temporário do Centro Estadual de Diagnóstico por Imagem - Rio Imagem⁴⁷⁹ e à municipalização de dois hospitais estaduais, o Albert Schweitzer e o Rocha Faria, ambos geridos por Organizações Sociais que enfrentaram graves problemas com os atrasos nos pagamentos devidos pelo Estado. De acordo com informações divulgadas pelo próprio Estado, a passagem das unidades de saúde para o Município representa uma economia de R\$ 504 milhões ao ano para o poder público estadual⁴⁸⁰.

Do ponto de vista jurídico, transferência dos hospitais em questão para a gestão municipal se mostra possível na medida em que o Sistema Único de Saúde é regido pelo princípio da solidariedade entre os entes, consagrado pelo art. 196 da CF e pela Lei nº 8.080/90 (Lei do SUS). Inclusive, não é novidade na história recente do Rio de Janeiro, embora com sinal trocado: em 2005, outra crise na saúde levou à transferência do SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência) do Município para o Estado⁴⁸¹. No entanto, é salutar que a mudança de gestão não acarrete interrupção dos serviços prestados à população, sobretudo os de urgência e emergência.

Já o fechamento do Rio Imagem deve ser analisado com maior parcimônia. Se for demonstrado que se trata de decorrência de greves dos funcionários da unidade (empregados da OS gestora), caberá à Justiça do Trabalho⁴⁸² analisar a legitimidade do movimento, levando em consideração a natureza essencial do serviço, o que impede a sua paralisação total, na forma da Lei nº 7.783/1989 (Lei Geral de Greve).

Por outro lado, se a interdição decorrer de uma opção do Estado na formulação de suas políticas públicas, a legitimidade da medida deve ser aferida a partir dos parâmetros traçados no Capítulo III quando da análise de restrições a direitos sociais impostas por

⁴⁷⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/05/divida-com-fornecedores-no-erj-e-de-r-12-bilhao-diz-secretaria.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁷⁹ Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/12/medicos-do-rio-imagem-negociam-volta-ao-trabalho-informa-sindicato.html>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁸⁰ Disponível em: <<http://m.oglobo.globo.com/rio/municipalizacao-de-hospitais-fara-estado-economizar-504-milhoes-1814283>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁸¹ Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2005/03/21/ult1766u8557/jhtm>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁸² No caso de unidades administradas diretamente pelo poder público (e não por Organizações Sociais), eventuais movimentos grevistas devem ser analisados pela Justiça Comum, e não pela Trabalhista, uma vez que envolverão servidores públicos, e não empregados de entidade privada do terceiro setor. Note-se que, em relação ao direito de greve dos servidores públicos, desde os Mandados de Injunção n 708 e 712 o STF consagrou o entendimento de que, até que seja editada lei específica, devem ser aplicadas as disposições da Lei Geral de Greve relativas aos serviços essenciais, admitindo-se a greve, desde que não acarrete a paralisação total das atividades e mantidos percentuais adequados de funcionamento.

medidas anticrise. Deve-se analisar se a ação viola ou não o mínimo existencial da população (por exemplo, se há ou não outros centros de imagem disponíveis) assistida pela política pública, considerando-se legítimas apenas as ações que resguardem este mínimo. Já as ações que avancem sobre o mínimo existencial podem ser objeto de invalidação e, se for o caso, responsabilização civil do Estado⁴⁸³ e por improbidade administrativa do agente público que tenha violado princípios administrativos de gestão pública com dolo ou culpa.

9.5. Redução, rescisão e renegociação de contratos administrativos

A última medida de austeridade que abordaremos aqui é a redução, rescisão e renegociação de contratos administrativos, isto é, políticas de arrocho que envolvam supressões em contratos celebrados pela Administração Pública, com vistas a reduzir gastos públicos.

Inicialmente, vale destacar que as supressões orçamentárias em matéria de contratos relativos a delegações de serviços públicos de modo geral podem levar à consolidação do fenômeno estudado na seção relativa às desestatizações, denominado “privatização por omissão”, que ocorre justamente quando o poder público deixa de prestar diretamente atividades de interesse coletivo, abrindo espaço para prestadores privados.

No entanto, é possível que sejam feitas supressões em contratos administrativos não relacionados à prestação de serviços públicos, como, por exemplo, contratações relativas ao fornecimento de bens e serviços para a própria Administração ou a obras públicas. Nesse caso, a hipótese será de retração do Estado e de seus investimentos, a fim de minimizar os dispêndios públicos e reequilibrar as contas públicas.

A medida encontra amparo na legislação pátria, uma vez que a Lei nº 8.666/93 - Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos - prevê expressamente a possibilidade de supressão parcial ou rescisão unilaterais dos contratos públicos, na forma de seus arts. 65, I c/c § 1º e 79, I c/c 78, XII, respectivamente. A supressão unilateral, no entanto, fica limitada a 50% do valor do contrato atualizado no caso de reformas e 25%, para os contratos administrativos em geral; para valores acima destes percentuais será necessário o

⁴⁸³ Vimos no Capítulo III a responsabilidade em razão de omissões no dever de garantir o mínimo existencial. No caso do fechamento de unidades de saúde, a responsabilidade parece, porém, decorrer de uma ação do Estado, a qual se dá de maneira objetiva, pela teoria do risco administrativo, na forma do art. 37, § 6º da CF, que exige apenas a comprovação de dano, conduta e nexos de causalidade, dispensando a presença do elemento subjetivo. Saliente-se, porém, que, como visto no Capítulo III, o poder público poderá apresentar como tese defensiva a exclusão do nexos causal por “força maior” ou, ainda, requerer a denúncia da lide ao(s) agente(s) público(s) cujas condutas dolosas ou culposas tenham sido determinantes para a deterioração das finanças públicas.

consentimento do contratado, conforme inciso II do art. 65. Já a rescisão unilateral poderá ser feita com base em razões de interesse público - por exemplo, uma severa crise econômica e a premente necessidade de redução do déficit público -, demonstradas no processo administrativo referente à contratação.

Com base nos permissivos acima mencionados, o Estado do Rio de Janeiro editou o Decreto Estadual nº 45.109/2015, que estabelece normas sobre a reavaliação das contratações dos órgãos e entidades da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro. O decreto em tela prevê, em síntese, a redução do saldo restante dos contratos em vigor (compreendido o conceito de “saldo” como o valor correspondente às prestações ainda não cumpridas) e das contratações em curso (entendidas como aquelas ainda não homologadas e, no caso do pregão, aquelas cujo objeto ainda não foi adjudicado ao vencedor) em, pelo menos, vinte por cento.

No que se refere às licitações ainda em fase interna, as licitações de bens e serviços não essenciais deveriam ser suspensas, ao passo que os certames cujo objeto seja considerado essencial terão seu quantitativo reduzido em, no mínimo, vinte por cento, o que deverá ser seguido de ratificação do Secretário responsável pela Pasta.

A fase interna ocorre antes da publicação do edital do certame, tratando-se do momento em que a Administração Pública identifica suas necessidades, suas possibilidades orçamentárias e elabora o instrumento convocatório da licitação. Nesse momento, ainda não há que se falar em expectativas de particulares em relação àquela possível contratação, de modo que a redução do objeto inicialmente estimado não enfrenta maiores questionamentos jurídicos – desde que assegurada a continuidade de serviços públicos básicos.

Já no que tange às licitações em curso, aquelas consideradas não essenciais serão revogadas, na forma do art. 49 da Lei nº 8.666/93, enquanto aquelas tidas como essenciais deverão ser suspensas para análise da possibilidade de redução de seu objeto em pelo menos vinte por cento. Caso a redução seja possível, a licitação deve ser revogada e, em seguida, aberto novo certame com os novos quantitativos, já na hipótese de a supressão não ser possível, a contratação deverá prosseguir, mediante a devida justificativa no processo.

A revogação de licitações é permitida pelo art. 49 da Lei nº 8.666/93 casos em que se verifique razão de interesse público decorrente de fato superveniente à publicação do instrumento convocatório, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. Presentes estes requisitos, o certame poderá ser desfeito mediante decisão motivada nos autos do processo administrativo, sem que haja dever de a Administração indenizar eventuais particulares interessados.

Em relação aos contratos em vigor, a despesa deve ser reavaliada, no prazo de 90 dias a contar da publicação do decreto. Constatada a possibilidade de redução do objeto sem prejuízo imediato à continuidade do serviço público, deverá, após a notificação do contratado, ser realizada: (i) a alteração unilateral do contrato, qualitativa ou quantitativa, implicando a supressão de, no mínimo, vinte por cento do saldo do contrato, na forma do art. 65, I, *a e b* e § 1º da Lei nº 8.666/93; (ii) a alteração o contrato, com a concordância do contratado, caso a supressão supere vinte e cinco por cento do valor atualizado do contrato; ou (iii) a rescisão do contrato, extinguindo-o por meio de distrato, com a concordância o contratado.

Ademais, além de não estar prevista expressamente no decreto, é também possível a renegociação do valor do contrato, com a manutenção do objeto. A medida também dependerá da concordância do contratado, já que se trata de alteração de cláusula econômica do contrato, essencial para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. A renegociação pode ser especialmente útil para contratos que geram despesas contínuas para o poder público, como locações e prestações de serviços de limpeza e vigilância, representando uma economia considerável para a Administração. Especificamente no que se refere aos contratos de locação, a atual desaceleração do mercado imobiliário no país pode, inclusive, contribuir para o sucesso do poder público em reduzir o valor pago mensalmente a título de aluguel⁴⁸⁴.

Caso as alterações contratuais tratadas nos dispositivos acima não se mostrem possíveis, a decisão pela manutenção integral do valor da avença deverá ser justificada, exigência que se mostra afinada com o princípio da motivação dos atos administrativos. Além disso, se o contratado não concordar com a dissolução do contrato, deverá ser proposta a redução de seu objeto – a qual, se estiver dentro dos limites do art. 65 da Lei nº 8.666/93, independará da anuência do particular.

Nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/93, o contratado é obrigado a suportar alterações unilaterais por parte da Administração dentro dos limites de 25% do valor atualizado do avença para contratos em geral e 50% do valor atualizado para contratos de reforma de edifício ou equipamento. Trata-se de manifestação do *ius imperii* titularizado pela Administração, manifestado nos contratos administrativos por meio das cláusulas exorbitantes.

Já as alterações que superem os limites acima dependerão da anuência do contratado, a fim de que o particular não seja excessivamente onerado pelas prerrogativas detidas pelo

⁴⁸⁴ Disponível em: <<http://m.oglobo.globo.com/economia/desaceleração-do-mercado-imobiliario-obriga-proprietarios-darem-desconto-maior-para-fechar-negocio-16213745>>. Acesso em 05 jan. 2015.

poder público nos contratos de direito público – e que acabam tornando-os financeiramente mais custosos, na medida em que o contratado embutirá no valor de sua proposta o risco de mutação do contrato a que está sujeito. Além disso, no caso de alterações acima dos limites legais que importem supressões do objeto inicialmente pactuado, a possibilidade de desvirtuamento da economia de escala e mudança das condições de competição em que se realizou o certame são consideravelmente menores do que no caso de acréscimos.

Portanto, adequadas ao regime jurídico da Lei nº 8.666/93 as disposições do Decreto Estadual nº 45.109/2015 que exigem a concordância do particular apenas para supressões superiores a 25% do valor inicial atualizado do contrato.

Por sua vez, a rescisão diz respeito à extinção amigável – isto é, com a concordância de ambas as partes – de contratos administrativos, a qual é expressamente admitida pelo art. 79, II da Lei nº 8.666/93, não inspirando grandes controvérsias. Ademais, ainda no que tange à extinção de contratos administrativos, cabe destacar que a alteração unilateral da avença acima dos limites previstos no art. 65, § 1º do diploma legal em tela constitui hipótese de sua extinção, na forma do art. 78, XIII.

Note-se que, em relação à extinção de contratos administrativos em curso, o Decreto nº 45.109/2015 opta por não lançar mão da faculdade que a Lei nº 8.666/93 concede ao gestor público de rescindir unilateralmente as avenças com fulcro em razões de interesse público. Talvez com a intenção de evitar possíveis questionamentos judiciais de ex-contratados que discordassem dos motivos alegados pelo poder público para a rescisão unilateral de seus contratos, o Executivo estadual optou por regulamentar apenas a rescisão amigável, levada a efeito com a concordância do particular.

No âmbito das despesas correntes, em 12/01/2016, foi publicado o Decreto Estadual nº 45.541, que determina a suspensão temporária da utilização de veículos de representação no Estado do Rio de Janeiro, mediante revogação de licitações em curso e reavaliação dos contratos em vigor, nos mesmos moldes do supracitado Decreto nº 45.109/2015.

Mais recentemente, a União Federal, na mesma esteira do Estado do Rio de Janeiro, editou, em 09 e 13 de outubro de 2015, os Decretos Federais nº 8.540 e 8.541, que estabelecem, respectivamente, medidas de racionalização do gasto público nas contratações para aquisição de bens e prestação de serviços e na utilização de telefones celulares corporativos e outros dispositivos e no uso de veículos oficiais e nas compras de passagens aéreas para viagens a serviço no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional.

O Decreto Federal nº 8.540/2015 traz como meta a redução de 20% (vinte por cento)

dos gastos com as despesas correntes previstas em seu Anexo Único, a saber: locação de imóveis; apoio administrativo, técnico e operacional; locação de máquinas e equipamentos; locação, aquisição, manutenção e conservação de veículos; locações de mão de obra e terceirização; serviços de consultoria; serviços de cópia e reprodução de documentos; serviços de limpeza e conservação; serviços de telecomunicações; vigilância ostensiva; aquisição de passagens; e energia elétrica. Além disso, a prorrogação e a celebração de novas avenças relativas a esses objetos depende da apresentação da devida justificativa quanto ao interesse público da despesa.

Os serviços de celular, *tablet* e modem passam a ser limitados aos Ministros de Estado; aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; ao Chefe do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas; aos ocupantes de cargos de Natureza Especial; aos dirigentes máximos de autarquias e fundações; e aos ocupantes de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS de níveis 5, 6 e equivalentes. É também estabelecido um teto para essas despesas de R\$ 500,00 por mês para os primeiros cargos, R\$ 200,00 para os ocupantes de cargos DAS-5 e R\$ 150,00 para os demais autorizados.

Já o Decreto Federal nº 8.541/2015 altera o Decreto nº 71.733/73 para impor limites para os gastos com passagens aéreas, estabelecendo que apenas o Presidente da República e seu Vice-Presidente podem voar de primeira classe; os Ministros de Estado, os ocupantes de cargos de Natureza Especial, os Comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica e o Chefe do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas, de classe executiva; e os demais servidores, civis ou militares, somente podem voar de classe econômica.

Os atos em comento visam a promover uma redução dos gastos públicos com despesas de custeio da própria máquina, postura bastante salutar em momentos de crise econômica e necessidade de reequilíbrio do orçamento público. No entanto, a iniciativa do gestor federal foi mais modesta do que a do Executivo fluminense, uma vez que somente regulamentou a redução das despesas de custeio, ao passo que o Estado do Rio de Janeiro dispôs sobre contingenciamento todos os contratos administrativos e licitações de modo geral.

Do outro lado do Atlântico, Portugal, durante a crise, implantou - e ainda vem implantando - uma série de medidas bastante duras para a população, muitas delas analisadas nas seções acima, como o aumento da idade para aposentadoria, cortes em benefícios previdenciários e reduções sobre a remuneração de servidores públicos. Por outro lado, o Estado Luso não adotou medidas que visassem à redução de despesas públicas oriundas de contratos administrativos, o que foi objeto de severas críticas pela doutrina portuguesa, tendo em vista que os grandes empresários, titulares de contratos vultosos com a Administração, não

sofreram com nenhuma medida de arrocho adotada durante a crise, ao passo que a população mais humilde foi duramente penalizada com os pacotes de austeridade econômica.

Vejamos os comentários de Jorge Bacelar Gouveia, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa, sobre o tema: *“Tem-se dito que não se pode reduzir as despesas do Estado em relação às parcerias público-privadas porque as parcerias público-privadas são fixas, ou são reguladas por um contrato, e a vontade contratual é sagrada, não se podendo alterar os contratos. (...) Depois também se tem pensado em introduzir um corte geral de 20% na despesa pública com as PPPs. Mas logo se diz: „Ah, mas isso não é possível, porque mesmo que se fizesse isso não se resolveria o problema da despesa pública”, uma vez que a massa salarial – de facto, é verdade, do ponto de vista de despesa do Estado – corresponde a 2/3 da despesa total. Mas mesmo que não resolvesse o problema, certamente essa regra o minoraria e, sobretudo, introduziria um tónus de justiça, de os cidadãos não ficarem a pensar que são os únicos culpados e que têm de suportar uma crise que deve ser repartida por todos, sejam trabalhadores ou não trabalhadores, sejam portugueses ou estrangeiros”*⁴⁸⁵

A contundência das críticas em Portugal permite verificar que os Executivos federal e fluminense andaram bem - ao menos do ponto de vista da repercussão social da atitude - ao adotar medidas que visem à redução de gastos públicos com base na supressão de contratos administrativos (muito embora não se tenha reduzido contratos de concessão e PPPs). É possível que essas ações não se mostrem suficientes para combater o déficit público, como o próprio autor português salienta, porém isso não impede que elas sejam consideradas positivas, não só por reduzir - ainda que parcialmente - as despesas públicas, mas, sobretudo, por trazer consigo aspectos de isonomia e justiça social especialmente caros à população mais carente e afetada pela recessão.

Saliente-se, por fim, que a renegociação de contratos administrativos não se confunde com atrasos nos pagamentos devidos pela Administração contratante, cenário que, infelizmente, tem sido uma realidade frequente no cenário brasileiro. Durante o ano de 2015, as Universidades Federais enfrentaram greves e atrasos nos pagamentos a fornecedores⁴⁸⁶ e, em novembro, o Governador do Estado do Rio de Janeiro anunciou a suspensão do pagamento a fornecedores para a cobertura da segunda parcela do décimo terceiro salário dos

⁴⁸⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar. Da “Constituição da Crise” à “Crise da Constituição”. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013. p. 196-199.

⁴⁸⁶ Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/420470_O+APAGAO+DAS+UNIVERSIDADES>. Acesso em 09 jan. 2016.

servidores estaduais⁴⁸⁷.

Especificamente quanto aos atrasos nos pagamentos de prestações de contratos administrativos, o art. 78, XV da Lei nº 8.666/93 traz uma mitigação à exceção do contrato não cumprido, estabelecendo que o particular contratado pela Administração Pública deve suportar até 90 (noventa) dias de atraso nos pagamentos devidos pelo poder públicos antes que possa interromper a prestação do objeto contratual. Já o art. 79, III do mesmo diploma legal prevê que a rescisão do contrato no caso de atraso da Administração somente pode ser efetuada judicialmente, mesmo no caso de atraso superior a 90 dias.

Ainda que a disciplina normativa crie, na prática, uma brecha para atrasos reiterados do poder público no pagamento de seus fornecedores, não seria correto afirmar que esse retardo seria um ato essencialmente lícito, na medida em que o art. 40, XIV, “c” estabelece que é cláusula obrigatória dos Editais de licitação os critérios de atualização dos valores devidos pela Administração no período entre a data em que seriam devidos e a sua efetiva liquidação.

Portanto, ainda que o atraso nos pagamentos devidos pelo Estado do Rio de Janeiro - assim como qualquer outro ente público ou pessoa que integre a Administração Pública - a seus fornecedores não possa ensejar a liberação imediata do contratado no cumprimento de suas obrigações contratuais, os pagamentos em atraso deverão ser feitos com a devida correção, de acordo com os critérios previstos no instrumento convocatório do certame licitatório.

Além disso, é inegável que o atraso nos pagamentos gera efeitos na qualidade dos serviços públicos oferecidos à população e à própria Administração, bem como redução dos índices de confiança no mercado em relação à solidez daquele ente, o que repercute em contratações mais caras (quanto maior o risco do fornecedor de não receber, mais caro ele irá cobrar pelo objeto a ser fornecido) para o poder público e prejudica a confiança na própria economia daquele ente.

Nesse sentido, ainda que a Lei nº 8.666/93 em certa medida permita um atraso de até 90 (noventa) dias pelo poder público, entendemos que o cenário ideal seria manter pagamentos em dia, preferindo-se os mecanismos de renegociação, rescisão e redução unilateral (dentro dos limites legais de 25% do valor atualizado da avença para contratos em geral e 50% para os contratos de obra, conforme art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93) dos contratos já em vigor como instrumento de contingenciamento e reavaliação de gastos públicos.

⁴⁸⁷ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/estado-pode-deixar-de-pagar-divida-com-uniao-ate-aumentar-icms-18099853>>. Acesso em 09 jan. 2016.

9.6. Conclusões parciais

As últimas páginas ofereceram uma visão geral sobre o fenômeno das desestatizações e do contingenciamento dos gastos públicos, iniciando-se com uma análise sobre as diversas formas por meio das quais as desestatizações podem ser efetivadas, tais como a alienação do controle de companhias estatais, as delegações de serviços públicos e da exploração de monopólios à iniciativa privada e a diminuição do papel do Estado na prestação de serviços públicos não exclusivos.

Discutimos o papel do Direito na fixação dos limites a essa diminuição do tamanho do Estado, chegando à conclusão de que a opção por um papel de maior ou menor protagonismo para o poder público na sociedade e na economia é uma escolha contingente, variável de acordo com a ideologia política majoritária no país naquele momento, cabendo ao Direito determinar os limites concretos à desestatização de uma determinada atividade.

Vimos, ainda, alguns exemplos em matéria de privatização ocorridos na Europa Mediterrânea e na América Latina, como a REN, em Portugal, o curioso caso da alienação de ilhas gregas e os programas de desestatização de rodovias, ferrovias e equipamentos de infraestrutura em geral lançados pelo governo federal brasileiro.

Saindo das desestatizações e adentrando na contenção de gastos públicos, analisamos primeiramente medidas ligadas à reestruturação da Administração Direta e Indireta, com a redução do número de órgãos superiores, a extinção de entidades da Administração Indireta e a racionalização do emprego de recursos físicos, humanos e financeiros, a exemplo da reforma ministerial realizada pela União Federal em outubro de 2015 e da reforma administrativa implantada pelos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, que pretendem extinguir uma série de autarquias e fundações públicas.

Em seguida, tratamos da redução das despesas com pessoal, levada a efeito por meio da exoneração de ocupantes de cargos em comissão (cujo provimento *ad nutum* permite a livre nomeação e exoneração); de programas de demissão voluntária de empregados públicos (*e.g.*, a Petrobrás realizou um grande programa dessa espécie em 2014); desligamento de empregados públicos cujo desempenho se mostre insuficiente, desde que por ato motivado; perda do cargo por servidores estáveis caso o ente federativo ultrapasse os limites impostos pela LRF para gastos com pessoal (50% da receita corrente líquida para a União e 60% para Estados e Municípios); programas de desligamento voluntário de servidores estáveis; extinção de gratificações transitórias de natureza *pro labore faciendo* (tal qual realizado pelo Estado do

Rio de Janeiro por meio do Decreto Estadual nº 45.110/2015); redução da remuneração dos agentes políticos de alto escalão; fim do abono permanência; e implementação do limite constitucional para a remuneração de servidores públicos.

Analisamos, ainda, a polêmica ação adotada pelo Estado do Rio de Janeiro de postergar em uma semana o pagamento de seus servidores públicos ativos e inativos e dividir em cinco vezes o pagamento da segunda parcela de seu décimo terceiro salário, devido à ausência de disponibilidade financeira para fazer frente à despesa na data previamente estabelecida. A medida, embora dificilmente apta a caracterizar crime de responsabilidade, representa violação às legítimas expectativas dos servidores de receber seus vencimentos e proventos na data divulgada desde o início do ano pelo próprio governo estadual. Nesse sentido, a violação a essa expectativa pode ensejar a responsabilização civil do Estado em razão da omissão em seu dever de pagar pontualmente seus servidores.

Após o atraso no pagamento dos servidores, foi promovida a alteração da data de pagamento de suas remunerações, passando do segundo dia útil do mês subsequente para o sétimo dia útil do mês seguinte ao trabalhado. A medida, publicada no diário oficial do Estado em 18 de dezembro de 2015, suscitou polêmica em relação à isonomia no serviço público ao servir de pano de fundo para a liminar concedida pelo STF no MS 33.969, em que o Supremo reconheceu que a nova data de pagamento não pode ser aplicada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público em razão das disposições dos arts. 99 e 168 da CF, que asseguram o repasse dos respectivos duodécimos até o 20º dia de cada mês.

Foram também tecidas considerações a respeito do atraso do Estado nos repasses devidos em razão da celebração de contratos, convênios e contratos de gestão firmados com Organizações Sociais, o que deu ensejo ao não pagamento de uma série de prestadores de serviços terceirizados, como auxiliares de limpeza e vigilantes, e ainda, de profissionais de saúde nas unidades geridas pelas OS, culminando na municipalização dos hospitais estaduais Albert Schweitzer e Rocha Faria.

As medidas de redimensionamento da estrutura administrativa e do pessoal empregado no setor público podem fazer aflorar um lado positivo da crise: a oportunidade para reestruturar o Estado, enxugando a máquina naquilo em que ela se mostra inchada e abrindo espaço para melhor equipá-la naquilo em que ela se mostra deficitária e, assim, racionalizando a atuação do poder público em busca de maior qualidade e eficiência na prestação de serviços públicos. Trazem à tona, ainda, debates sobre a estruturação constitucional das instituições democráticas e os conflitos que podem surgir entre mecanismos que visam a lhes assegurar independência (como os duodécimos), frente a outras questões

igualmente relevantes para a democracia, como a isonomia e a uniformidade de tratamento de pessoas em situação semelhante (como os servidores do Executivo e os do Judiciário e do Ministério Público).

Por fim, abordamos a redução e a renegociação de licitações e contratos administrativos, analisando medidas tomadas tanto para a diminuição de despesas correntes (locação de veículos e equipamentos de informática, reprografia, telefonia, internet, etc. passagens aéreas) quanto supressões em contratos de fornecimento de bens e serviços em geral para a Administração, seja de forma unilateral, com base no art. 65 e seu § 1º da Lei nº 8.666/93, seja de maneira consensual, com a anuência do contratado.

No âmbito da redução de despesas correntes, uma medida importante é a renegociação de contratos que envolvam despesas contínuas, como locações e prestações de serviços gerais, com a redução do valor pago pelo fornecimento do objeto. A renegociação, por afetar cláusulas econômicas do contrato, depende da concordância do contratado, mas, sobretudo nos contratos de aluguel, o contexto de desaceleração econômica pode facilitar o êxito do ente público nessa empreitada.

Estudamos dois casos concretos no que se refere a modificações de contratos administrativos: o Decreto Estadual RJ nº 45.109/2015 e os Decretos Federais nº 8.540 e 8.541/2015. O primeiro, mais abrangente, trata da possibilidade de revogação de licitações e da redução unilateral e consensual de contratos administrativos em geral, estabelecendo como meta a redução de pelo menos vinte por cento do saldo de todos os contratos administrativos celebrados pela Fazenda Pública Estadual, ressalvadas as despesas consideradas essenciais pelos gestores públicos.

Já os decretos federais traçam a mesma meta de redução de vinte por cento apenas para contratos envolvendo as despesas correntes listadas em seu anexo único (locação de veículos e reprografia, por exemplo), estabelecendo, ainda, limitações quanto à utilização de celulares, *tablets* e modems corporativos e à compra de passagens aéreas. De acordo com essas balizas, apenas servidores de alto escalão fazem jus a telefones e afins, com valores máximos para a despesa mensal que variam R\$ 150,00 e R\$ 500,00 e, em relação às passagens aéreas, apenas o Presidente da República e seu Vice podem voar de primeira classe, servidores de alto escalão, de classe executiva e servidores em geral, de classe econômica.

Ações dessa natureza tendem a demonstrar para a população que o poder público está engajado no combate à crise e, também, disposto a fazer sacrifícios naquele momento delicado, o que contribui para o apoio popular às medidas anticrise, como assinala Jorge Bacelar Gouveia nas críticas que tece ao governo português quando este optou por não

renegociar contratos administrativos durante a crise de 2008, muito embora os cidadãos lusitanos estivessem enfrentando duras ações de austeridade.

Representam, ainda, uma oportunidade para discutir o tamanho do Estado e sua eficiência no cumprimento de sua missão institucional de administrar recursos públicos, de modo a efetivar, da melhor maneira possível, direitos fundamentais, o que pode ser alcançado por meio de outras formas que não a prestação estatal direta. Aliás, quando os gastos com a manutenção da própria máquina inviabilizam o desenvolvimento de políticas públicas, parece mais do que salutar um redimensionamento do Estado e, nesse sentido, a crise econômica pode funcionar como um catalisador para essa reforma.

CONCLUSÃO

Dando início à Parte I deste trabalho, no capítulo I, fizemos um breve apanhado sobre a intervenção do Estado na economia ao longo da história, verificando que a atuação estatal no domínio econômico assume um caráter cíclico - ou pendular -, ora com maior participação estatal na economia, ora com maior liberdade para o mercado privado.

Na história mundial recente, o *laissez faire* do liberalismo clássico cede lugar ao protagonismo estatal com a crise de 1929 e o *New Deal*. Posteriormente, a maior participação do Estado na economia é substituída, já nos anos 1980, por um movimento de desregulação e privatização de serviços públicos e empresas estatais, iniciada a partir da deterioração do Estado do Bem-Estar Social. O pêndulo se desloca novamente com a crise de 2008, cujas principais causas foram falhas e déficits regulatórios no sistema financeiro norte-americano, que permitiram um comportamento excessivamente especulativo - e insustentável a longo prazo - naquele mercado.

Quando o pêndulo se desloca em direção a uma menor intervenção, o processo de desregulação vai se expandindo até o ponto em que as falhas de mercado se tornam tão estruturais que o mercado não se sustenta. Já nos momentos em que o pêndulo se move rumo a uma maior atuação estatal, a ingerência excessiva do poder público na iniciativa privada não apenas compromete o mercado como também conduz a um aumento exagerado de gastos públicos, levando a um desmantelamento do próprio governo.

Assim, o principal catalisador da movimentação desse ciclo em direção a uma maior ou menor atuação do Estado na economia é justamente a eclosão de uma crise econômica profunda, que traga à tona a necessidade de reformas estruturais no sistema, seja para ampliar seja para reduzir a participação do Estado no domínio econômico - a depender dos motivos e do contexto em que cada recessão se insere.

Analisamos, ainda, como se dá a interação entre economia e direito à luz da teoria dos sistemas, entendendo que ambos formam sistemas autônomos, porém interligados a partir de acoplamentos estruturais que permitem que estímulos oriundos de um, inicialmente percebidos como ruídos ou perturbações pelo outro, possam ser internalizados a partir do código-diferença próprio de cada sistema.

As ações levadas a cabo pelo governo para enfrentar situações de crise econômica representariam um desses acoplamentos estruturais, uma vez que seriam formuladas pela economia e balizadas pelo direito - e, ainda, chanceladas pela política através do processo

eleitoral democrático. Dessa forma, não caberia ao direito determinar qual medida deve ou não ser implementada para combater a recessão econômica, mas tão somente estabelecer os limites e os contornos dentro dos quais as medidas selecionadas pela economia e chanceladas pela política podem ser efetivadas dentro da ordem constitucional, conjugando-se necessidades fáticas e financeiras com os comandos trazidos pela tutela dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico em geral.

Nosso objetivo foi, assim, analisar esses limites de ordem jurídica à implantação de ações governamentais de enfrentamento de crises econômicas, tanto aquelas que aumentam a participação do Estado na economia (medidas expansionistas ou contracíclicas) quanto as que diminuem o papel do poder público no domínio econômico (medidas de austeridade).

Para tanto, realizamos, nos capítulos II e III, respectivamente, uma análise mais ampla em relação à operação dos limites jurídicos ligados à livre-iniciativa e à proteção dos direitos sociais na efetivação de medidas anticrise econômica.

No âmbito das limitações trazidas pela livre-iniciativa, assentamos inicialmente a natureza de direito fundamental da livre-iniciativa em sentido estrito, caracterizada pela liberdade de empreender e de escolha da profissão, na medida em que concretiza a dignidade da pessoa humana, sobretudo em relação à capacidade de autodeterminação que integra a autonomia privada.

No entanto, nesse aspecto econômico – de maior interesse para a definição dos limites jurídicos às medidas anticrise econômica –, a livre-iniciativa somente será um direito fundamental naquilo que se referir a seu núcleo essencial, sendo admissíveis tanto a reserva justificada de determinados setores estratégicos à titularidade estatal quanto a exigência de preenchimento de certos requisitos para o exercício de algumas profissões. Nesse sentido, analisamos uma série de situações em que a atuação do Estado na economia interage com a livre-iniciativa, ora para restringi-la (como, por exemplo, no caso de criação de monopólios e serviços públicos exclusivos), ora para conformá-la (como no caso de regulação de mercado e controle de preços) e ora até para ampliá-la ou fomentá-la (como no caso de desregulação e diminuição da oferta estatal de serviços públicos não exclusivos).

Ainda que devamos reconhecer a existência de um espaço de conformação para a implantação de projetos políticos contingentes, no âmbito das medidas anticrise, o caráter fundamental da livre-iniciativa opera como importante limitador às ações que podem ser adotadas pelo poder público com vistas à retomada do crescimento econômico, uma vez que as ações do poder público necessariamente deverão observar o núcleo essencial da liberdade de empreender para que estejam em conformidade com a ordem constitucional.

Nesse sentido, medidas que tendam a abolir por completo a liberdade de empreender devem ser descartadas de pronto, ao passo que ações que imponham restrições à livre-iniciativa (como, por exemplo, a criação de um monopólio estatal em determinado setor da economia) devem ser justificadas, demonstrando-se as razões que levaram à sua adoção, a fim de que possam ser submetidas à análise das instâncias de controle existentes em uma sociedade democrática.

A legitimidade dessas restrições deverá ser aferida, portanto, caso a caso, reservando-se espaço tanto para os valores defendidos por cada comunidade quanto para a implementação de projetos políticos democraticamente eleitos, os quais podem ser ora mais interventivos ora mais liberais; porém, sem que se comprometa o núcleo duro da liberdade de empreender e a livre escolha da profissão, elementos que, ao fim e ao cabo, revelam-se importante componente do projeto pessoal de vida de cada indivíduo.

Já no que se refere aos limites impostos pela proteção dos direitos sociais, é importante termos em mente que a sua efetivação por parte do Estado em regra demanda o dispêndio de elevado volume de recursos públicos. Sendo assim, em contextos de crise econômica e redução do orçamento público disponível para o desenvolvimento de políticas públicas de cunho prestacional, é possível que o poder público adote medidas que imponham restrições a determinados direitos sociais - ou simplesmente constate pela sua inevitabilidade.

À luz do pragmatismo e da versão fraca da proteção à confiança (que somente considera legítima a expectativa que se baseie no mesmo contexto), o direito deve ser permeado pela realidade em que ele se insere e, em momentos de crise econômica prolongada, a disponibilidade orçamentária para o desenvolvimento de políticas públicas de modo geral - inclusive aquelas voltadas à promoção de direitos sociais - sem dúvida resta comprometida.

Nesse sentido, concluímos pela juridicidade de medidas que, em contextos de crise econômica grave e duradoura, provoquem restrições a direitos sociais, sem que a ação esbarre em princípios como a vedação do retrocesso, a isonomia e a proteção à confiança legítima. Contudo, para que essa compressão de direitos sociais possa ser considerada válida, ela não poderá atingir o núcleo essencial desses direitos nem o mínimo existencial – para nós, composto por liberdades fundamentais e direitos sociais à educação básica, média e técnica, saúde básica e assistência aos desamparados.

Constrições de direitos sociais para além dos limites acima fixados somente seriam admitidas caso expressamente declarado o estado de exceção. Entretanto, esse estado excepcional somente pode ser declarado dentro das hipóteses constitucionalmente previstas e

apenas poderá restringir aqueles direitos expressamente arrolados no texto constitucional. Na ordem atual brasileira, embora uma dura crise econômica possa servir de fundamento, a partir de conceitos jurídicos indeterminados, à declaração de estado de exceção, não seria possível a restrição de direitos sociais, tendo em vista que estes não estão previstos no rol dos arts. 136 e 137 da Constituição da República de 1988 como passíveis de compressão durante os estados de defesa e de sítio.

Caso adotadas medidas que representem restrições para além do mínimo existencial, será cabível a invalidação administrativa ou judicial da medida, à luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Além disso, será possível a responsabilidade civil do Estado pela omissão em garantir o mínimo existencial e, ainda, a responsabilidade do agente público que tenha decidido pela adoção da medida por improbidade administrativa na modalidade de violação a princípios. A responsabilidade por improbidade, como se funda em violação a princípios, dependerá da comprovação de dolo ou culpa do agente, assim como a responsabilidade civil do Estado nos casos de omissão genérica (isto é, aquelas em que não há dever específico de agir), ao passo que, nas omissões específicas, a responsabilidade será objetiva.

Não obstante, as medidas de combate a crises econômicas, como buracos cinzentos que são, sempre estarão sujeitas à apreciação pelos órgãos de controle, notadamente o Poder Judiciário. Ao aferir a validade dessas ações, os magistrados deverão considerar o contexto em que foram editadas, o grau de debate que se colocou em torno da medida e as possíveis consequências de sua invalidação e, mesmo em se tratando de período de crise persistente, não devem ser admitidas restrições a direitos sociais que importem violações ao mínimo existencial.

A atuação do magistrado deverá ter em conta o princípio “*in dubio* pró-medida anticrise”, isto é, seu juízo acerca da ação levada a cabo deverá se basear em uma análise rígida, declarando-se sua antijuridicidade apenas nos casos em que a medida se situar em uma zona de certeza positiva, privilegiando-se a decisão do gestor público – democraticamente eleito – quando a política adotada se situar em uma zona cinzenta ou em uma zona de certeza positiva quanto à sua legitimidade.

No caso, porém, de ter sido adotada uma medida que invada o mínimo existencial, será possível a sua invalidação pela via administrativa (autotutela) ou judicial e, ainda, eventual responsabilização civil do ente público e do agente público e responsabilização por improbidade administrativa deste último por violação a princípios da Administração.

A responsabilidade por improbidade em razão de violação a princípios dependerá da

comprovação do elemento subjetivo doloso, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Já a responsabilidade civil do ente público será objetiva nas ações e nas omissões específicas e subjetiva nas omissões genéricas. Em ambos os casos, porém, entendemos possível a alegação de “força maior” ou “inexigibilidade de conduta diversa” (“estado de necessidade pública”) para afastar o dever de indenizar, caso demonstrado que a crise não decorre de nenhum comportamento do Estado, ou, ao menos, reduzir o *quantum indenizatório*, quando comprovada a presença de fatos exógenos concorrentes. Além disso, na linha da jurisprudência do STJ, também consideramos cabível a denúncia do agente público cujas ações dolosas ou culposas tenham contribuído para a instalação e o agravamento da crise à lide.

Por fim, deve-se ter em mente que, independentemente dos motivos que culminaram em uma situação tão grave, nos casos de grave indisponibilidade financeira, é possível que não haja possibilidade fática de o Estado dar cumprimento a determinações judiciais de cunho prestacional. Para não incorrer em “quixotismo judiciário”, nesses casos o debate jurídico deve se deslocar dessa relação obrigacional e direcionar-se mais para a responsabilidade civil do Estado – à luz dos parâmetros trazidos ao longo deste capítulo – e para a responsabilidade civil e por improbidade dos agentes políticos cujos comportamentos tenham, por dolo ou culpa, contribuído sensivelmente para a deterioração das finanças públicas.

Feita essa análise geral dos principais limites jurídicos às medidas anticrise econômica - a livre-iniciativa e os direitos sociais -, prosseguimos nossa análise, na Parte II, com um estudo de medidas expansionistas em espécie, com ênfase na atuação estatal direta, na regulação do mercado financeiro e no fomento. Nossa intenção não foi a de trazer um rol exaustivo das ações anticíclicas, mas, sim, analisar as medidas mais comuns no âmbito das políticas de aumento da intervenção estatal no domínio econômico em momentos de recessão.

No Capítulo IV, vimos que a atuação estatal direta pode se dar de duas formas: os resgates a agentes públicos ou privados em graves dificuldades e as participações societárias, majoritárias (empresas públicas e sociedades de economia mista) ou minoritárias (empresas semiestatais), do poder público.

Os resgates - ou *bailouts* - a agentes privados ou públicos em graves dificuldades, os quais são efetivados por meio de empréstimos, aquisição de títulos emitidos pelo resgatado ou compra de ações do resgatado. O principal limitador ao salvamento de agentes privados é o risco moral que ele pode implicar ao gerar incentivo para que os dirigentes dessas entidades atuem de forma irresponsável ao saberem que, quando seus negócios fracassarem, serão resgatados pelo governo.

Por outro lado, em relação a entidades públicas, a maior baliza é a legitimidade democrática do resgate (já que o Estado que resgata opta por investir recursos próprios em uma terceira nação em vez de em benefício de sua própria população) e o risco que o *bailout* externo pode trazer à soberania nacional do resgatado, sobretudo se o salvamento for acompanhado de imposições estrangeiras (usualmente ligadas à implementação de políticas de austeridade, como no caso da *Troika* Europeia na crise de 2008).

As participações societárias do Estado representam outra forma de efetivação da atuação direta do Estado na economia, a qual pode se dar mediante a criação de novas estatais, expansão de estatais já existentes, reestatização de companhias anteriormente privatizadas, participações minoritárias do poder público ou instituição de *golden shares* (ações preferenciais de classe especial, com poder de veto sobre determinadas deliberações) em companhias objeto de desestatização ou até mesmo em companhias de que o poder público seja acionista minoritário.

A criação de empresas estatais pode ser essencial para garantir a condução de políticas expansionistas durante crises econômicas, permitindo que o Estado invista em determinada atividade considerada relevante para a geração de empregos e a circulação de riqueza mesmo em contextos de retração econômica. Entretanto, à luz dos princípios da subsidiariedade e da livre-iniciativa, a criação de estatais deverá obedecer aos ditames do art. 173 da Constituição da República, que, embora bastante fluidos, somente a admitem nos casos de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

A expansão das companhias já existentes tem a mesma finalidade contracíclica da criação de estatais, visando a garantir investimentos em áreas estratégicas apenas da crise econômica, e pode se dar por meio da ampliação de suas atividades ligadas propriamente ao objeto social ou da atuação macroeconômica da estatal. A expansão da atuação da estatal dentro dos limites de seu objeto é, *a priori*, legítima, desde que, no caso de empresa pública, não acarrete prejuízos e, no caso de sociedade de economia mista, não implique violação à legislação societária que protege os acionistas minoritários nem às disposições do estatuto da companhia.

Já a utilização da estatal para a condução de políticas macroeconômicas que extrapolem o seu objeto social e contrariem os interesses da própria companhia não deve ser admitida, uma vez que excede o interesse público que justificou a criação da companhia. Admitimos, ao revés, a atuação macroeconômica que possa ser delineada a partir do objeto da companhia, desde não traga prejuízo (assim considerado o prejuízo global no balanço anual da companhia) nem viole normas de proteção dos acionistas ou da concorrência.

Isso seria possível na medida em que a atuação da estatal não se pauta exclusivamente no lucro; como deixa claro o art. 238 da Lei nº 6.404/76, as atividades da empresa estatal podem ser orientadas de acordo com o interesse público que justificou a sua criação. Assim, as balizas para eventual atuação macroeconômica da estatal seriam: (i) o comportamento estar abrangido pelos objetivos previstos na lei de criação da estatal, ainda que por meio de cláusulas abertas como o “aprimoramento daquele mercado”; (ii) o respeito ao compromisso lucrativo das sociedades de economia mista e à ausência de prejuízo nas empresas públicas, levando-se em consideração o montante global das atividades da companhia, admitindo-se os chamados subsídios cruzados; e (iii) a observância das normas gerais e setoriais de proteção à concorrência e aos acionistas minoritários (no caso da sociedade de economia mista).

A reestatização de companhias privatizadas - que, quando efetuada em situações de crise econômica, terá a mesma finalidade da criação e da expansão de estatais - deverá ocorrer por meio da desapropriação de ações, como previsto no parágrafo único do art. 236 da Lei nº 6.404/76. A desapropriação seguirá o rito do Decreto-Lei nº 3.365/41, com declaração de utilidade ou necessidade pública e posterior ajuizamento de ação de desapropriação; contudo, entendemos pela necessidade de lei autorizativa da desapropriação, uma vez que a criação de Estatais também exige edição de lei e, no Brasil, vigora o paralelismo de formas. Por outro lado, admitimos a imissão provisória na posse das ações, mediante depósito em juízo do valor de mercado das ações, aferido na data de seu requerimento.

A atuação direta do Estado durante crises econômicas pode se dar, ainda, por meio de participações minoritárias do Estado em sociedades privadas, conhecidas como empresas público-privadas ou empresas semiestatais, que não integram a estrutura da Administração Indireta por não se enquadrarem no conceito legal de empresas públicas ou sociedades de economia mista. As participações minoritárias são, a princípio, legítimas, e representam um importante mecanismo de combate a crises econômicas, seja por meio do financiamento de atividades relevantes seja através da aquisição de ações como mecanismo de salvamento de entidades em dificuldades. No entanto, devem ser utilizadas de acordo com os preceitos do ordenamento pátrio, sem que sirvam de subterfúgio para escapar das imposições típicas do regime jurídico de direito público a que se submetem as empresas estatais.

No âmbito dessas participações minoritárias, admitem-se, ainda, as *golden shares*, ações preferenciais de classe especial que asseguram direitos mais amplos a seu titular, que podem permitir ao poder público vetar determinadas deliberações sociais contrárias à política desenvolvida pelo poder público no combate à crise econômica, como, por exemplo, o

encerramento de determinada atividade que possa gerar desemprego e piora de indicadores sociais.

Cada um desses mecanismos não é estanque e a adoção de um não exclui a possibilidade de implementação dos demais. Na verdade, a escolha por um ou alguns (ou, quiçá, todos) mecanismos de atuação direta do estado na economia, seja em momentos de crise econômica seja em situações de normalidade institucional, dependerá não de parâmetros jurídicos, mas, sim, de standards econômicos e políticos, ligados às necessidades do contexto e à ideologia política do governo no momento.

Já no Capítulo V, analisamos em que medida a regulação do sistema financeiro pode atuar no combate e na prevenção a crises econômicas. Ainda que se reconheça que o capitalismo é intrinsecamente cíclico e que, em assim sendo, crises continuarão a ocorrer independente dos esforços para aprimorar o mercado financeiro, não se pode negar que o aperfeiçoamento desse mercado pode contribuir para, pelo menos, atenuar os efeitos das crises econômicas e restaurar mais brevemente a normalidade institucional, na medida em que parcela considerável das recessões se inicia com a deterioração de falhas no sistema bancário.

Vimos, nesse sentido, propostas para aprimoramento da regulação financeira, com o intuito de reduzir os riscos moral e sistêmico, como a implementação dos parâmetros de regulação prudencial assentados em Basileia e a criação de restrições à consolidação de agentes que possam ser considerados “*too big to fail*” e aos resgates a instituições financeiras que estejam enfrentando graves dificuldades financeiras.

Muitas sugestões doutrinárias passam, ainda, pela mudança de foco da regulação financeira para que assuma um foco mais *ex post* do que *ex ante*, com preocupação maior em mitigar efeitos de eventuais crises do que em uma tentativa de preveni-las, na medida em que, diante do caráter eminentemente cíclico do capitalismo, a crise em si seria inevitável. Dentro desse modelo alternativo, sugere-se a busca pelo desenvolvimento de normas que se preocupem mais em criar uma rede de proteção apta a combater as consequências de crises financeiras do que suas causas, dado que as causas tendem variar de crise para crise, ao passo que as consequências costumam ser bastante semelhantes.

Assim, defende-se a criação de uma rede de proteção mais ampla para o sistema financeiro, que funcione como uma espécie de moldura de segurança, dentro da qual ele poderá se desenvolver com menores riscos sistêmicos. Essa rede de proteção seria fundada em três pilares: (i) a criação de mecanismos de garantias de depósitos, que seriam obrigatórias para instituições financeiras bancárias ou não bancárias e reunidas em fundos que auxiliariam na liquidez de instituições financeiras em dificuldades; (ii) o fortalecimento da supervisão de

instituições financeiras, a fim de obrigar que aquelas que enfrentem problemas se reorganizem, ou deem início à sua liquidação, sendo certo que a reestruturação deve ser feita mediante de captação de recursos privados, e não públicos – como ocorreu nos *bailouts* efetivados pelo governo americano em 2008; e (iii) a busca preferencial por entidades privadas interessadas em incorporar (*bail-in*) agentes financeiros à beira da falência, a fim de evitar o aporte de recursos públicos nos famigerados *bailouts*.

Uma vedação absoluta aos *bailouts* não seria salutar para o sistema, tendo em vista que pode haver salvamentos que se justifiquem com base no argumento da deterioração que seguiria a falência de um agente verdadeiramente relevante. No entanto, muitos outros podem advir de mera captura regulatória, motivo pelo qual as normas de regência do mercado financeiro devem restringir ao máximo as hipóteses em que os resgates serão admitidos e sempre exigir ampla justificação para sua efetivação. Os resgates somente devem ocorrer, portanto, nos casos em que, de fato, a falência do agente econômico possa acarretar consequências mais gravosas à solidez do sistema econômico do que o seu salvamento com a utilização de recursos públicos.

No espectro oposto, também não seria recomendável que o ordenamento jurídico trouxesse um rol aprioristicamente fechado de hipóteses em que o salvamento pode ser realizado, uma vez que a medida traria um elevado risco moral ao sinalizar de antemão certa permissividade do arcabouço legislativo quanto a condutas indesejáveis de grandes agentes de mercado.

Assim, o ideal seria que uma legislação sobre resgates públicos estabelecesse um procedimento para a sua efetivação, voltado para a justificativa da operação, e não para o estabelecimento de hipóteses taxativas em que o resgate seria admitido. Em casos de urgência, em que o salvamento tenha que ser efetivado com celeridade incompatível com esse rito, o procedimento de justificativa do salvamento poderia ser efetivado *a posteriori*, com responsabilização dos envolvidos e condenação à restituição de valores em caso de comprovação de dolo, culpa ou captura no *bailout*. Os motivos para o resgate devem ser disponibilizados para consulta pública na internet, no portal eletrônico oficial do Banco Central local, com os comentários recebidos respondidos e levados em conta em eventuais *bailouts* realizados no futuro.

Ademais, deve a legislação trazer uma disciplina muito clara quanto ao emprego dos recursos públicos oriundos do *bailout*, estabelecendo-se quais despesas poderão ser custeadas com verba pública e, ainda, uma série de contrapartidas a serem adotadas pelo agente resgatado. Deve ser vedado, por exemplo, seu emprego para o pagamento de bônus a diretores

que tenham contribuído para a situação de insolvência da companhia, medida importante para garantir a probidade do resgate. Já a contrapartida deve ser definida caso a caso, mas ilustrativamente pode-se mencionar a criação de departamentos de *compliance* e melhores práticas, a manutenção de empregos e o não fechamento de estabelecimentos.

Como resposta às críticas recebidas quanto à desregulação do mercado financeiro e, também, às falhas realizadas durante os *bailouts*, foi sancionada pelo Presidente Brack Obama, em 21 de julho de 2010, a Lei Pública 111-203, que ficou conhecida como *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Dodd-Frank Act - DFA)*, em referência a seus principais proponentes, Senador Chris Dodd e Deputado Barney Frank.

De fato, a opção do legislador americano foi oferecer uma resposta à crise de 2007-2010 por meio do fortalecimento da regulação do mercado. Essa maior disciplina se volta sobretudo para a prevenção de novas recessões, mediante a criação de (i) novos entes reguladores, a exemplo da FSOC e suas entidades de apoio; (ii) mecanismos de redução de assimetrias de informações entre mercado e consumidores/investidores domésticos, como o CFPB; (iii) incentivos para reduzir o risco moral no mercado financeiro, como os limites de remuneração para diretores de instituições financeiras; (iv) instrumentos de combate ao surgimento de instituições consideradas “*too big to fail*” (inclusive em escala global) e de redução de riscos sistêmicos, como a *Volcker Rule*.

Embora o *Dodd-Frank Act* tenha um papel relevante no combate às falhas de mercado no sistema financeiro norte-americano, notadamente o risco moral, a assimetria de informação e o “*too big to fail*”, a lei não pode ser considerada suficiente para atingir integralmente os fins a que se propõe. Ainda há espaço para a consolidação de companhias capazes de gerar um risco sistêmico tão considerável que se tornem grandes demais para falir, assim como para comportamentos imprudentes por parte dos dirigentes desses agentes.

Todavia, não obstante as possíveis críticas e sugestões de aprimoramento à nova regulação, entendemos que a Lei Dodd-Frank traz mecanismos (tais como o *Consumer Financial Protection Bureau* e a *Volcker Rule*) relevantes para a construção de um sistema de regulação financeira mais coeso e capaz de reduzir os riscos sistêmicos de um mercado tão relevante e, ao mesmo tempo, volátil quanto o mercado financeiro americano. Seu sucesso, contudo, dependerá da efetiva implementação e fiscalização dessas novas ferramentas.

No Capítulo VI, estudamos a utilização do fomento como importante medida de enfrentamento a crises econômicas com vistas a restaurar o crescimento dos indicadores econômicos, sobretudo nos mercados já relativamente maduros, em que a adoção de mecanismos de *soft regulation* seja suficiente para estimular os particulares a adotarem

comportamentos colaborativos.

O fomento, em geral, se caracteriza pelo seu caráter não coercitivo, valendo-se de mecanismo de indução para que agentes econômicos adotem comportamentos socialmente desejáveis. Além disso, a escolha da atividade incentivada deve ser feita de maneira objetiva, estando os mecanismos indutivos à disposição de quaisquer interessados, a fim de resguardar a isonomia e a impessoalidade.

Em que pese a objetividade da escolha da atividade incentivada, não há garantia de que a medida será capaz de efetivamente convencer seus destinatários a adotar o comportamento desejado, na medida em que, como ensina a economia comportamental, a racionalidade humana é limitada e indivíduos não funcionam apenas a partir de estímulos racionais.

As estratégias fiscais e creditícias mostram-se especialmente úteis no combate a crises econômicas pelo fomento público, cabendo apenas a ressalva de que, nos incentivos fiscais, o ideal é que, em vez de um estímulo exclusivo ao consumo, este seja acompanhado de incentivos para investimentos de longo prazo, notadamente em infraestrutura, de modo a possibilitar um crescimento igualmente a longo termo - e não uma bolha de aquecimento econômico insustentável com o passar do tempo.

Já em relação à atuação creditória dos bancos públicos, em que pese a polêmica existente em torno da medida, entendemos que a baliza deve ser a mesma delineada para a ação das estatais de maneira geral: aqueles organizados sob a forma de empresa pública não poderão apurar prejuízo, enquanto aqueles estruturados em sociedades de economia mista não poderão desrespeitar normas legais e estatutárias de proteção aos acionistas minoritários e deverão, ainda, assegurar a busca por resultados globais positivos.

No âmbito dos programas de incentivo à manutenção do emprego, o governo pode, em situações de crise econômica, criar programas que flexibilizem normas de proteção ao trabalhador de modo a reduzir os custos suportados pelos empregadores para manter seus funcionários e, com isso, evitar demissões. A ideia da medida é preservar postos de trabalho e, assim, permitir que esses trabalhadores possam continuar consumindo, evitando um agravamento da crise pela diminuição da demanda por produtos e serviços no mercado.

Os programas de incentivo à manutenção do emprego podem ser feitos por dois mecanismos: liberação dos empregadores do cumprimento de determinados encargos trabalhistas, tal qual ocorreu na Espanha com a aprovação dos Reais Decretos-Lei nº 02 e 03/2012, ou aporte de recursos públicos para o custeio de encargos até então suportados pelo empregador, nos moldes vistos no Brasil no Programa de Proteção ao Emprego - PPE,

instituído pela Medida Provisória nº 680/2015, convertida na Lei nº 13.189/2015.

Entendemos que esses programas serão válidos, desde que não violem direitos básicos do trabalhador assegurados pela Constituição Federal, notadamente em seu art. 7º. Por exemplo, a Lei nº 13.189/2015, em seu art. 5º prevê que a redução salarial somente pode ser feita com vistas à preservação de empregos e com amparo em acordo coletivo, na esteira do disposto no art. 7º, VI da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à função regulatória das licitações, o poder público pode, em momentos de crise, se valer de estratégias de estímulo a agentes privados por meio da inserção, em seus instrumentos convocatórios de licitações, de regras que prevejam tratamento diferenciado para empresas que adotem comportamentos socialmente desejáveis - a exemplo das micro e pequenas empresas, responsáveis pela geração de parcela considerável de empregos e riquezas no país.

A medida é especialmente interessante se levado em consideração que as contratações públicas representam, em média, 12% do PIB do país, o que demonstra o elevado poder de compra do governo e, por conseguinte, sua grande capacidade de aquecer a economia e promover valores e objetivos socialmente relevantes, a exemplo da valorização da micro e pequena empresa, que representam cerca de 44% dos postos de trabalho formais em serviços e 77% no comércio

Adentrando na Parte III, em que analisamos medidas de austeridade econômica, vimos em que medida as reformas tributárias e na seguridade social, assim como as reestruturações administrativas podem auxiliar na redução dos gastos públicos e no aumento da receita, de modo a buscar o reequilíbrio das contas públicas e, assim, a retomada do crescimento. Aqui, também não tivemos o objetivo de trazer um estudo definitivo e exaustivo de todas as medidas de arrocho econômico possíveis; na mesma esteira da Parte II, pretendemos apenas analisar aquelas mais comumente adotadas, trazendo exemplos recentes e possíveis limites concretos à sua efetivação.

No Capítulo VII, pudemos verificar que, em momentos de crise econômica que demandem a adoção de medidas de austeridade - juízo feito de acordo com critérios dos sistemas econômico e político, e não do sistema jurídico - reformas tributárias podem se mostrar necessárias para assegurar a saúde das contas públicas, sobretudo nos momentos em que a crise levar a uma queda tão substancial na arrecadação que comprometa o equilíbrio fiscal.

O principal desafio em relação às reformas tributárias, na verdade, não é jurídico, mas, sim, político. O ordenamento jurídico traz uma série de mecanismos que permitem a criação e

a majoração de tributos, como visto ao longo deste capítulo; a dificuldade maior reside na obtenção de apoio político e popular para levar a cabo esse aumento da carga tributária, sobretudo se levado em consideração o fato de que, em relação à qualidade dos serviços públicos usualmente prestados no Brasil, essa carga já é demasiadamente elevada. Aliás, em rankings de comparação entre a qualidade das utilidades públicas e os tributos suportados pela população, é frequente que o Brasil apareça na última posição⁴⁸⁸.

Nesse sentido, especificamente no Brasil, para além do aumento da arrecadação, uma reforma tributária traria uma série de vantagens para o sistema fiscal brasileiro, tornando-o mais justo (na linha de Thomas Piketty, baseado na progressividade e na tributação maior sobre renda, patrimônio e herança⁴⁸⁹) simplificado, racionalizado e transparente⁴⁹⁰. A crise econômica que o país atualmente atravessa, nesse sentido, poderia representar uma excelente oportunidade para rediscutir e aprimorar o sistema tributário vigente.

Além da questão política, tem-se, ainda, o debate sobre a necessidade do aumento de tributos e a possível existência de mecanismos menos gravosos para se equilibrar as contas públicas. Países como Estados Unidos e México, por exemplo, optaram por promover reformas em seu arcabouço regulatório, removendo entraves burocráticos obsoletos e/ou despiciendo que representarão economias bastante sensíveis aos cofres públicos: no caso norte-americano, de USD 100 bilhões entre 2012 e 2017 e, no caso mexicano, de 1,2% do PIB no ano de 2009⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Disponível em:

<<http://www.ibpt.com.br/img/uploads/novelty/estudo/787/ESTUDOFINALSOBRECARGATRIBUTAR-IAPIBXIDHIRBESMARCO2013.pdf>>. Acesso em 09 jan. 2016.

⁴⁸⁹ No mesmo sentido, Ricardo Lodi Ribeiro: “Nesse cenário, é preciso discutir no Brasil as seguintes medidas, ensejadoras de uma verdadeira reforma tributária igualitária: a) tributação progressiva de todos os rendimentos da pessoa física, ficando a tributação dos lucros das empresas como mera antecipação da primeira; b) ampliação do número de alíquotas da tabela do imposto de renda das pessoas físicas, de modo a tributar efetivamente os mais ricos, e elevação dos limites das faixas mais baixas, a fim de preservar a renda dos assalariados; c) aumento das alíquotas e estabelecimento da progressividade da tributação sobre heranças e doações; d) instituição do imposto sobre grandes fortunas, considerando o patrimônio todo do contribuinte, inclusive as dívidas, e desonerando a tributação sobre o patrimônio imobiliário urbano e rural, que passaria a ter função meramente extrafiscal, sendo as perdas municipais compensadas pelo incremento do fundo de participação dos municípios em relação ao imposto de renda dos mais ricos; e) alívio na carga fiscal sobre o consumo, especialmente na tributação federal pelo IPI, PIS e COFINS, até o limite do aumento das receitas advindas da tributação da renda e do patrimônio dos mais ricos; f) incremento das políticas de transparência fiscal, de combate à evasão e à elusão, da flexibilização do sigilo bancário e da imunização dos efeitos dos paraísos fiscais”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 35-36).

⁴⁹⁰ “No âmbito da tributação, a transparência fiscal se dirige contra o planejamento fiscal praticado com abuso de direito, e o combate por meio de cláusulas antielisivas que procuram afastar estratégias destinados a evitar ou minorar a tributação por meio da criação de estruturas societárias opacas, sem atividade operacional, destinadas viabilizar a transferência, por meio de operações artificiais, de todo o lucro auferido em determinado país para outro de tributação favorecida”. (RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3, 2015. p. 31).

⁴⁹¹ Disponível em: <<http://jota.info/deficit-publico-e-revisao-do-estoque-regulatorio>>. Acesso em 09 jan. 2016.

Superando-se, contudo, os entraves metajurídicos ao aumento de tributos, vimos que, do ponto de vista estritamente jurídico, a medida via de regra deverá ser implementada por meio de lei em sentido estrito, já que a instituição e a majoração de tributos se submetem ao princípio da legalidade tributária, salvo no caso daquelas exações que a própria Constituição coloca como exceções à legalidade, a exemplo da fixação das alíquotas do Imposto de Importação, do IOF e do IPI.

Ao longo do ano de 2015, por exemplo, o governo federal brasileiro se valeu da possibilidade garantida pelo próprio texto constitucional para majorar tributos como a CIDE-Combustíveis, espécie de contribuição parafiscal que incide sobre operações que envolvam combustíveis derivados do petróleo e o IOF sobre mútuos e financiamentos. Por outro lado, não parece haver mobilização do governo para aprovação de projetos de lei que propõem a criação do Imposto Sobre Grandes Fortunas - previsto na Constituição, mas nunca efetivamente implementado.

A crise econômica também pode servir de catalisador para reformas na seguridade social que se mostrem especialmente úteis e prementes - mas cuja aprovação é dificultada em tempos de normalidade institucional devido à sua impopularidade natural -, uma vez que, em razão de fatores de ordem metajurídica, como aumento da expectativa de vida e redução da taxa de fecundidade, os gastos com a seguridade social representam fatia cada vez mais considerável dos orçamentos públicos.

Durante a crise de 2007-2010, uma série de países da Europa Mediterrânea, visando ao equilíbrio das contas públicas e ao atendimento dos compromissos assumidos com a *Troika*, promoveram aumentos na idade mínima aposentadoria. Já em 2015, o governo federal brasileiro, também com vistas ao equilíbrio (ou, ao menos, à mitigação do desequilíbrio) atuarial do sistema de seguridade social, vetou projeto de lei aprovado pelo Legislativo que pretendia pôr fim ao fator previdenciário, redutor que incide sobre aposentadorias por tempo de contribuição com o propósito de desestimulá-las. Após o veto, o Executivo editou a Medida Provisória nº 676/2015, convertida na Lei nº 13.183/2015, que traz uma regra alternativa ao fato previdenciário, pela qual o segurado poderá optar em detrimento deste.

Na mesma esteira de atenção ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, a Presidente também vetou (Veto nº 29/2015) projeto de lei que estendia às aposentadorias e pensões do Regime Geral de Previdência Social os índices utilizados para a atualização anual do valor do salário-mínimo.

Já no âmbito dos benefícios de amparo ao trabalhador, o governo brasileiro alterou as regras para a concessão do seguro-desemprego, prestação paga a empregados da iniciativa

privada despedidos sem justa causa. As novas regras tornam mais rígida a concessão do benefício, exigindo maior período de duração do vínculo empregatício para que o trabalhador dispensado possa pleitear o benefício, além de trazer um escalonamento na duração deste de acordo com a duração desta relação.

Os exemplos vistos demonstram, assim, que reformas na seguridade social que tornem as regras para a concessão de benefícios mais rígidas e a preocupação do governo em evitar a aprovação de projetos que possam trazer regras mais flexíveis para a concessão desses benefícios tendem a reduzir os gastos públicos com previdência, o que pode ir exatamente ao encontro das propostas de austeridade, sobretudo se levado em conta a parcela considerável que a previdência social representa nos gastos públicos dos Estados contemporâneos.

Por fim, no Capítulo IX analisamos as hipóteses de reestruturação administrativa, abordando as desestatizações, a reorganização da estrutura da Administração Direta e Indireta, a redução de gastos com pessoal e a renegociação de contratos administrativos, iniciando-se com uma análise sobre as diversas formas por meio das quais as desestatizações podem ser efetivadas, tais como a alienação do controle de companhias estatais, as delegações de serviços públicos e da exploração de monopólios à iniciativa privada e a diminuição do papel do Estado na prestação de serviços públicos não exclusivos.

Discutimos o papel do Direito na fixação dos limites a essa diminuição do tamanho do Estado, chegando à conclusão de que a opção por um papel de maior ou menor protagonismo para o poder público na sociedade e na economia é uma escolha contingente, variável de acordo com a ideologia política majoritária no país naquele momento, cabendo ao Direito determinar os limites concretos à desestatização de uma determinada atividade.

Vimos, ainda, alguns exemplos em matéria de privatização de empresas estatais ocorridos na América Latina e na Europa Mediterrânea, como a REN e a CTT, em Portugal, o curioso caso da alienação de ilhas gregas e os programas de desestatização de rodovias, ferrovias e equipamentos de infraestrutura em geral lançados pelo governo federal brasileiro.

Saindo das desestatizações e adentrando na contenção de gastos públicos, analisamos primeiramente medidas ligadas à reestruturação da Administração Direta e Indireta, com a redução do número de órgãos superiores, a extinção de entidades da Administração Indireta e a racionalização do emprego de recursos físicos, humanos e financeiros, a exemplo da reforma ministerial realizada pela União Federal em outubro de 2015 e da reforma administrativa implantada pelos Estados do Rio Grande do Sul e do Rio de Janeiro, que pretendem extinguir uma série de autarquias e fundações públicas.

Em seguida, tratamos da redução das despesas com pessoal, levada a efeito por meio

da exoneração de ocupantes de cargos em comissão (cujo provimento *ad nutum* permite a livre nomeação e exoneração); de programas de demissão voluntária de empregados públicos (e.g., a Petrobrás realizou um grande programa dessa espécie em 2014); desligamento de empregados públicos cujo desempenho se mostre insuficiente, desde que por ato motivado; perda do cargo por servidores estáveis caso o ente federativo ultrapasse os limites impostos pela LRF para gastos com pessoal (50% da receita corrente líquida para a União e 60% para Estados e Municípios); extinção de gratificações transitórias de natureza *pro labore faciendo* (tal qual realizado pelo Estado do Rio de Janeiro por meio do Decreto Estadual nº 45.110/2015); redução da remuneração do alto escalão de agentes políticos; fim do abono permanência; e implementação do limite constitucional para a remuneração de servidores públicos.

Analisamos, ainda, a polêmica ação adotada pelo Estado do Rio de Janeiro de postergar em uma semana o pagamento de seus servidores públicos ativos e inativos e dividir em cinco vezes o pagamento da segunda parcela de seu décimo terceiro salário, devido à ausência de disponibilidade financeira para fazer frente à despesa na data previamente estabelecida. A medida, embora dificilmente apta a caracterizar crime de responsabilidade, representa violação às legítimas expectativas dos servidores de receber seus vencimentos e proventos na data divulgada desde o início do ano pelo próprio governo estadual. Nesse sentido, a violação a essa expectativa pode ensejar a responsabilização civil do Estado em razão da omissão em seu dever de pagar pontualmente seus servidores.

Após o atraso no pagamento dos servidores, foi promovida a alteração da data de pagamento de suas remunerações, passando do segundo dia útil do mês subsequente para o sétimo dia útil do mês seguinte ao trabalhado. A medida, publicada no diário oficial do Estado em 18 de dezembro de 2015, suscitou polêmica em relação à isonomia no serviço público ao servir de pano de fundo para a liminar concedida pelo STF no MS 33.969, em que o Supremo reconheceu que a nova data de pagamento não pode ser aplicada ao Poder Judiciário e ao Ministério Público em razão das disposições dos arts. 99 e 168 da CF, que asseguram o repasse dos respectivos duodécimos até o 20º dia de cada mês.

Foram também tecidas considerações a respeito do atraso do Estado nos repasses devidos em razão da celebração de contratos, convênios e contratos de gestão firmados com Organizações Sociais, o que deu ensejo ao não pagamento de uma série de prestadores de serviços terceirizados, como auxiliares de limpeza e vigilantes, e ainda, de profissionais de saúde nas unidades geridas pelas OSs, culminando na municipalização dos hospitais estaduais Albert Schweitzer e Rocha Faria.

As medidas de redimensionamento da estrutura administrativa e do pessoal empregado no setor público podem fazer aflorar um lado positivo da crise: a oportunidade para reestruturar o Estado, enxugando a máquina naquilo em que ela se mostra inchada e abrindo espaço para melhor equipá-la naquilo em que ela se mostra deficitária e, assim, racionalizando a atuação do poder público em busca de maior qualidade e eficiência na prestação de serviços públicos. Trazem à tona, ainda, debates sobre a estruturação constitucional das instituições democráticas e os conflitos que podem surgir entre mecanismos que visam a lhes assegurar independência (como os duodécimos), frente a outras questões igualmente relevantes para a democracia, como a isonomia e a uniformidade de tratamento de pessoas em situação semelhante (como os servidores do Executivo e os do Judiciário e do Ministério Público).

Por fim, abordamos a redução e a renegociação de licitações e contratos administrativos, analisando medidas tomadas tanto para a diminuição de despesas correntes (locação de veículos e equipamentos de informática, reprografia, telefonia, internet, etc. passagens aéreas) quanto supressões em contratos de fornecimento de bens e serviços em geral para a Administração, seja de forma unilateral, com base no art. 65 e seu § 1º da Lei nº 8.666/93, seja de maneira consensual, com a anuência do contratado.

No âmbito da redução de despesas correntes, uma medida importante é a renegociação de contratos que envolvam despesas contínuas, como locações e prestações de serviços gerais, com a redução do valor pago pelo fornecimento do objeto. A renegociação, por afetar cláusulas econômicas do contrato, depende da concordância do contratado, mas, sobretudo nos contratos de aluguel, o contexto de desaceleração econômica pode facilitar o êxito do ente público nessa empreitada.

Estudamos dois casos concretos no que se refere a modificações de contratos administrativos: o Decreto Estadual RJ nº 45.109/2015 e os Decretos Federais nº 8.540 e 8.541/2015. O primeiro, mais abrangente, trata da possibilidade de revogação de licitações e da redução unilateral e consensual de contratos administrativos em geral, estabelecendo como meta a redução de pelo menos vinte por cento do saldo de todos os contratos administrativos celebrados pela Fazenda Pública Estadual, ressalvadas as despesas consideradas essenciais pelos gestores públicos.

Já os decretos federais traçam a mesma meta de redução de vinte por cento apenas para contratos envolvendo as despesas correntes listadas em seu anexo único (locação de veículos e reprografia, por exemplo), estabelecendo, ainda, limitações quanto à utilização de celulares, *tablets* e modems corporativos e à compra de passagens aéreas. De acordo com essas balizas, apenas servidores de alto escalão fazem jus a telefones e afins, com valores máximos

para a despesa mensal que variam R\$ 150,00 e R\$ 500,00 e, em relação às passagens aéreas, apenas o Presidente da República e seu Vice podem voar de primeira classe, servidores de alto escalão, de classe executiva e servidores em geral, de classe econômica.

Ações dessa natureza tendem a demonstrar para a população que o poder público está engajado no combate à crise e, também, disposto a fazer sacrifícios naquele momento delicado, o que contribui para o apoio popular às medidas anticrise, como assinala Jorge Bacelar Gouveia nas críticas que tece ao governo português quando este optou por não renegociar contratos administrativos durante a crise de 2008, muito embora os cidadãos lusitanos estivessem enfrentando duras ações de austeridade.

A crise econômica severa, nesse sentido, pode funcionar, na linguagem de Thomas Kuhn, como um momento de mudança de paradigma, em que as contradições existentes no modelo administrativo vigente se tornem tão evidentes que deixem de ser consideradas anomalias e possam, efetivamente, contribuir para uma transformação no modo de gestão administrativa hoje tido como padrão, representando uma verdadeira revolução científica na administração pública⁴⁹² - e no Estado de modo geral. Essa “revolução científica” seria marcada pela transformação da Administração estrutural a partir de dois pilares: (i) uma reestruturação pautada no incremento da qualidade técnica e da eficiência dos servidores públicos e dos serviços públicos ofertados à população, racionalizando-se despesas para evitar o desperdício e a morosidade; e (ii) a efetivação de reformas na base do modelo estatal, como a tributária e a previdenciária, que permitirão uma redefinição das formas pelas quais o Estado arrecada receitas e realiza despesas consideráveis, como o pagamento de aposentados, pensionistas, servidores públicos e prestadores de serviços.

Essa profunda reestruturação administrativa se mostra bastante salutar em momentos de crise econômica, não apenas para equacionar eventual déficit público, mas também para profissionalizar, moralizar e readequar a Administração à nova realidade, representando uma oportunidade para pôr em pauta mudanças necessárias, porém de alto custo político, como a reforma tributária, a reforma previdenciária e a revisão dos gastos do governo com pagamento de folha de pessoal e contratações administrativas. Se o poder público for bem-sucedido nessa empreitada, a crise pode, de fato, confirmar o ditado popular segundo o qual “toda crise representa uma oportunidade”.

⁴⁹² KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Ed. Perspectiva. 2010. As ideias de Kuhn foram desenvolvidas com base nas revoluções que marcam ciências exatas, mas já foram utilizadas no âmbito jurídico por BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 26-29.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Entre Deus e o diabo: mercados e interação humana nas ciências sociais. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 35- 64.

ACKERMAN, Bruce. *The emergency constitution*. Yale Law School. Faculty Scholarship series. Paper 121. 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Tres Escritos Sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMATORI, Franco e TONINELLI, Pier Angelo. Does a Model of Italian State-Owned Enterprise Really Exist? In: *Reappraising State-Owned Enterprise. A Comparison of the UK and Italy*. p. 31-49.

ANAND, SANJAY. *Essentials of the Dodd-Frank Act*. John Wiley & Sons, Inc. New Jersey, 2011.

ANGELINI, Francesca; BENVENUTI, Marco. *Il Diritto Costituzionale alla prova della crisi econômica*. Jovene Editore. Napoli. 2012.

ANNICCHIARICO, Barbara, DI DIO, Fabio and FELICI, Francesco. Structural Reforms and the Potential Effects on the Italian Economy. *CEIS Tor Vergata Research Paper Series*, Vol. 10, Issue 4, No. 227. 2012.

ARACHI, Giampaolo; PARISI, Maria Laurai; PELLEGRINO, Valeria Bucci Simone; ZANARDI, Ernesto Longobardi Alberto; PANTEGHINI, Paolo. Fiscal Reforms during Fiscal Consolidation: The Case of Italy. *Cesifo Working Paper No. 3753*. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, nº 236, abr./jun. 2004, p. 51-64.

_____. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2ª ed. Rio

de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. 1ª edição. 2012.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. Ed. Forense. 3ª d. 2013.

_____. Empresa público-privada. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 890, p. 33-68, 2009.

ARAÚJO, Valter Shuenquener. *O Princípio da Proteção da Confiança*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre. Proteção da Confiança Legítima na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, Ano 2, número 7, abril de 2014, p. 11-30.

BAKER, Tom; e MOSS, David. Government as risk manager. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge, MA, USA. 2009. p. 89-111.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press: USA, 2012.

BARON, D.P. *The Economics and Politics of Regulation: Perspectives, Agenda, and Approaches*, in J.S. Banks and E.A. Hanushek, *Modern Political Economy*, Cambridge University Press, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: *Temas de Direito Constitucional*. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público.

Mimeografado, dezembro de 2010.

_____. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, nº 14. Junho/agosto de 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. Saraiva.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A tutela da confiança legítima como limite ao exercício do poder normativo da Administração Pública. A proteção das expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Número 11. Julho/agosto/setembro de 2007.

BELL, John S. Comparative Administrative Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (org.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 1261-1285.

BIERI, David S. *Financial Stability Rearticulated: Institutional Reform, Post-Crisis Governance, and the New Regulatory Landscape in the United States*. In: *Building Responsive and Responsible Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, P. Iglesias Rodríguez (ed.), forthcoming, Cambridge, UK: Intersentia.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as ideias de liberdade e igualdade no final do século XX. In: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Renovar. 2008. p. 267-286.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____.; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica, in. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

BLACK, Julia, Learning from Regulatory Disasters. *LSE Legal Studies Working Paper* No. 24/2014.

_____. Managing the Financial Crisis – The Constitutional Dimension. *LSE Legal Studies Working Paper* No. 12/2010.

_____. The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation. *LSE Legal Studies Working Paper* No. 17/2010.

BLANCO ESTEVE, Avelino (coord.). *El derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hasta un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 12ª edição. Renovar, 2010.

BREMMER, Ian. *O fim do livre mercado: Quem vence a guerra entre Estado e corporações?*. Ed. Saraiva. 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996.

_____. O caráter cíclico da intervenção Estatal. *Revista de Economia Política*. Vol. 9, nº 3, julho/setembro/1989. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo.

_____. Os dois congelamentos de preços do Brasil. In: *Revista de Política econômica*, volume 8, número 4, outubro-dezembro 1988. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/32-4.pdf>>.

BRITO, Miguel Nogueira de; e COUTINHO, Luís Pereira, A Igualdade Proporcional, novo modelo no controlo do Princípio da Igualdade? Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013. In: *Direito&Política*, n.º 4, Julho- Outubro, 2013, p. 182 e ss.

CAFAGGI, Fabrizio and PISTOR, Katharina, Regulatory Capabilities: A Normative Framework for Assessing the Distributional Effects of Regulation. *Columbia Public Law Research Paper*, No. 13-354. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Saraiva. 2002.

CASESSE, Sabino. *New paths for administrative law: a manifesto*. 10 Int'l. J. Const. L. 603 2012.

CLAESSENS, Stijn; KOSE, M. Ayhan; LAEVEN, Luc; VALENCIA, Fabián. *Financial Crises: causes, consequences and policy responses*. Washington D.C.: International Monetary Fund, 2013.

COLE, DAVID. Judging the next emergency: judicial review and individual rights in times of crisis. *Michigan Law Review*, 2003.

COLEMAN, Jules. *Morals Markets and the Law*. New York: Oxford University Press. 2003.

COLUMBUS, Theodore; DESSI, Andrea; DOKOS, Thanos; GORJÃO, Paulo; GRECO, Ettore; KATSIKAS, Dimitris; POWELL, Charles; SOTIROPOULOS, Dimistris A. Southern Europe in trouble: domestic and foreign policy challenges of the financia crisis. *Mediterranean Paper Series*. 2012.

CONTI, Vittorio. Rethinking regulation and oversight to learn the lesson from the crisis. *Paolo Baffi Centre Research Paper Series* nº 2011-106. November, 2011, p. 10-12.

CROTTY, James. Structural causes of the global financial crisis: a critical assessment of the new financial architecture. *Cambridge Journals of Economics*. Vol. 33, Issue 4, 2009, p. 563-580.

CRISTOFARO, Pedro Paulo. O princípio da livre-iniciativa como um dos fundamentos da República – consequências. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. VI. Ed. Lumen Iuris. 2000. p. 21-23.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIXIT, A.K., *The Making of Economic Policy: A Transaction-Cost Politics Perspective*, Cambridge, Mass.: MIT Press. 1996.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2014.

_____. *Levando os direitos a sério*. DWORKIN, Ronald. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2011.

DYZENHAUS, David. Schmitt V. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*, Vol. 27, p. 2005, ano 2008.

EFIRD, Neil. *The State-Owned Enterprise as a Vehicle for Stability*. Strategic Studies Institute (SSI). USA. April, 2010.

EMBED IRUJO, Antonio. *La Constitucionalización de la crisis económica*. Iustel. Madrid. 2012.

ERBER, Georg. *Italy's Fiscal Crisis*. *Intereconomics, Review of European Economic Policy*, Vol. 76, No. 6, p. 332-339, November-December 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi (org.). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de Direito Público* nº 91, 1989.

FISHER, Elizabeth. General Conclusions: risk and challenges for Administrative Law. *Revista Europeia de Direito Público: Risk and Public Law*, 2003, v. 15, p. 707-729.

FREEMAN, Jody. Extending Public Law norms through Privatization. *Harvard Law Review*, nº 1285. 2002-2003.

FREITAS, Rafael Vêras. Análise de Impacto Regulatório (AIR) no setor de energia elétrica. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*. Dezembro, 2014.

FRISCHTAK, Cláudio R.; CAVALCANTI, Marco Antônio F. H. As perspectivas do desenvolvimento brasileiro e o BNDES. In: *A promoção do desenvolvimento e os 50 anos do BNDES e do Banco do Nordeste*. José Olympio Editora. Rio de Janeiro. 2003. p. 81-103.

GLINAVOS, Ioannis. Regulation and the Role of Law in Economic Crisis. *European Business Law Review*, Vol. 21, No. 4, 2010.

GOUVEIA, Jorge Bacelar; Piçarra, Nuno. *A Crise e o Direito*. Ed. Almedina. 2013.

_____. Da “Constituição da Crise” à “Crise da Constituição”. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). *A Crise e o Direito*. Almedina, 2013.

GONÇALVES, Mariana Jesus Lourenço. *Os efeitos do financiamento do BNDES sobre o lucro e o crescimento das empresas*. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas para a obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2013.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra ed., 2013.

_____. A crise e o direito público. *Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*. Lisboa, 2013. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. Acesso em 15.nov.2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Malheiros editores. 15ª edição – revista e ampliada. 2013.

GREENSPAN, Alan. *The age of turbulence: adventures in a new world*. New York: Penguin Press, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Liberalismo político – uma discussão com John Rawls. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 63-124.

_____. *Sobre a Constituição da Europa*. Ed. UNESP, 2012.

HASSAN, MAI; KALHOEFER, CHRISTIAN. *Regulation of Credit Rating Agencies: evidence from recent crisis*. German University in Cairo – Faculty of Management Technology. Working Paper nº 26. February, 2011.

HESSE, Konrad. La fuerza normativa de la Constitución. *In: Escritos de Derecho Constitucional*. 1983.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. *In: GOUVEIA, Jorge Bacelar e PIÇARRA, Nuno (org.). A Crise e o Direito*. Almedina, 2013.

JOLLS, Christine. Behavioral Law and Economics (2006). Yale Law School. *Public Law Working Paper* n. 130; *Yale Law & Economics Research Paper* n. 342.

KJAER, Poul F; TEUBNER, Gunther and FEBBRAJO, Albert. *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart Publishing, 2011

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Ed. Perspectiva. 2010.

KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados – Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. Ed. Livraria do Advogado. 2ª edição. 2013.

LAZZARINI, Sergio. *Capitalismo de laços – os donos do Brasil e suas conexões*. Ed. Campus. 2011.

_____. *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Brazil and beyond*. Harvard University Press, 2014.

LEITE, Carina Lellis N. S. O lucro nas sociedades de economia mista. *In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*. Ano 2, vol. 10, jul. 2014, p. 199-232.

LIN, Carol Yeh-Yun; EDVINSSON, Leif; CHEN, Jeffrey; BEDING, Tord *National Intellectual Capital and the Financial Crisis in France, Germany, Ireland and United Kingdom*. New York: Springer, 2014.

LOBEL, Orly, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought. *Minnesota Law Review*, Vol. 89, November 2004; San Diego Legal Studies Paper No. 07-27.

LUCARELLI, Alberto. Contributi di Alberto Lucarelli, Gérard Marcou e Ugo Mattei. *Il Diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*. Napoli. 2009.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Universidad Iberoamericana, 1996.

LUSIANI, Nicholas; e SAIZ, Ignacio. *Safeguarding human rights in times of economic crisis*. Commissioner for Human Rights, 2013.

MANGANARO, Francesco; TASSONE, Antonio Romano; SAITTA, Fabio. *Liberalizzare o regolamentare: il Diritto Amministrativo di fronte ala crisi*. Giuffrè Editore. 2012.
finafinancia

MAJONE, Giandomenico. As Transformações do Estado Regulador. (Trad. Tatiana Mesquita). *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARTINS, Antonio. *A Jurisprudência Constitucional sobre as Leis do Orçamento de Estado e (in)constitucionalidade do OE2014*. Coimbra: Edições Almedina, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23ª edição. Malheiros Editores. 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Ed. Fórum. 2014.

_____.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa.. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.. (Org.). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro.: Lumen Juris., 2006

_____.; PRISCO, Alex Vasconcellos. PPSA, a Estatal endógena do Pré-Sal – Cinco controvérsias e um quadro geral. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, Ano 10, n. 39, julho-setembro/2012.

_____. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Ed. Fórum. 2014.

_____. Uma teoria de fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro* nº 65 – 2010.

MEYLER, Bernadette. Economic Emergency and the Rule of Law. *Cornell Law School research paper* No. 06-045. 2007.

MILL, John Stuart. *On Liberty* (1859), Stefan Collini, ed. Cambridge. Cambridge University Press, 1989.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2014.

NAPOLITANO, Giulio. *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche: trasformazioni istituzionali*. Il Mulino. 2012.

NIELSEN, Bent. On the Explosive Nature of Hyper-Inflation Data. In: *Economics*, Vol. 2, 2008-21, June 24, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1726816>.

NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

OGUS, Anthony. *Regulation: Legal Forms and Economic Theory*. Portland: Hart Publishing, 2004. pp. 35 e ss.

_____. Rethinking self-regulation. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, No. 1, p. 97-108. 1995.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Trad. Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional Português (2011-2013). *Observatório da jurisdição constitucional*. Ano 7, nº 1. Jan/jun 2014.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal – função econômica e dilemas societários*. Editora Atlas, São Paulo, 2010.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Ed. Almedina. 2012.

POSNER, Eric A. and Glen Weyl. A proposal for limiting speculation on derivatives: and FDA for Financial Innovation. *The University of Chicago, Institute for Law and economics Working Paper* nº 594. March, 2012.

_____.; VERMEULE, Adrian. *Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008*. Disponível em: <http://www.ericposner.com/Crisis_Governance_in_the_admin_state.pdf>.

POSNER, Richard. *A failure of capitalism: the crisis of '08 and the descent into depression*. 2011.

_____. *Para Além do Direito*. Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Law, Pragmatism and Democracy*. First Harvard University Press Paperback University Press paperback edition, 2005.

_____. *The problems of jurisprudence*. First Harvard University Press Paperback University Press paperback edition, 1993.

PRATES, Marcelo M. Why Prudential Regulation will fail to prevent financial crises. A Legal Approach. Banco Central do Brasil. *Working Papers* 335. November, 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Regulação Jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RAMOS, Marcelo Valença. *Releitura sistêmico-teórica das relações entre direito, política e economia: a crise de 2008 como ponto de inflexão para a emergência do constitucionalismo societal*. Dissertação apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do título de Mestre. 2014.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. WMF Martins Fontes. 3ª ed. 2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Iguatária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*. V. 3, N. 3. 2015.

RIGOLON, Francisco José Zagari Rigolon. *A retomada do crescimento e o papel do BNDES*. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado Previdência*. Goiânia: Editora da UFG, 1997.

ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.). *Comparative Administrative Law*. Northampton: Edward Elgar, 2010.

RUFFERT, Mathias (org.). *Administrative Law in Europe: between common principles and national traditions*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013.

RUSSO, Anna Margherita. El ordenamiento regional italiano en la espiral centralizadora de la crisis: ¿todo cambia para que nada cambie!. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 6, 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/>. Acesso em 12.ago.2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANDERS, BREEN C. *Financial Regulatory Reform: benefits, costs and challenges of the Dodd-Frank Act*. Nova Publishers. New York, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sergio. *Análise de Impacto Regulatório: Ferramenta a serviço da transparência e da eficiência da regulação*. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2012/09/analise-de-impacto-regulatorio-ferramenta-a-servico-da-transparencia-e-da-eficiencia-da-regulacao/>>. Acesso em 07.out.2015.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro: 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamentais sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. In: *Revista da Ajuris*, Ano XXXI – n. 95, Setembro de 2004.

SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Madrid: Civitas, 2008.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo. Cia das Letras. 1999.

SIMONSEN, Mario Henrique; Cysne, Rubens Penha. *Macroeconomia*. Ed. Atlas. 4ª ed. 2009.

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

_____. Bancos estatais ou Estado banqueiro? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Belo Horizonte: Forum, 2015.

SHULL, BERNARD. *Too big to fail: motives, countermeasures and the Dodd-Frank Response*. Hunter College of The City University of New York National Economic Research Associates. February, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMON, William H., *The Republic of Choosing: A Behaviorist Goes to Washington*. *Columbia Public Law Research Paper* No. 13-353. 2013.

SIMONSEN, Mario Henrique; Cysne, Rubens Penha. *Macroeconomia*. Ed. Atlas. 4ª ed. 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Fórum. 2ª ed. 2014.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science* 2 (spring). 1971.

STIGLITZ, Joseph. Economics of Information and the Theory of Economic Development," *Revista de Econometria*, 5(1), Abril 1985.

_____. *Economics of the public sector*. 3. Ed. New York, London: W.W. Norton Company, 2000.

_____. *Freefall: America, Free Markets and the Sinking of the World Economy*. W.W. Norton & Company, New York, January, 2010.

_____. Regulation and Failure. In: *New Perspectives on Regulation*. The Tobin Project. Cambridge. 2009.

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

_____. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2014.

_____. Um Novo Direito para a Gestão Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. Espec, p. 85-99, 2012.

_____.; SOUZA, Rodrigo Pagani de; PINTO, Henrique Motta. Empresas semiestatais. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 36, p. 75-99, 2011.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Campus Editora. Rio de Janeiro.

_____. R. *After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

_____. *Simpler: The Future of Government*. New York: Simon & Schuster, 2013, p. 1-50,

215-216.

_____. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. New Haven: Yale University Press, 2014.

_____.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. University of Chicago Law School. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, No. 156, 2002.

TEUBNER, Gunter. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vicenzi *et al.* Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. Ed. Atlas. São Paulo: 2ª edição, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoiético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. The role of constitutional justice during severe financial and economic crisis. *IXth World Congress of the International Association of Constitutional Law*, Oslo, Jun 2014.

VANBERG, Viktor J.. Mercados y Regulación: El Contraste entre el Liberalismo de Mercado y el Liberalismo Constitucional. *Isonomía*, vol. 17, Out. 2002, p. 79-114.

VERMEULE, Adrian, Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law) (March 25, 2013). *Harvard Public Law Working Paper* No. 13-24.

_____. Our Schmittian Administrative Law. *Harvard Law Review*, vol. 122, p. 1095, 2009.

WALZER, Michael. *Esferas de justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade*. WMF Martins Fontes. 2003.

_____. *Thick and thin: moral argument at home and abroad*. University of Notre Dame Press. 2006.