



ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA APLICAÇÃO POSITIVA DA
ATIVIDADE DE FOMENTO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

A Distorção do Mercado Através do Banco Nacional do Desenvolvimento

André Lustosa Rege Botelho

11 de Outubro de 2017

Biografia do Autor

Cursa Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Certificado no *MOOC Contract Management* pela *University of Southampton*. Certificado no *MOOC Fundamentals of Incoterms* pela *Procurement Academy*. Certificado no *MOOC Law Contract* pela *Harvard University*. Certificado no Núcleo Livre de Fusões & Aquisições pela Universidade Federal de Goiás.

Resumo

O presente artigo tem como finalidade avaliar a aplicação positiva da atividade de fomento pelo Estado brasileiro, nos últimos anos, especialmente através da utilização da concessão de créditos pelo Banco Nacional do Desenvolvimento, o BNDES, o Banco Nacional de Desenvolvimento, sob a Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), e demonstrar como tal aplicação distorce o mercado, podendo contribuir para o aumento dos índices de pobreza, e submete o setor privado à aprovação não de seus potenciais consumidores, mas sim de seus governantes. Para tanto, serão expostos dados e apreciações econômicas e conceituais.

Palavras-chave: Artigo Científico. Análise Econômica do Direito. Direito Administrativo. BNDES. Distorção de Mercado. Pobreza. Corrupção. Direito e Economia. Atividade Fomentadora. Aplicação Positiva. Aplicação Negativa. Teoria dos Jogos. Escola Austríaca.

Abstract

This article's goal is to evaluate the positive application of the fomentation activity by the Brazillian State, within the recent years, especially through credit grant by the National Development Bank (BNDES), under the analysis of *Law and Economics*, and to expose how does the positive application distorts the market, contributing to the rise of poverty and submits the private sector to the approval not of potential consumers, but to the approval of its governors. Therefore, it will be displayed some data, economic analysis and theoretic content.

Key-words: Scientific Article. Law and Economics. Administrative Law. BNDES. Market Distortion. Poverty. Corruption. Fomentation Activity. Positive Application. Negative Application. Game Theory. Austrian School.

Sumário

1 Introdução. **2** Da Administração Pública. **2.1** Sentido Objetivo da Administração Pública. **2.2** Aplicação Positiva e Aplicação Negativa. **3** O Conceito de Mercado. **4** Alguns Dados sobre o BNDES. **5** Teoria dos Jogos na Aplicação Positiva da Atividade de Fomento. **5.1** Jogo de Soma Zero. **5.2** Dilema dos Prisioneiros. **5.3** Equilíbrio de Nash. **5.4** Crivo Aplicado à Corruptibilidade. **6** A Distorção do Mercado pelo BNDES.

1. Introdução

É difícil encontrar situações mais controversas quanto os debates acerca dos rumos que deve tomar a administração pública. Os posicionamentos que giram em torno do tema são heterodoxos e, muitas das vezes, baseados em ideais puros e simples, em previsões atreladas a um saudosismo de épocas pretéritas e em práticas gerais puras ou em medidas adotadas por nações pelas quais se tenha fascínio. Poucos são, entretanto, os pareceres que levem em consideração dados empíricos, a relação de causa e efeito e os resultados pragmáticos que determinadas medidas geram.

Nada norteia tanto os rumos do destino da sociedade, quanto as decisões governamentais. Uma lição repetidamente recordada pelos brasileiros, especialmente, ao longo de sua trajetória, no campo econômico, de modo que dificilmente os desafios contemporâneos da nossa sociedade atual não tenham sua gênese nas mazelas geradas pelo regime econômico tradicionalmente justaposto em território nacional. O principal desses desafios que afronta o cotidiano do brasileiro médio, contudo, parece ser a manutenção de uma realidade econômica, cuja dinâmica lhe seja perceptível, por meio das relações corriqueiras de consumo, permitindo-lhe, assim, a adaptação de suas escolhas e de seu planejamento financeiro.

Portanto, é dessa necessidade de crivo lógico-consequencialista, que dentro da premissa de tomadas sensatas e fundamentadas de decisão, no âmbito jurídico, alteia cada vez mais a utilização da chamada Análise Econômica do Direito (AED), ou mesmo *Law and Economics*. Inegavelmente essencial para o desenvolvimento jurídico e legislativo, mas de não menor importância para a construção de uma administração pública sadia, eficaz e racional, tendo em vista que está submetida a uma série de normas, leis e princípios vinculantes que, necessariamente irão implicar custos, incentivos comportamentais e uma inevitabilidade de manejar e planejar sua procedimentalidade dentro daquilo que é lícito, sem que se perca a objetividade e a linha de condução particular.

2. Da Administração Pública

De acordo com ¹Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma das maiores expoentes do Direito Administrativo brasileiro, é possível definir, de maneira mais delimitada, como sendo “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública”.

A administração pública, logo, tem como características primordiais o cumprimento de sua função, o respeito aos seus deveres pré-estabelecidos, e a persecução de seus fins. Mediante esta concepção, a doutrina jurídica costuma classificar suas funções em quatro grandes grupos, dentre os quais, tendo em vista os objetivos do presente artigo, nos interessa a **função prestacional**, definida restritivamente e de maneira equivocada, pela maioria dos autores, como o atendimento concreto das carências da sociedade, por intermédio do fornecimento de serviços públicos.

Ora, a partir do momento em que se limita a execução, ou seja, o meio para a efetivação da função prestacional, na figura dos serviços públicos é possível dizer que se subentende, na abordagem conferida por diversos doutrinadores, a existência

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2014. São Paulo: Editora Atlas S.A., 27ª Edição, página 48.

irrevogável e específica da adoção de determinada linha de conduta administrativa e que, por conseguinte, é algo não somente inviável, como também impassível de concretização, outras linhas de administração, não “*estadocêntricas*”. Para além do conceito, até mesmo a utilização do termo “função prestacional” engessa as concepções do fazer administrativo e busca criar uma conexão entre função pública e prestação positiva, ou seja, prestação através de um serviço que tem seu exercício na iniciativa pública, exclusivamente. Porém, o que é constatado é a dinamicidade da função prestacional, primordialmente quando ele se dá através de parcerias público-privadas, privatizações ou mesmo através da delegação de determinada atividade, do setor público para o setor privado.²

2.1. Sentido Objetivo da Administração Pública

Observa-se, para a execução de suas funções, o sentido objetivo da administração pública, quer seja, as atividades administrativas. As atividades administrativas, segundo a doutrina jurídica brasileira, se dividem entre atividade de fomento, polícia administrativa, serviço público e intervenção³. O fomento é definido por Maria S. Z. Di Pietro como sendo aquelas operações administrativas de incentivo ao setor privado de “utilidade pública”, a exemplo dos “auxílios financeiros, financiamentos e favores fiscais”⁴. Novamente, a doutrina do país peca ao adotar uma definição restritiva, quando o que se observa historicamente é uma tentativa governamental de aplicar operações fomentadoras a inúmeras áreas do âmbito privado, sem a devida aplicação de critérios objetivos acerca daquilo que seria, positivamente, o “setor privado de utilidade pública” (uma terminologia genérica e inadequada ao propósito conceitual delimitativo), e ao não subdividir a atividade fomentadora em duas espécies de aplicação, garantindo distinção político-econômicas entre as medidas adotadas por cada administração.

Para além desta crítica pontual, é auferível que a atividade fomentadora, nos moldes da percepção “*main stream*”, se baseia na acepção de entes do direito privado, com vistas à possibilidade de propiciação de um regime favoritista, quer seja, uma gerência que tem a prerrogativa de beneficiar (favorecer) quem apeteça, dependendo, sua concretização, apenas suster aspecto de aparência de coerência e aceitação àqueles a quem for submetida a revisão de sua aplicação. Ponto de vista fundado por decorrência lógica da assimilação superposta no instituto. Observemos trecho de artigo do Professor Doutor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto⁵, onde exhibe que “na atividade de fomento, aquele aspecto da identificação entre o interesse público motivador da intervenção e os interesses privados beneficiários é ainda mais saliente. Como ensina Gaspar Ariño, ‘as medidas de fomento supõem beneficiar a

² Uma exemplificação de função prestacional sendo exercida sem a execução fim da iniciativa pública é a concessão a empresas privadas de transporte “público”, ou melhor colocado, de transporte coletivo.

³ Alguns doutrinadores consideram intervenção abrangida na atividade de fomento, contudo, para fins de especificidade na escrita deste artigo, tomaremos o posicionamento da gama de doutrinadores que a classificam como uma forma específica de atividade administrativa.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2014. São Paulo: Editora Atlas S.A., 27ª Edição, página 56.

⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. 2010. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, número 32, página 7.

alguns sujeitos privados concretos, e não a todos'. (...) É próprio da intervenção fomentadora a eleição de um setor, de uma atividade ou mesmo de um agente econômico apto a merecer um incentivo, um incremento ou um suporte que o torne mais apto ou capacitado a se desenvolver e, com isso, ensejar um benefício coletivamente auferível, vez que é justamente esse o objetivo da atividade fomentadora". (Grifo nosso). "Nenhuma surpresa, portanto, deve haver na verificação de que a **atuação estatal** de fomento **privilegie algum privado** ou que da medida fomentadora resulte a conferência de uma facilidade ou de um **favorecimento ao desenvolvimento de atividade a cargo de um particular**. Se tal atividade corresponder um benefício público dimensionável e compatível com objetivos legítimos a serem perseguidos pelo poder público, será lícita e legítima a ação de fomento ainda que dirigida apenas a algum(ns) privado(s)."⁶

2.2. Aplicação Positiva e Aplicação Negativa

Como expresso anteriormente, é prudente subdividir a aplicação das atividades entre **aplicação positiva da atividade fomentadora** e **aplicação negativa da atividade fomentadora**⁷. Não há somente a maneira estrita, fundada nas prestações de "fazer", de aplicar o fomento à iniciativa privada, mas, da mesma forma, há um sentido oposto e de maior amplitude, cujas origens se coincidem com as primeiras concepções de Estado, que busca concretizar esta atividade através das prestações baseadas na concepção de "não fazer", ou mesmo de "deixar de fazer".

Temos, portanto, que as **aplicações positivas da atividade fomentadora** são aquelas baseadas no "fazer" da administração pública, corriqueiramente expressas pelos autores jurídicos tradicionais, tais quais os subsídios, os financiamentos a regimes diferenciados de juros e concessões exclusivas setoriais ou a organizações específicas. Já as **aplicações negativas da atividade fomentadora** são aquelas cujo alicerce está no "deixar de fazer", ou no "não fazer", tais quais diminuição na carga tributária, simplificação e redução burocrática. Como exemplo recente de aplicação negativa da atividade fomentadora é possível citar o programa *Empreenda Fácil*⁸, por iniciativa da prefeitura da cidade de São Paulo, que buscou, em uma primeira fase, reduzir o prazo de abertura das chamadas empresas de baixo risco⁹ de uma média de *100 (cem) dias* para uma média de *1 (uma) semana*. Está vinculada, portanto, a uma negativa de imperativos, por parte da administração pública, com o propósito de aliviar o jugo do Estado sobre a iniciativa privada, permitindo uma operacionalidade mais eficiente.

⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. 2010. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, número 32, página 8.

⁷ Faz-se imprescindível não confundir fomento negativo e fomento positivo com *aplicação positiva* e *aplicação negativa* da atividade, que, aqui, são classificações propostas com o intento didático de exposição da realidade fática nacional.

⁸ <http://capital.sp.gov.br/noticia/programa-empreenda-facil-diminui-tempo-de-abertura-de-empresas-para-uma-semana>.

⁹ Definidos, de acordo com o site oficial da prefeitura, como sendo aqueles "situados em edificações com área construída inferior a 1.500 m² ou instalados em área de até 500 m², independentemente do porte da edificação, desde que não demandem licenciamentos específicos como o ambiental".

3. O Conceito de Mercado

Não é nenhuma surpresa, em sociedades historicamente marcadas por um ambiente hostil ao desenvolvimento econômico e aos empreendedores, bem como por uma esperança desproporcional e inteligível naqueles indivíduos que regem administração e a legislação pública (como se o fato de comporem o setor público os caracterizasse como pessoas beatificadas), que se compreenda o *mercado* como algo abstrato, complexo de se conceituar, porém *passível de controle e racionalização planejada*, ou seja, uma espécie de *essência suscetível a um molde de acordo com as concepções daqueles que supostamente o controlam*. Essa concepção não passa de uma tremenda fábula não correspondente à realidade técnica. O *mercado*, conforme explicitava Ludwig von Mises¹⁰, economista austríaco, mentor de Friederich August von Hayek¹¹, prêmio Nobel de Economia em 1974, é “um processo, impulsionado pela interação das ações dos vários indivíduos que cooperam sob o regime da divisão do trabalho. As forças que determinam a — sempre variável — situação do mercado são os juízos de valor dos indivíduos e suas ações baseadas nesses juízos de valor. A situação do mercado em um determinado momento é a estrutura de preços, isto é, o conjunto de relações de troca estabelecido pela interação daqueles que estão desejosos de vender com aqueles que estão desejosos de comprar. Não há nada, em relação ao mercado, que não seja humano, que seja místico. O processo de mercado resulta exclusivamente das ações humanas.”¹² (Grifo nosso).

À grosso modo, não é possível escravizar o mercado aos próprios deleites, haja vista que isso pressupõe controlar as *ações* de cada ser-humano, o que demandaria uma entidade *autoritária, onipresente, onisciente e onipotente*. O que se faz, no entanto, ora por simples ignorância, ora por completa má-fé, em nome da defesa do “estímulo” ou do “conserto” do mercado, é ou a **destruição de riquezas conjugada com restrições cada vez mais significativas à sua criação, a gerar concentração de haveres e poder nas mãos do Governo e de seus achegados, ou a maquiagem da situação verídica mercadológica**¹³.

4. Alguns Dados sobre o BNDES

Antes da análise consequencial propriamente dita, é preciso expor alguns dados do BNDES, para que se tenha uma compreensão mensurada da extensão daquilo que está sendo examinado.

Conforme divulga o próprio banco em seu site, no setor de transparência, a evolução de seus desembolsos foi:¹⁴ em 2007, 64 bilhões e 892 milhões de reais. Em 2008, 90 bilhões e 878 milhões de reais. Em 2009, 136 bilhões e 356 milhões de reais. Em 2010, 168 bilhões e 423 milhões de reais. Em 2011, 138 bilhões e 873 milhões de reais. Em 2012, 155 bilhões e 992 milhões de reais. Em 2013, 190 bilhões e 419 milhões de reais. Em 2014, 187 bilhões e 837 milhões de reais. Em 2015, 135 bilhões e 942 milhões de reais. Em 2016, 88 bilhões e 257 milhões de reais.

¹⁰ Biografia de Ludwig von Mises em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=33>.

¹¹ Biografia de Friederich August von Hayek em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-bio.html.

¹² Conceito disponível em <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1398>.

¹³ Vide a Teoria Austríaca dos Ciclos Econômicos.

¹⁴ Fonte: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho>.

À seguir, uma tabela disponibilizada pelo banco, com valores aproximados dos desembolsos:

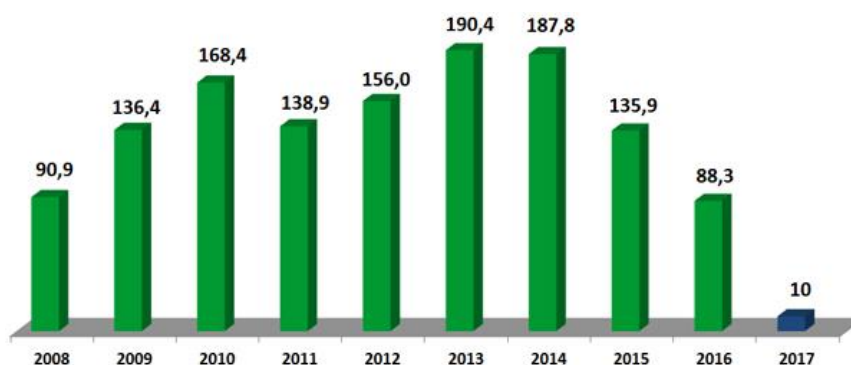


Figura 1 – Valores aproximados dos desembolsos do BNDES

Fonte: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho/desempenho/desembolsos-em-2017>

Observamos que entre o período de 2007 a 2010 há a acentuação mais brusca de dispêndio financeiro. De uma quantia de 64 bilhões e 892 milhões de reais, o banco passa a liberar, em 2010, 168 bilhões e 423 milhões de reais, um aumento de aproximadamente 162% nos desembolsos. Além disso, é possível diagnosticar que entre 2007 e 2013, ano de maior desembolso, o acréscimo do dispêndio é de pouco mais de 196%. O BNDES foi, uma das principais bandeiras para “estímulo” econômico das últimas administrações públicas no país, o que explica essa significativa ampliação de desembolsos da companhia. Desses financiamentos, cerca de aproximadamente 70% são direcionados para empresas de grande porte, conforme o gráfico à seguir:

Desembolsos por porte de empresa

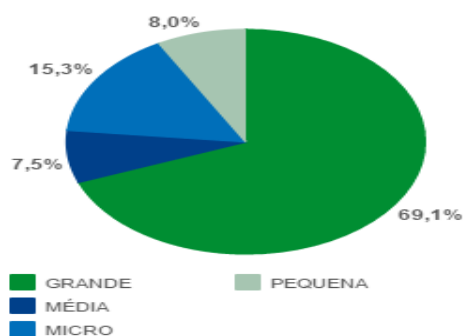


Figura 2 – Desembolsos por porte de empresas

Fonte: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho/estatisticas-setor-porte>

Para além das quantias gastas, é imprescindível buscar de onde provêm os recursos do BNDES. Conforme informações apresentadas pela instituição:¹⁵

¹⁵ Disponibilizado em <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/fontes-de-recursos/fontes-recursos>.

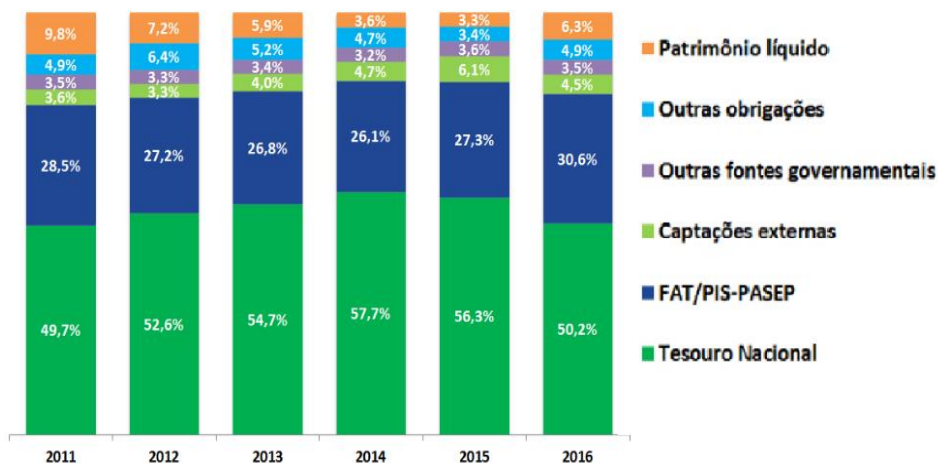


Figura 3 – Origem dos recursos

Fonte: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/fontes-de-recursos/fontes-recursos>

Como é demonstrado, cerca de mais de 80% dos recursos do banco são oriundos de recursos governamentais, ou seja, dos *pagadores de impostos*.

5. Teoria dos Jogos na Aplicação Positiva da Atividade de Fomento

A teoria dos jogos auxilia a compreender aspectos singulares, relativamente ao emprego positivo da atividade de fomento: o estímulo que representa para a inclinação dos agentes econômicos a práticas corruptivas e a deformação da dinâmica regular de mercado, em termos de longo prazo.

Antes de mais nada, cabe expor que a teoria dos jogos se resume na investigação das deliberações entre indivíduos, na medida em que suas interações constituem interdependência, semelhantemente a uma partida estratégica. Condição estrutural posta, as ponderações pessoais a serem elaboradas levarão em conta não somente o arcabouço informacional disponível, mas, da mesma forma, buscarão computar as possíveis consequências de seus vereditos e da positivação das respectivas condutas propostas.

Na esfera da Análise Econômica do Direito, a lei, ou o instituto jurídico integrante de determinado tabuleiro, sagra-se como mera zona “*preludatória*”, ou seja, a posição de largada para o exame metodológico, cumprindo função de franca “indutora de comportamentos”.¹⁶

Preliminarmente, para ilustrar, através de um critério que retrate a generalidade da teoria, há de se valer do *Dilema da Ponte*.¹⁷ Neste curso, há, portanto, 3 (três) pontes distintas que viabilizam a travessia de um rio. A **primeira** ponte é, incontestavelmente, livre de percalços. A **segunda**, por sua vez, se localiza rente a uma encosta rochosa, de onde se desprendem grandes pedregulhos. Por fim, a **terceira** serve de via à locomoção de serpentes altamente venenosas. Haja vista que a contingência de acidentes é factível e

¹⁶ É o termo utilizado por Márcia Carla Pereira e por Irineu Galeski Júnior, no fim do segundo parágrafo da página 127, de sua obra *Teoria Geral dos Contratos: Contratos Empresariais e Análise Econômica. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada*.

¹⁷ Assim denominado por Fernando Barrichelo, no endereço eletrônico: <<http://www.cienciaedaestrategia.com.br/teoriadosjogos/capitulo.asp?cap=i2>>

notória, as autoridades da região fixaram uma placa de alerta que informa que a probabilidade de ser alvejado por uma rocha, na ponte de número 2 (*dois*), é de **10%**, enquanto a probabilidade de sofrer uma investida de víbora, na ponte de número 3 (*três*), é de **20%**.

Presuma que um sujeito **B**, tomado por ódio, está no encalço de um jovem **A**. Este sabe que aquele primeiro o espera em algum ponto do outro extremo do rio, na saída de uma das três pontes, que desembocam em regiões diversas, a portar uma metralhadora *Kalashnikov*. **B**, por conseguinte, conseguirá atingir seu maquiavélico objetivo, na hipótese de optar pela saída da ponte em que **A** ingressar. Enquanto o esquivo calcula o caminho ao qual deve aderir, seu oponente empenha-se em predizer seu método de discernimento. Consequentemente, eleger a ponte mais segura parece um equívoco, pois **B** estaria ali, à emboscada de **A**. Considera-se, logo, a escolha da ponte número 2 (*dois*), visto que há uma probabilidade de **10%** de revés, adicional àquele que pode vir a ser empregado pelo carrasco. Porém, se o evadido assimilou tal percepção, o algoz é capaz de prognosticá-la. Da mesma forma, a opção pela *terceira* passagem, com risco adicional de **20%** de adversidade, pode ser antevista por **B**. Há, pois, uma disputa estratégica, entre as partes, pelo julgamento estrito que conduza ao perfazimento de seu escopo, na presença de uma conjuntura em que os movimentos de um interferem nos movimentos do outro. No domínio dos estudos sobre a teoria em tela, destacam-se três célebres contribuições: o *Jogo de Soma Zero*, de *John von Neumann*; o *Dilema do Prisioneiro*, de *Albert Tucker*; e o *Equilíbrio de Nash*, de *John Nash*.

5.1. Jogo de Soma Zero

Este modelo é o sustentáculo para a averiguação de um cenário em que aquilo que um conquista, o indivíduo diverso perde, ou, isto posto, ninguém aufere vantagens.

É possível apresentar uma gravura acerca deste paradigma, traduzida pelo conflito entre dois produtores de soja que pactuaram uma parceria para o desenvolvimento de determinada safra. Ao passo em que o primeiro disponibilizou a terra e parte do maquinário necessário, o segundo ficou responsável pela matéria-prima e pelos dispositivos remanescentes, necessários ao empreendimento.

No contrato, que está a ser elaborado, uma cláusula prevê que, em vez de viabilizarem conjuntamente a venda e repartirem os lucros, perante a indispensabilidade de que cada uma das partes comercialize sua porção da colheita com clientes de longa data, a fim de perpetuar a força de suas relações negociais com estes terceiros, o fruto da iniciativa deve ser alocado a um pátio, onde será realizado o seu partilhamento.

Sabe-se que cada um deve receber metade do resultado alcançado. O advogado encarregado da confecção do contrato, contudo, verifica com os contratantes que, no intuito de garantir a seguridade do processo, os custos para designar e ocasionar que um intercessor imparcial efetue a partilha são elevados, o que consumiria parcela significativa do lucro. A alternativa é, portanto, que os próprios negociantes diligenciem no sentido de distribuir as sacas de café.

Na hipótese de ambos tomarem, conjuntamente, a responsabilidade pela divisão, atritos podem ser gerados, levando a um litígio, quer seja na justiça comum, quer seja na arbitragem, a ocasionar deterioração dos ganhos financeiros. Já na eventualidade de apenas um dos produtores encarregar-se da atividade alocativa, há a possibilidade de que, por culpa ou por dolo, venha a empregar um método que o privilegie com uma quantidade maior de sacas.

Utilizando-se do *jogo de soma zero*, o jurista sana o impasse ao registrar no documento que **determinado produtor** será responsabilizado pela **partilha** das sacas de soja entre duas zonas do pátio, enquanto **o outro** será aquele **a escolher qual das zonas lhe pertence**. Assim, o advogado estipula as regras do jogo, de modo que elas venham submeter as partes ao regime de cooperação, a impelir aquele que irá realizar a divisão do fruto da produção a fazê-lo da maneira mais imparcial e eficiente possível, sob risco de prejudicar a si mesmo, uma vez que o outro contratante será o primeiro a designar a porção que lhe pertence.

5.2. Dilema dos Prisioneiros

O Dilema dos Prisioneiros, ao contrário do último modelo apresentado, constitui um jogo não-solidário, em que cada agente não possui dados completos sobre postura do outro.

O padrão é classicamente exemplificado em um enquadramento no qual a polícia consegue deter, temporariamente, dois investigados, os quais sabe-se terem consumado um crime de alta punibilidade. Todavia, os apuradores não conseguiram registrar os indícios de materialidade do crime, motivo pelo qual almejam arrancar-lhes a declaração de culpabilidade, devidamente comprovada pelos próprios homens. Sob quaisquer circunstâncias, contudo, a polícia já está em poder de provas para condená-los por um crime de menor punibilidade.

Cada um dos retidos é destinado a cômodos diversos e individuais de interpeção. Os oficiais, devidamente instruídos nas táticas embasadas em teoria dos jogos, rearranjam as especificidades da conjuntura factual. Estipulam, outrossim, que, na hipótese de um dos investigados admitir a materialidade do crime de maior punibilidade e o cúmplice não, aquele que revelar é liberto e fica imune de ambas as denúncias, enquanto aquele que se quedou inerte é submetido às providências legais. Porém, na ocasião da confissão recíproca, tanto um, quanto outro, são incriminados pelo ilícito de maior reprimenda, com a particularidade da concessão de redução de pena.

Neste panorama, a privação de informações e a dependência entre o resultado final e as escolhas de terceiros provocam o estrategista a assumir que proposta mais sensata, do ponto de vista da individualidade, é assumir e comprovar a materialidade do pior crime. Isto se deve, porquanto o investigado desconhece a inclinação de seu conluiado, o que suscita a ponderação de que a única maneira de auferir um benefício, de forma desvinculada às escolhas e particularidades alheias, é a confissão. Ademais, os retidos não são capazes de predizer se a polícia, futuramente, será capaz de localizar algum indício probatório de materialidade do ilícito de maior punibilidade, conjuntura na qual os benefícios não seriam concedidos.

5.3 Equilíbrio de Nash

O terceiro paradigma é repercussão do desenvolvimento de sucessivas obras de *John Nash*. Sua lógica, obviamente, parte da premissa de que os envolvidos perseguem a maximização de seus ganhos. Em determinado contexto, porém, é racional que renunciem a um provento robusto, com vistas ao benefício de todos, equivalentemente. Ou seja, um agente se comportará, constantemente, da mesma maneira, desde que tenha a convicção de que os demais assim também hão de se portar.

Conforme *Nash*, mais elevados os dados acerca das tendências e da conduta dos outros *players*, mais elevada é a viabilidade da equiparação, quer seja, da escolha de uma jogada que responda harmonicamente à jogada do outro jogador.

5.4 Crivo Aplicado à Corruptibilidade

A teoria dos jogos auxilia-nos, pois, a interpretar possíveis movimentos e esmiúça corolários a se esperar, ante o império de regras e circunstâncias fáticas específicas. Logo, no contexto do presente tema, a sobreposição deste crivo à perspectiva de sua apreciação, é capaz de elucidar o motivo pelo qual representa estímulo para a inclinação dos agentes econômicos a práticas corruptivas.

Os agentes econômicos, por mais bem estruturados que estejam, não dispõem de todas as informações necessárias para suas tomadas de decisão. Intentam, pois, empregar aquelas as quais reúnem, com a finalidade de maximizar a eficiência de seus objetivos. Encontramo-nos todos, por conseguinte, em uma conjuntura de apreensão incompleta de dados. Em um panorama amplo, de mercado, composto por uma diversidade considerável de jogadores, esse aspecto é verificado de maneira ainda mais consistente.¹⁸ Nenhum *player* sabe o movimento que seus correspondentes opositores irão tomar. As estratégias baseiam-se, conseqüentemente, nos dados disponíveis e no cenário esboçado pelos indutores da partida. Os dispositivos legais, implementadores de “incentivos” à iniciativa privada, consistem, destarte, em regras moldadoras do tabuleiro sobre o qual os agentes econômicos concorrem entre si. Exercem, por consequência, influência ativa na caracterização do planejamento estratégico dos partícipes.

Neste arranjo, no painel demarcado, visto que se trata de um cenário macroeconômico, os jogadores desconhecem as características ponderadas pelo restante dos inúmeros competidores. É associável, pois, à disposição externalizada no ***Dilema do Prisioneiro***. Há, deste modo, um parâmetro ímpar, interventor na composição da tática e da dinâmica deste jogo: o regramento sugestivo. A aplicação positiva da atividade de fomento, por parte da administração pública, funciona como a proposta feita pelos policiais a cada um dos detidos. Ela integra a base de dados assimilada pela generalidade dos agentes econômicos. Consiste, portanto, em uma informação que cada um dos *players* sabe que o outro tem, passível de compor o silogismo, no processo de elaboração do método de deliberação. Os subsídios, os financiamentos a regimes diferenciados de juros e as concessões exclusivas setoriais ou a organizações específicas (dentre outros) estão lá, disponíveis para os participantes que se interessarem; retiradas dos demais integrantes que compõem o tabuleiro e que não possuem, categoricamente, acesso a tais benefícios ou que optarem por sua não persecução; e ofertados por aqueles que, sem deixar de constituir competidores ativos, esculpem os preceitos do jogo.

Cada agente econômico, por conseguinte, ordena suas metas em disposição de preferência, a levar em consideração as prováveis estratégias de seus concorrentes. A partir daí, avaliam os custos de transação, quer seja, os custos de busca, de negociação e de monitoramento, de cada tática que vise maximizar a efetivação de seus propósitos e ponderam o cardápio de jogadas que melhor se compatibilize com sua estratégia. Desta feita, a concessão de benefícios, por aqueles poucos que são capazes de ajustar e de reestruturar a partida em favor de determinados partícipes, em detrimento dos outros, constitui, nestes termos de jogo, um indutor dominante tanto para o sucesso dos *agentes comerciais*, quanto para o êxito e conservação da condição de *agentes “escultores”* do regramento aplicável, de maneira que, padrão geral, os *players* de maior efetividade, sejam *comerciais* ou “*escultores*”, serão aqueles que estipularem, entre essas duas classes, uma relação de aplicação positiva da atividade de fomento, na qual são

¹⁸ Para mais informações, ler o artigo de Friederich A. von Hayek, “O uso do conhecimento na sociedade”.

privilegiados os participantes *comerciais* que, em regime de disputa espúria, ofertarem a maior parte de seus eventuais lucros e sua lealdade ao participante “*escultor*” que vier a modelar o tabuleiro em seu benefício. Em vista disso, os *players* que não deliberarem neste fluxo de corrupção serão cada vez mais suprimidos, enquanto são, paulatinamente, ultrapassados pelos aderentes.

Múltiplos exemplos de práticas corruptivas fraudulentas, ocasionadas pela aplicação positiva da atividade de fomento, podem ser concedidos, não somente desdobrados em território pátrio, mas, semelhantemente, em vários outros países.

Um dos mais célebres se funda nas investigações do Ministério Público Federal contra Joesley e Wesley Batista, acionistas da JBS. Referentemente a uma delas, os irmãos teriam sido beneficiados pelo financiamento do Banco Nacional do Desenvolvimento, na aquisição da empacotadora americana de carnes *Swift & Co*, no ano de 2007.¹⁹ Segundo o site *Pig Progress*, a transação teria envolvido uma entrada em US\$ 225 milhões e a constituição de uma dívida de US\$ 1,2 bilhão em dívidas, adicionadas de formas diversas de despesas.²⁰

O segundo exemplo de *indícios* de corrupção abarca uma vastidão de instituições de diversos países. Constitui a denúncia de que houve fraude e pagamento generalizado de propinas para a escolha do Rio de Janeiro como sede dos Jogos Olímpicos de 2016. De acordo com o Ministério Público da França, US\$ 2 milhões foram transferidos, por intermédio de empresas de Arthur Cesar M.S. Filho, que foi contratado pela administração de Sérgio Cabral em regime de prestação de serviços, para a família de Lamine Diack, presidente, à época, da Associação Internacional das Federações de Atletismo e integrante do Comitê Olímpico Internacional. Na vigência das administrações de Sérgio Cabral, Arthur Filho chegou a figurar como um de seus maiores contratantes, em negócios cujos valores se aproximaram à quantia de R\$ 3 bilhões, segundo reportagem veiculada no jornal *Estadão*.²¹

O terceiro caso a ser retratado é aquele ocorrido na Coreia do Sul, responsável por desencadear o processo de *impeachment* da ex-presidente Park Geun-hye. Jae-yong Lee, dirigente do Grupo Samsung, foi acusado de pagar suborno para Choi Soon-sil, amiga próxima de Park, no montante de US\$ 37,74 milhões. O embolso feito por organizações ligadas a Choi garantiu o suporte governamental à fusão de duas unidades da companhia, no ano de 2015.²²

Por fim, o periódico *El País*, em sua versão brasileira, elenca, em uma de suas matérias, uma série de oportunidades em que filiais da alemã *Siemens* incorreram em corrupção. Na Argentina, teria pago US\$ 40 milhões com o intuito de ser a selecionada para a produção das certidões de identificação nacionais; em Israel, teria repassado US\$ 20 milhões a oficiais públicos, a fim de tomar parte na construção de matrizes elétricas; na Venezuela, US\$ 16 milhões para ser encarregada do desenvolvimento da malha ferroviária; e, no Brasil, teria pago € 8 milhões, com vistas à implantação do metrô de São Paulo.²³

¹⁹ Reportagem completa disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-brazil-corruption-jbs/brazils-audit-court-to-use-batistas-plea-deal-in-case-against-jbs-idUSKBN19Q31B>>

²⁰ <<http://www.pigprogress.net/Home/General/2007/5/US-meatpacker-Swift--Co-in-Brazilian-hands-PP000648W/>>

²¹ <<http://esportes.estadao.com.br/noticias/jogos-olimpicos,brasil-teria-pago-propina-para-rio-ser-escolhido-para-sediar-olimpiada-de-2016,70001685438>>

²² <<http://in.reuters.com/article/southkorea-politics-samsung-group/samsung-chief-lee-arrested-as-south-korean-corruption-probe-deepens-idINKBN15V2RN>>

²³ <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/06/internacional/1486411299_340049.html>

6. A Distorção do Mercado pelo BNDES

De acordo com o que expôs o economista austríaco Ludwig von Mises em uma série de palestras na Argentina²⁴, o mercado constitui nada mais, nada menos, do que a *Democracia dos Consumidores*. Em uma *economia de livre mercado*, não há outra maneira de uma empresa atingir o sucesso e o crescimento corporativo, senão fornecendo aos consumidores aquilo que eles desejam, de maneira eficiente e com expressiva qualidade, por meio dos menores preços possíveis. O **poder** está, conseqüentemente, **diluído** nas mãos dos cidadãos, não concentrado em grupos privilegiados. Se uma companhia falha, por algum motivo e, na visão da sociedade, desvia-se de seu propósito, por qualquer que seja o motivo, os consumidores possuem a poderosa prerrogativa de boicotá-la e se voltarem aos seus diversos concorrentes. É neste sentido que os empreendimentos de um livre mercado devem sempre estar atentos às necessidades, gostos e cultura dos consumidores, caso contrário, “a fonte seca”. Ludwig utilizava um termo absolutamente genial para definir esta realidade pragmática: **o plebiscito diário dos consumidores**. Diariamente, o consumidor pode exercer a democracia, o poder nas mãos do povo, e expressar suas preferências individuais, quando integra uma sociedade que permite o surgimento e a manutenção de um livre mercado.

Infelizmente, no Brasil, o alto nível de burocracia, regulamentações excessivas²⁵, alta complexidade para o simples pagamento de tributos, alta taxa de tributação e insegurança jurídica no setor corporativo, para com as arbitrariedades da interpretação e aplicação das disposições das quais são matéria, obsta que tenhamos, no mercado nacional, a livre concorrência e o livre comércio, o que nos caracteriza como um país de “capitalismo de compadres”²⁶. Nessa anomalia, o sucesso e o crescimento corporativo se dão não por força de competência frente aos seus consumidores, mas sim pela obtenção de agradecimentos, proteção e impulsão por parte daqueles que detêm o poder. Deste modo, gigantesca parte dos empreendimentos que se alavancam ao protagonismo financeiro, no *capitalismo crônico*, são denominadas de empresas *amigas do rei*. São assim intituladas, pois o que as eleva de patamar, garante a continuidade de sua evolução e as salvaguarda de um verdadeiro cenário concorrência são os favores e os benefícios, travestidos de **aplicação positiva da atividade de fomento**, concedidos por aqueles que detêm o arbítrio do mando e do desmando. Por conseguinte, no modelo experimentado pelo Brasil, mais vale criar boas relações com políticos e funcionários públicos, do que se voltar para os seus clientes.

O BNDES é um exemplo do que acaba de ser exposto. Ora, sendo o mercado composto pelo conjunto julgamento de valor e tomada de decisão, de cada indivíduo componente de relações constantes de consumo, a ação humana, de uma forma geral, é o fator determinante da dinâmica econômica e o que dita o binômio oferta-demanda. Isto posto, em uma economia que funcione genuinamente, no caso da captação de recursos empresarial, há duas vias naturais de concretizá-la, a via *natural* e a via *concessionária*. Pela via *natural*, os próprios fregueses sustentam a companhia, operando com sua habitualidade e adquirindo o produto ou serviço ofertado. Já pela via *concessionária*,

²⁴ As seis palestras, mais tarde, deram origem a um de seus mais famosos livros, “As Seis Lições”, onde eternizou-se os pontos abordados por Mises, naquela ocasião.

²⁵ “**Quando compra e venda são reguladas por lei, a primeira coisa a ser comprada e vendida são os legisladores.**” A frase é atribuída ao jornalista P.J. O'Rourke, todavia não foi possível encontrar sua fonte exata.

²⁶ Também denominado de capitalismo **corporativista** ou de capitalismo **crônico**, do inglês *chronic capitalism*.

peças físicas ou jurídicas, após análise de crédito, de nível de endividamento, projeção de vendas, projeção macro e microeconômicas, enfim, da saúde negocial e da perspectiva de evolução do empreendimento, concedem, mediante expectativa de retorno do capital investido acrescido de juros, uma quantia mais brusca, para que a companhia possa realizar aplicações agressivas. Todavia, mesmo os haveres do fornecedor via concessionária têm uma *procedência atrelada ao respeito à realidade do mercado*. Se o mercado entra em um período de menor bonança e há uma diminuição do crescimento econômico, sendo que isso implica uma captação menor na fonte de obtenção desse capital disponibilizado para aplicações, conseqüentemente, haverá uma diminuição no ritmo de oferta de crédito, por parte desses fornecedores da iniciativa privada, e o aumento do preço do crédito disponível, não somente pelo balance da relação oferta/demanda, mas também pela *racional expansão* do fator “risco”, nas aludidas operações.

Já os concessionários estatais, no caso em específico o BNDES, **não** se submetem à realidade do mercado. Como já foi amplamente constatado, por intermédio de dados fornecidos pelo próprio banco, é possível dizer que a origem de seus recursos é basicamente via tributária. Desse modo, o que é arrecadado pelo banco depende mais da arrecadação e repartição tributária do que da realidade do mercado. Analise-se o quão economicamente insana é esta constatação: os recursos do BNDES, provenientes dos pagadores de imposto, são adquiridos via compulsória. Sendo recursos obtidos através de via compulsória, o mercado pode, em dado momento, reduzir a oferta concessionária de crédito relativa a determinada esfera da divisão produtiva, devido a alguma *nova realidade factual*, direcionando seus recursos para outros setores, enquanto o BNDES continua com níveis estáveis de oferta de crédito, mantendo “preços” semelhantes de crédito, que não se adaptaram ao novo cenário do mercado, haja vista que sua captação é via coercitiva, e não espontânea. As companhias, por sua vez, levando em conta os baixíssimos juros do banco, em comparação com os fornecedores privados, tendem a adquirir esse crédito, mesmo mediante redução das projeções de crescimento do negócio, analisando que esta diminuição de perspectiva ainda não seria suficiente para anular a compensação da excelente oferta da entidade estatal. Outrossim, como bem explicitado anteriormente, durante a análise subjugada à teoria dos jogos, os *agentes comerciais* ponderam suas escolhas embasados não somente nos dados disponíveis, mas, da mesma forma, nas predileções de seus concorrentes, que, nesta conjuntura, encontram-se perante a disponibilidade de crédito barato, enquanto o restante do mercado está sujeito a altas taxas. Por conseguinte, o Estado “estimula” a economia via BNDES, elevando seus gastos por meio de concessões a longo prazo e a baixíssimos juros, em um regime de lucros insustentáveis para a manutenção e evolução de uma empresa, pois, a não ser que continue sendo aportada financeiramente pelos pagadores de impostos. Dessa maneira, os gastos e o endividamento se elevam, (tanto pela ascendência do pagamento de tributos, ou processo inflacionário, que é a opção alternativa à revisão dos recolhimentos tributários, quanto pela assunção de consumo, instigado por uma progressão artificial do mercado) sem um cenário de retorno para a cobertura desse endividamento, enquanto o setor privado, em um contexto de elevação dos preços (popularmente conhecido como crescimento inflacionário), pós período de bonança e algazarra creditícia, realoca seus recursos e se adapta à realidade mercadológica. Por consequência, os devedores do banco não correspondem aos já deficitários, na perspectiva do concessionário, fornecimentos financeiros, tendo em vista a perda do poder de compra dos consumidores, gerada pela alta dos preços. Basicamente, o BNDES contribui ativamente para recessões e não corresponde à realidade do mercado, tendo em vista que retira, compulsoriamente,

dinheiro dos consumidores, os componentes ativos do mercado, para concedê-lo àqueles que o Estado deseja estabelecer como *campeões nacionais*. Um comportamento prejudicial à distribuição espontânea de renda, arbitral e de tentativa de manipulação mercadológica. Uma lógica vulgarmente denominada de *Robin Hood ao contrário*, como, ao invés de haveres serem tomados da Coroa e de seus nobres para serem concedidos aos plebeus, haveres são confiscados dos plebeus para serem concedidos à Coroa e seus nobres.

A conclusão a que se chega é que a aplicação positiva da atividade de fomento, examinada sua factualidade por intermédio da Análise Econômica do Direito, em específico, no presente artigo, através do Banco Nacional do Desenvolvimento, cria uma distorção no mercado, vai contra a autonomia de escolha dos consumidores e favorece o “capitalismo de compadres”, submetendo o setor privado ao crédito estatal e, desta forma, o agraciamento da companhia não ao consumidor, mas ao setor público.

Referências

- ROTHBARD, Murray N. **Ludwig von Mises (1881-1973)**. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=33>>
- MISES, Ludwig Von. **O que realmente é o mercado**. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1398>>
- MISES, Ludwig Von. **As Seis Lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2009.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2015. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Páginas 67 a 149.
- BARRICHELO, Fernando. **O que é Teoria dos Jogos**. Disponível em: <<http://www.cienciaestrategia.com.br/teoriadosjogos/capitulo.asp?cap=i2>>

Bibliografia Consultada

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 2014. São Paulo: Editora Atlas S.A., 27ª Edição.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica**. 2010. Belo Horizonte: Revista de Direito Público da Economia - RDPE, número 32.
- MYRDAL, Gunnar. **Friedrich August von Hayek – Biographical**. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1974/hayek-bio.html>
- ROSS, Don. **Game Theory**. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/game-theory/>>