

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

BERNARDO SOUZA BARBOSA

A GOVERNANÇA DO ESTADO EMPRESÁRIO: CONFORMIDADE
CONSTITUCIONAL DA CRIAÇÃO E DA MANUTENÇÃO DAS EMPRESAS
ESTATAIS

BRASÍLIA

2023

BERNARDO SOUZA BARBOSA

**A GOVERNANÇA DO ESTADO EMPRESÁRIO: CONFORMIDADE
CONSTITUCIONAL DA CRIAÇÃO E DA MANUTENÇÃO DAS EMPRESAS
ESTATAIS**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

B238 Barbosa, Bernardo Souza

A governança do estado empresário: conformidade constitucional da criação e da manutenção das empresas estatais/ Bernardo Souza Barbosa. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

163 f.

Tese - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Doutorado em Direito Constitucional, 2023.

Orientador(a): Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

1. Estado empresário 2. Filtro constitucional. 3. Avaliação periódica. I.Título

CDD 341.32262

BERNARDO SOUZA BARBOSA

**A GOVERNANÇA DO ESTADO EMPRESÁRIO: CONFORMIDADE
CONSTITUCIONAL DA CRIAÇÃO E DA MANUTENÇÃO DAS EMPRESAS
ESTATAIS**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

Data da defesa: 30/06/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Silveira e Silva

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Orientador

Prof. Dr. Fabio Lima Quintas

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Profa. Dra. Leany Barreiro de Sousa Lemos

Universidade de Oxford
Membro Externo

Prof. Dr. Carlos Ari Vieira Sundfeld

FGV/SP
Membro Externo

Prof. Dr. Fernando Antônio Ribeiro Soares

IBGC
Membro Externo

Dedico essa tese à minha avó Eneida (*in memoriam*), uma das grandes responsáveis por minha escolha pelo Direito e fiel incentivadora de meus estudos.

AGRADECIMENTOS

A trajetória acadêmica até o doutorado é longa, repleta de desafios e, sobretudo, horas e horas de estudo. Defender uma tese é desafiador não só pelo rigor intrínseco ao processo, mas também pela cobrança que o próprio aluno coloca sobre si próprio. Comigo não foi diferente. Como atenuantes, para além do propósito, contei com o apoio de familiares, amigos e professores.

Meu primeiro agradecimento é dirigido ao meu orientador por todo apoio, sugestões e críticas construtivas dadas ao longo desses últimos anos, contribuindo para que eu pudesse reavaliar ideias, trabalhar conceitos até então desconhecidos e avançar em momentos em que seguir em frente não era tarefa fácil.

Aos demais membros da banca, fundamentais para a evolução dessa tese quando da realização da qualificação, registro a minha gratidão pelas ponderações lançadas e, sobretudo, pelas novas ideias e perspectivas relacionadas ao tema. Como haviam antecipado, a qualificação é, de fato, um momento ímpar para quem pretende defender uma tese de doutorado.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de turma por terem encarado esse desafio de cursar o doutorado em tempos de pandemia e, mesmo com a ausência de aulas presenciais, termos conseguido travar uma grande parceria e um rico espaço para discussões e interações.

Por fim, agradeço à minha família e amigos, por todo o suporte e compreensão durante esse árduo período de dedicação e renúncias em prol do estudo.

RESUMO

Esta tese busca realizar uma análise crítica sobre a forma pela qual o Estado explora diretamente atividade econômica à luz das disposições constitucionais. A partir da apresentação do histórico normativo constitucional a respeito do Estado empresário e de estudo realizado sobre o processo de constituição das estatais federais em atividade, demonstrou-se a histórica influência de questões político-ideológicas na condução da matéria e as externalidades negativas resultantes de um Estado empresário regido com base em vieses políticos-ideológicos, destacando-se, dentre elas, a falta de previsibilidade e o risco de atuação estatal em desconformidade com o texto constitucional. Além disso, utilizando-se do conceito de “dependência da trajetória”, buscou-se demonstrar como a gestão do Estado empresário é impactada pela carência de uma estrutura sólida voltada à sua avaliação e a maneira como a passividade do Estado na gestão de seu portfólio empresarial incrementa o risco de configuração de inconstitucionalidades. Com base nesse diagnóstico, a tese apresenta proposta da interpretação sistêmica da Constituição, calcada no princípio da eficiência e centrada na realidade que cerca as decisões públicas, para a criação de balizas voltadas a submeter o Estado empresário a um permanente filtro de constitucionalidade. A fim de atender a esse objetivo, esta tese propõe um modelo de governança pública sobre o Estado empresário voltado a criar um ambiente em que a juridicidade, a eficiência e o alinhamento da exploração de atividade econômica pelo Estado com os interesses da sociedade passem a integrar os processos decisórios relacionados ao assunto.

Palavras-chave: Estado empresário. Filtro constitucional. Avaliação periódica. Dependência da trajetória. Governança Pública.

ABSTRACT

This thesis seeks to carry out a critical analysis of the way in which the State directly exploits economic activity in the light of constitutional provisions. Based on the presentation of the constitutional normative history regarding the entrepreneur State and a study carried out on the constitution process of federal state-owned companies in activity, the historical influence of political-ideological issues in the conduct of the matter and the negative externalities resulting from a politically-ideological biased entrepreneurial State governing, highlighting, among them, the lack of predictability and the risk of state action in disagreement with the constitutional text. In addition, using the concept of "path dependence", it was sought to demonstrate how the management of the entrepreneurial State is impacted by the lack of a solid structure focused on its evaluation and the way in which the State's passivity in managing its business portfolio increases the risk of setting unconstitutionality. Based on this diagnosis, the thesis presents a proposal for a systemic interpretation of the Constitution, based on the principle of efficiency and centered on the reality that surrounds public decisions, for the creation of guidelines aimed at subjecting the entrepreneurial State to a permanent filter of constitutionality. In order to achieve this objective, this thesis proposes a model of public governance over the entrepreneurial State that aims to create an environment in which legality, efficiency and alignment of the exploitation of economic activity by the State with the interests of society become part of decision-making processes related to the matter.

Keywords: Entrepreneur State. Constitutionality filter. Periodic evaluation. Path dependence. Public Governance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
- ANC - Assembleia Nacional Constituinte
- CPPI - Conselho do Programa de Parcerias e Investimentos
- CND - Conselho Nacional de Desestatização
- CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
- IFAC - *International Federation of Accountants*
- LAI - Lei de Acesso à Informação
- LC - Lei Complementar
- OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
- PND - Programa Nacional de Desestatização
- SEST - Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais
- STF - Supremo Tribunal Federal
- TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	19
1.1. O Estado empresário e as Constituições brasileiras: um panorama histórico do tratamento constitucional conferido à matéria.....	19
1.2. Os requisitos previstos na Constituição de 1988 para o exercício da atividade empresária pelo Estado.....	35
1.2.1. Delimitando os contornos gerais da expressão “imperativos da segurança nacional”	46
1.2.2. O relevante interesse coletivo	51
2. A CRIAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS	57
2.1. O procedimento para a criação e desestatização das empresas estatais.....	57
2.2. Apresentação dos processos de criação das estatais federais e a metodologia adotada	62
2.3. O diagnóstico da gestão do Estado empresário	67
2.4. A dependência da trajetória e o Estado empresário	76
3. O ARRANJO INSTITUCIONAL E AS BASES DA GOVERNANÇA PÚBLICA DO ESTADO EMPRESÁRIO	80
3.1. A governança pública do Estado empresário e a Lei das Estatais.....	80
3.2. Uma visão sistêmica do arranjo constitucional para o Estado atuar como empresário	91
3.3. O filtro constitucional: a permanente avaliação e o risco de inconstitucionalidade derivada da inércia do Estado.....	104
4. A PROPOSTA DE GOVERNANÇA PÚBLICA DO ESTADO EMPRESÁRIO .	113
4.1. Por uma gestão proativa do Estado empresário.....	113
4.2. O diálogo entre a experiência internacional e a formulação de uma governança pública sobre o Estado empresário.....	119
4.3. As estruturas da proposta de governança pública do Estado empresário	129
4.3.1 O monitoramento do Estado empresário	132
4.3.2 A avaliação do Estado empresário.....	135
4.3.3 O direcionamento do Estado empresário.....	144
5. CONCLUSÃO	147
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

Os debates sobre determinados temas jurídicos são, por vezes, contaminados por visões de ordem político-ideológica, religiosa, moral, entre outras. Ao se referir à cunhada expressão “Estado empresário”¹, põe-se em lados opostos, de imediato, aqueles cuja ideologia é pautada por uma atuação mínima do Estado na economia, de um lado, e aqueles que enxergam no Estado uma figura indutora e necessária para o desenvolvimento de atividades empresariais no país, do outro. Essa dualidade ideológica, marcada pela rivalidade entre cada uma dessas posições, acaba por ofuscar o desenvolvimento de debates jurídicos apartidários sobre o tema, interditando o espaço acadêmico para discussões construtivas voltadas à sua evolução.

É certo que a ciência jurídica não está livre de influxos provenientes de fatores exógenos, como a política, por exemplo, sendo saudável que a ordem jurídica seja encarada e refletida em conformidade com as demais dimensões que permeiam a vida em sociedade, dada a necessidade de se manter atual, dinâmica e integrada às mudanças experimentadas pela sociedade ou, nas palavras de Grau², para assegurar que o Direito se mantenha como um organismo vivo.

O problema não reside, portanto, no diálogo da ciência jurídica com fatores exógenos, mas sim na suplantação e captura das discussões sobre o tema por vieses puramente ideológicos. É essa sobreposição que compromete a neutralidade exigida para a promoção de avanços jurídicos voltados ao amadurecimento dos debates em torno da disciplina constitucional da exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

¹ A expressão “Estado empresário” é utilizada nesta tese para se referir à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, na forma preconizada pelo art. 173 da CRFB/88, sendo despidida de qualquer conotação ideológica.

² Destaque-se, nesse ponto, trecho do voto do Ministro Eros Grau na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46: “O direito é um organismo vivo, peculiar porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.”. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF nº 46. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 5 de agosto de 2009, p. 91-92. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%2046%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 13 de agosto de 2022.

O efeito direto dessa sobreposição é a indesejada captura do tema pela ideologia dos governos de turno, submetendo os processos decisórios a ele relacionados exclusivamente ou quase que exclusivamente às vontades políticas então vigentes, e não a um sistema em permanente funcionamento baseado em evidência e pautado em diretrizes e critérios claros e apartidários, cuja vocação seja buscar a juridicidade, a eficiência e o alinhamento da atuação do Estado como empresário com os interesses da sociedade.

A consequência prática dessa captura pode ser confirmada no estudo das estatais federais apresentado nesta tese e na análise do fluxo de empresas desestatizadas no tempo, os quais apontam que esses movimentos estão intrinsecamente correlacionados aos ciclos das políticas de governo, ora mais intervencionistas, no sentido de exigir uma presença maior do Estado na economia, por meio de estatais, ora mais abstencionista, mediante a implementação de medidas de desestatização. Esse modelo de gestão do Estado empresário, regido preponderantemente por fatores exógenos ao Direito, contribui, conforme será demonstrado ao longo desta tese, para a criação de um ambiente propício para imprevisibilidade, carência de transparência, não conformidade jurídica, além de potencializar as chances de ineficiências se concretizarem, configurando um cenário similar a outro em que simplesmente não exista gestão.

Há de se esclarecer, entretanto, que não é pretensão desta tese discutir ideias e propor soluções que impeçam a influência de fatores políticos nas decisões em torno do Estado empresário, o que sequer guardaria compatibilidade com os ideais democráticos que regem o Estado e a sociedade brasileira. O enfoque é, a partir da interpretação do texto constitucional, lançar proposições com o objetivo de fortalecer a gestão do Estado empresário, enriquecendo os seus processos decisórios, de maneira que deixem de ser regidos unicamente por aqueles fatores.

Diante desse quadro, a pergunta de pesquisa que se pretende responder com o desenvolvimento desta tese é a seguinte: como a Constituição poderia ser interpretada para estabelecer uma abordagem intertemporal e mais consistente em relação à atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas?

Para responder a essa pergunta, é preciso, primeiro, compreender a disciplina constitucional a respeito do tema. A partir dela, é possível apontar se o Estado, no campo econômico, tem um papel de provedor ou espectador, podendo, então, de um lado, figurar como protagonista ativo no exercício da atividade empresarial ou, em outro extremo, deixar reservado à iniciativa particular a atuação nesse meio. Isso sem contar as mais variadas feições que podem ser assumidas entre esses extremos.

Sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a livre iniciativa é um dos pilares estruturantes da ordem econômica e a atuação direta do Estado na atividade econômica se dá apenas em determinadas hipóteses. Ou seja, apenas em hipóteses excepcionais e taxativamente previstas é que se admite a presença estatal na forma empresarial. À luz do atual texto constitucional, portanto, o Estado deve – ou deveria – relegar aos agentes privados o exercício da atividade econômica.

O texto constitucional, ponto de partida para a análise da matéria, estabelece que são três as hipóteses em que o Estado poderá explorar diretamente atividade econômica. A primeira, consiste na hipótese em que a própria Constituição lhe conferir explicitamente essa atribuição, a segunda, caso seja verificada a presença de imperativo de segurança nacional e a terceira, quando houver relevante interesse coletivo. Com exceção da primeira, as outras duas hipóteses autorizativas dependem do preenchimento pelo intérprete do conteúdo de cada uma dessas expressões, eis que não é possível atribuir significado único às fórmulas “imperativo de segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”. Parte-se, então, da avaliação de que esses termos ainda carregam muitas indeterminações sobre os seus conteúdos. Nem mesmo as adjetivações que os integram são eficazes em dar mais clareza sobre os seus respectivos significados. Ao contrário, por mais que, por um lado, qualifiquem as expressões que as sucedem, acabam por acrescentar mais um conceito suscetível de interpretação na já marcante indeterminação que lhes são características.³

³ Sobre a amplitude da interpretação que o texto constitucional admite - e o artigo 173 é exemplo disso -, é oportuna a menção à analogia formulada por Grau (2009, p. 40) ao comparar a interpretação jurídica com o que se passa na interpretação musical: “Não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven: a Pastoral regida por Toscanini, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por von Karajan, com a Filarmônica de Berlim. Não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas – e corretas.”

A impossibilidade de se apontar previamente um conceito claro e inequívoco do que se entende por essas expressões cria um ambiente propício para que intérpretes as utilizem como lhes convier e, em especial, guiados por questões político-ideológicas, derivando daí o risco de que, a depender do responsável pela decisão, seja atribuído significado por vezes mais elástico e por vezes mais restrito, sem que necessariamente existam evidências que justifiquem decisões nesse ou naquele sentido.⁴

Essa característica do marco teórico sobre o tema, associada aos dados e elementos sistematizados na pesquisa apresentada nesta tese, em especial a antiguidade de determinadas estatais e as deficiências identificadas em seus processos de criação, as quais serão objeto de análise mais aprofundada no decorrer do texto, demonstram a importância de se promover uma interpretação da Constituição que seja capaz de criar uma consistente abordagem intertemporal sobre a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, superando a estagnação em que a matéria se encontra tanto na academia quanto na prática, ancorada no rivalismo ideológico sobre os limites do art. 173 da CRFB/88.

O desafio enfrentado nesta tese é, portanto, apresentar meios para que o processo de tomada de decisão acerca da criação de uma estatal e as decisões subsequentes em torno de sua manutenção ou desestatização passem a ser revestidos de evidências e sejam pertinentes no tempo, e não representem, simplesmente, uma decisão cuja única tônica seja a político-ideológica e que pode ser tomada aleatoriamente no tempo, sem critérios temporais objetivos para tanto.

Assim, a presente tese tem como objetivo geral avaliar a sistemática atual de criação e manutenção de empresas estatais⁵ para apresentar um diagnóstico de como o Estado gere a sua vertente empresarial e, a partir daí, apresentar proposições para a implementação de mecanismos voltados a garantir a juridicidade, a eficiência e o alinhamento da exploração direta de atividade econômica pelo Estado com o interesse

⁴ Em ambas as situações, o resultado é problemático. No entanto, se levado em consideração que interpretação mais elástica pode resultar na criação de uma empresa, com a sua correspondente estrutura, as consequências de sua aplicação são, aparentemente, mais sensíveis diante das dificuldades de se reverter aquilo que se consumou, em razão do fenômeno da dependência da trajetória, a ser estudado nesse trabalho.

⁵ Usando o modelo federal como paradigma.

público, aqui compreendido como o interesse da sociedade como um todo, tudo com base no desenvolvimento do conceito de governança pública.⁶

Para alcançar esse objetivo, a pesquisa promovida neste trabalho sistematiza dados e informações relativos à criação de cada uma das estatais de controle direto da União em atividade⁷, com vistas a apresentar o diagnóstico de como a constituição dessas empresas foi justificada à época e provocar reflexões críticas sobre a compatibilidade dessas justificativas com a interpretação atual do texto constitucional como um todo, e não apenas do art. 173. Esses dados e informações são o ponto de partida para as proposições subsequentes lançadas nesta tese, calcadas em uma visão sistêmica do texto constitucional e preocupadas em estabelecer uma interpretação sustentável no tempo para o exercício da atividade empresarial pelo Estado, inclusive sob a perspectiva de assegurar que o exercício da função estatal se dê em pleno alinhamento com os interesses da sociedade.⁸

Sob a ótica da juridicidade, vale refletir que a simples mudança de contexto sociopolítico ou mesmo o transcurso do tempo podem ser suficientes para fazer com que o fundamento para a criação de uma estatal tenha desaparecido, hipótese em que o Estado deve dispor de ferramentas e usá-las para manter a conformação constitucional de sua atuação como empresário. Isso porque os pressupostos constitucionais que autorizam o Estado a explorar atividade econômica têm que estar presentes tanto no momento de criação da estatal, quanto posteriormente, durante o seu funcionamento. Na ausência de mecanismos preestabelecidos e estruturados para avaliar, de maneira institucional, a conformação constitucional do exercício dessa atividade nesses momentos distintos, cria-se um cenário de fragilidade no que se refere à juridicidade do exercício da atividade

⁶ Mais à frente, o autor tecerá considerações a respeito da noção de governança adotada, porém, antecipe-se, que o seu uso se relaciona à ideia de governança pública veiculada no Decreto nº 9.203/2017, a qual é definida da seguinte maneira: “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”

⁷ Na data base de 31 de dezembro de 2021.

⁸ A esse respeito, cite-se trecho do guia da política de governança pública (BRASIL, 2018c, p. 17) que destaca o alinhamento com os interesses da sociedade como um dos principais objetivos da governança pública: “Com frequência as instituições públicas realizam medidas voltadas ao aprimoramento de sua governança, ou seja, para que suas ações estejam efetivamente direcionadas para objetivos alinhados aos interesses da sociedade. Isso pode ser observado em cada revisão de processo de trabalho, avaliação de política pública, reformulação de objetivos e diretrizes, reestruturação organizacional, reorganização de procedimentos de atendimento, enfim, em cada ato praticado com o objetivo de melhorar a organização pública e torná-la mais capaz de atingir sua missão institucional.”

empresária pelo Estado, dada a inexistência de um sistema de controle efetivo e tempestivo para avaliar o permanente alinhamento com o texto constitucional.

A propósito, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estabelece como uma de suas diretrizes que o Estado tenha uma clara política de propriedade de empresa, de modo a permitir a periódica reavaliação do seu papel como proprietário de estatal.⁹ O Estado brasileiro carece de um mecanismo para essa finalidade, estando a decisão de manter ou prosseguir com uma empresa estatal sujeita, quando muito, à conveniência e oportunidade da pauta do gestor público que estiver no comando. Houve, é verdade, um aceno para a adoção de uma sistemática de avaliação das empresas estatais com a edição do Decreto nº 10.263/2020, o qual determina que todas as estatais sob controle direto da União deverão passar por avaliação periódica sobre a sua sustentabilidade econômico-financeira, bem como a verificação de permanência das razões de imperativo à segurança nacional ou de relevante interesse público que justificaram a sua criação, nos termos do artigo 173 da Constituição. Porém, buscou-se demonstrar nesta tese as fragilidades dessa sistemática introduzida via Decreto para desviar a gestão do Estado empresário do contínuo “andar em círculos” regido exclusivamente pelas forças políticas em que a matéria se encontra.

A tese lança luz, ainda, sobre a importância de a condução do Estado empresário estar alinhada com os interesses da sociedade e compromissada com resultados, elementos centrais para garantir a legitimidade e eficiência dessa vertente de atuação do Estado. Afinal, o destinatário final dos impactos provenientes da iniciativa do Estado de explorar atividade econômica é a sociedade e, além disso, os seus ativos empresariais representam, em essência, um patrimônio estatal, estando submetidos, portanto, às boas práticas de gestão, independentemente da feição político-ideológica dos governos em exercício.

⁹ Diretrizes da OCDE sobre governança corporativa para empresas de controle estatal. Diretriz II - O Estado deve agir como um proprietário informado e ativo, e estabelecer uma política de propriedade clara e consistente, assegurando que a governança de empresas de propriedade estatal seja desempenhada de maneira transparente e responsável, com o nível necessário de profissionalismo e eficiência. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/42524177.pdf>>. Acesso em 10 de abril de 2022.

Com base nessas reflexões, esta tese propõe um modelo de governança pública sobre o Estado empresário voltado a criar um ambiente em que a juridicidade, a eficiência e o alinhamento da exploração de atividade econômica pelo Estado com os interesses da sociedade passem a integrar os processos decisórios relacionados ao assunto, superando, assim, o quadro diagnosticado e apresentado nesta tese em que questões político-ideológicas são o fator protagonista quando o assunto é Estado empresário.

Assim, a presente tese está organizada em 4 (quatro) capítulos, além deste capítulo de introdução e do capítulo destinado à conclusão.

No primeiro, o objetivo será apresentar um histórico sobre as hipóteses em que as Constituições brasileiras autorizavam o Estado a explorar diretamente atividade econômica e debater os pressupostos veiculados na CRFB/88 e as interpretações a seu respeito, resgatando, inclusive, os debates sobre a matéria ocorridos no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte (ANC). Pretende-se, com isso, delimitar e avaliar criticamente o arcabouço constitucional sobre o qual recairá as discussões seguintes.

No segundo capítulo, o principal propósito é investigar os processos de constituição de empresas estatais federais em atividade, com enfoque nas justificativas lançadas por ocasião da criação de cada uma delas, apresentando um diagnóstico de como o Estado empresário é gerido. O parâmetro adotado nesse trabalho é o federal pelas razões elencadas no capítulo 2, embora não se possa descartar a hipótese de que a realidade verificada no âmbito federal se reflita nas esferas estaduais e municipais. De qualquer maneira, reproduzindo-se ou não em outras esferas, os achados no âmbito federal reforçam a falta de percepção da força normativa da constituição como disciplinamento da atuação direta do estado na economia e são suficientes para justificar as proposições feitas nos capítulos seguintes. Em continuidade, com o auxílio do conceito teórico da “dependência da trajetória”, a tese buscou avaliar indícios de possível passividade na gestão do Estado empresário como gatilho para a configuração de inconstitucionalidades.

No terceiro capítulo, o objetivo é apresentar as bases para a implementação de um sistema de governança pública para o Estado empresário. Para isso, abordaremos os avanços e as lacunas deixadas pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) para aprimorar a gestão do Estado empresário. Em seguida, abordaremos as diretrizes traçadas na

CRFB/88 e provocaremos reflexões sobre uma visão sistêmica do art. 173 à luz do princípio da eficiência e da realidade que permeia as decisões públicas no âmbito de alocação de recursos, caracterizadas pelo fato de que escolhas representam, invariavelmente, renúncias em outro sentido.

No quarto capítulo, busca-se apresentar como o Estado pode reposicionar a forma pela qual toma decisões relacionadas à expansão ou retração de sua atuação como empresário. Em seguida, pretende-se apresentar experiências internacionais de boas práticas de gestão do Estado empresário e como elas poderiam ser internalizadas no Brasil como forma de garantir que a atuação estatal na economia observe permanentemente os pressupostos constitucionais, seja eficiente e, acima de tudo, mantenha-se alinhada com os interesses da sociedade. Por fim, propõe-se a implementação de estruturas de governança pública sobre o Estado empresário.

Sob a ótica da metodologia a ser seguida, o trabalho contará, no que se refere ao capítulo 2 (dois), com a análise documental de exposição de motivos, notas técnicas, manifestações, ofícios, debates legislativos e todos os demais documentos pertinentes à constituição das empresas estatais de controle direto da União em atividade.¹⁰ Trata-se, nesse aspecto, de metodologia analítica de dados públicos. Com esses dados sistematizados, apoiado em estudos de práticas de governança pública e na doutrina especializada sobre o tema, bem como na investigação da experiência internacional no que diz respeito à atuação do Estado como empresário, pretende-se propor a implementação de um modelo de governança pública voltado ao aprimoramento da gestão do Estado empresário, derivando daí o caráter propositivo da metodologia a ser implementada.

¹⁰ Dado disponível no 13º boletim das empresas estatais federais divulgado pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST). Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/13a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais.pdf>>. Acesso em 15 de abril de 2022.

1. O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL PELO ESTADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

1.1. O Estado empresário e as Constituições brasileiras: um panorama histórico do tratamento constitucional conferido à matéria

A retrospectiva voltada à análise do comportamento do Estado como empresário revela que a amplitude, modo e intensidade de sua atuação oscilaram por diversas vezes, inclusive em movimentos antagônicos entre si, extremados por uma postura ora mais interventiva, ora mais abstencionista.

O Estado pode assumir variadas feições no que diz respeito à economia: pode tomar para si o papel de provedor de bens e serviços, ou, ao contrário, relegar aos particulares essa tarefa, em outro extremo. Pode, ainda, reservar para si a responsabilidade de explorar alguns nichos empresariais específicos, assim como intervir na economia de maneira mais branda, por meio de técnicas regulatórias, ou simplesmente não promover qualquer tipo de ingerência.

São, portanto, variadas as formas que o Estado tem de interagir na esfera da economia, não existindo um padrão único e universal a ser seguido por todas as nações. Cada Estado se organiza, jurídica e institucionalmente, de acordo com as suas particularidades e contexto vivenciado. Não há, pois, uma fórmula única quanto à arquitetura do arcabouço jurídico-institucional relativa ao papel do Estado no campo empresarial – e, de maneira mais abrangente, na economia.

Ao longo da história mundial, houve períodos de maior intervencionismo estatal na economia, notadamente no absolutismo e nos períodos pós-guerra, e períodos em que o Estado adotou postura passiva, relegando aos particulares o exercício da atividade econômica, destacando-se, nesse aspecto, o surgimento do iluminismo e o avanço do ideal liberal, cada qual cercado por suas características e impulsionado por diferentes fatores.

Essa miríade de formatação que o Estado pode incorporar na economia é observada, de maneira reflexa, nos variados e distintos tratamentos jurídicos conferidos à matéria pelas Constituições e pelos aplicadores do Direito ao longo do tempo.

Nesse sentido, verifica-se que o ordenamento jurídico representa, ao menos em tese¹¹, o reflexo dos valores predominantes em uma dada sociedade, sendo, sob esta perspectiva, produto cultural¹² daquela, de maneira que o tratamento constitucional a respeito de determinada matéria exprime – ou deveria exprimir – justamente o comando que a sociedade espera que seja disseminado e respeitado.

Sob essa perspectiva, a maneira como as Constituições brasileiras dialogaram com a temática do Estado empresário espelha não só os princípios e regras que a regeram durante os períodos em que vigoraram, mas também os valores idealmente admitidos pela sociedade, na respectiva conjuntura, sobre a matéria.

No Brasil, a ascensão constitucional da temática econômica, com a inserção de título próprio dedicado ao tema, ocorreu com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934¹³, acompanhando o movimento observado em diversos outros países no início do século XX, impulsionados, sobretudo, pela recessão econômica e críticas ao modelo liberal até então predominante.

Sobre esse movimento transnacional, seguido pelo Brasil, AZEVEDO e BEDNARSKI (2007, p. 30) registram os primeiros e mais notáveis marcos jurídicos de alocação da matéria econômica em textos constitucionais:

[...] expressão ordem econômica foi incorporada à linguagem dos juristas a partir da primeira metade do século XX, com a Constituição de Weimar, de 1919, que trazia uma seção intitulada “a vida econômica”. Embora o pioneirismo no tratamento da organização econômica seja atribuído à Constituição Mexicana de 1917.

¹¹ Como decorrência da crise da democracia representativa, questiona-se a legitimidade do ordenamento jurídico como reflexo da vontade do povo. Para mais informações sobre as disfunções da democracia atual, ver LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018.

¹² Conforme assevera Grau (2002, p. 20), “Produto cultural, o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso não pode ser concebido como um fenômeno universal e atemporal.”

¹³ O título IV “da ordem econômica e social” da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Vale anotar, ainda, o registro de MOREIRA (1975, p. 69, tradução nossa) sobre a correlação entre as crises econômicas e o avanço da constitucionalização da temática econômica no mundo:

Embora com objetivos diversos, dependentes das diferentes situações e das diferentes forças políticas que as fizeram nascer, todas as ordens constitucionais econômicas deste século, partem da rejeição da ordem liberal econômica e do seu princípio de autorregulação e afixam ao econômico um fim extraeconômico, seja ele a justiça também, o poderio do Estado (constituição portuguesa). São, ao fim e ao cabo, a tentativa de efetivação de determinadas ideias sobre o econômico, ou mesmo de completos sistemas doutrinários (caso do corporativismo), e correspondem, portanto, àquela face da Constituição Econômica que aqui se designa por diretiva ou programática. Isto é: fixam determinados objetivos à economia e prescrevem certas direções ao processo econômico, objetivos e direções a serem perseguidos ou executados através da ação política.¹⁴

O racional por ele desenvolvido é rigorosamente o mesmo daquele que encara o Direito como produto cultural de uma dada sociedade, significando, nesse caso, que a ascensão constitucional da temática econômica se justificou pela crise econômica vivenciada, tanto no Brasil quanto no mundo, bem como pela maior intensidade do influxo de valores como os da dignidade da pessoa humana e da justiça para as questões econômicas.¹⁵

A propósito, incorporando esses valores como pilares da ordem econômica, cite-se a redação do artigo 115 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios

¹⁴ “Embora com objetivos diversos, dependentes das diferentes situações e das diferentes forças políticas que as fizeram nascer, todas as ordens constitucionais econômicas deste século, partem da rejeição da ordem liberal econômica e do seu princípio de auto-regulação e afixam ao econômico um fim extra-econômico, seja ele a «justiça» também, o «poderio do Estado» (constituição portuguesa). São, ao fim e ao cabo, a tentativa de efetivação de determinadas ideias sobre o econômico, ou mesmo de completos sistemas doutrinários (caso do corporativismo), e correspondem, portanto, àquela face da CE que aqui se designa por diretiva ou programática. Isto é: fixam determinados objetivos à economia e prescrevem certas direções ao processo econômico, objetivos e direções a ser conseguidos ou executados através da acção política.”

¹⁵ Em reforço, cite-se a observação de GRAU (2012, p. 48) a respeito do contexto mundial em que se deu a ascensão da temática econômica nas Constituições: “O desemprego estrutural na Comunidade Europeia alcança cifras elevadíssimas. Os países avançados suportam a estagnação econômica, com o empobrecimento dos assalariados. A América Latina passa por um processo de marcante desindustrialização. Os Estados nacionais, cujas dívidas explodem, entram em situação de falência fiscal.”

da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. [...]”.

A partir da Constituição da República de 1934, todas as Constituições brasileiras subsequentes trataram da temática econômica, com a previsão de um título para o tema. Disso deflui o conceito de Constituição Econômica, aqui compreendido, objetivamente, como o conjunto de normas constitucionais que disponham sobre a temática econômica, estejam inseridas em título organizado para essa finalidade ou dispersas ao longo do texto constitucional.

Com efeito, são vários os autores que dividem a concepção de Constituição Econômica em 2 classificações: uma formal e a outra material. Aquela composta por absolutamente todas as disposições constitucionais que disponham sobre a referida temática, independentemente da sua alocação topográfica, e a segunda englobando não só as disposições de envergadura constitucional, mas também quaisquer outros atos normativos, constitucionais ou não, com esse conteúdo.¹⁶ Independentemente da classificação que se adote, a simples criação de um conceito como o de Constituição Econômica reforça a importância do tema e a sua conexão com tantos outros tópicos constitucionais.

A previsão de um título próprio para tratar da matéria econômica traduz verdadeira opção do Constituinte de delinear regras, princípios, objetivos, valores, limites, dentre outros, sobre o assunto, importando, por si só, em manifestação constitucional demonstrativa de uma postura ativa do Estado sobre a essa temática.¹⁷

Veja-se, sob essa perspectiva, que a simples decisão de alçar a temática econômica para o diploma de maior nível hierárquico no ordenamento jurídico representa uma opção

¹⁶ Nesse sentido, ver FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6-7; e SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 21.

¹⁷ A Constituição da República Portuguesa trata da ordem econômica na parte II, intitulada “organização econômica”. Texto original disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2022. Em sentido contrário, a Constituição dos Estados Unidos da América, por exemplo, não trata sobre a matéria. Texto original disponível em: <https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 10 jan. 2022.

do Constituinte de legislar sobre a matéria, com todos os efeitos que a constitucionalização do tema importa.¹⁸

Não advém daí, necessariamente, que o Estado brasileiro adote, desde 1934, uma postura marcadamente intervencionista na economia, mas sim que, dentre a opção de constitucionalizar o tema, ou não, preferiu por fazê-lo. A análise do grau de intervencionismo depende do teor do texto posto e, sobretudo, da forma como o texto é interpretado e aplicado na prática.

A dualidade que se quer destacar, nesse ponto, é entre a decisão de constitucionalizar a matéria e a não-decisão, representada pela opção do Constituinte de silenciar a respeito do tema. Ambas são igualmente legítimas, porém sugestivas de um maior ou menor grau de ingerência do Estado na economia. É de se registrar, de qualquer sorte, que há quem veja o movimento de constitucionalizar a temática apenas como um simbolismo voltado ao reconhecimento de sua relevância.¹⁹

No caso da Constituição de 1934, pioneira no tratamento da ordem econômica a nível constitucional, o que a antecedeu – notadamente a crise econômica mundial – fez com que os trabalhos da ANC fossem conduzidos sob forte influência de valores sociais, refletindo os anseios da população por um Estado mais presente.²⁰

É curioso notar a tônica social da Constituição de 1934 ao dispor no Título IV sobre a ordem econômica juntamente com a ordem social²¹, como se fossem uma coisa só e não pudessem ser regulamentadas de maneira independente, mas sim como algo cuja existência só seria possível se acompanhadas uma da outra. Não à toa, a Constituição de

¹⁸ Basta pensar no restrito rol de legitimados a propor emenda à Constituição e no quórum qualificado para emendá-la, dispostos, na CRFB/88, no artigo 60.

¹⁹ Nesse sentido, SOUZA (1989, p. 22) diz: “As diversas Constituições brasileiras, a partir de 1934, ao cuidar da “ordem econômica”, caracterizando a Constituição Econômica, o fizeram garantindo-lhe a mais alta expressão hierárquica em termos de disposição formal da matéria, pois que a trataram como “Título”.”

²⁰ Nesse sentido, ANDRADE e BONAVIDES (1991, p. 326) sintetizam os trabalhos da Assembleia constituinte de 1934 da seguinte maneira: “A Assembléia Nacional Constituinte dava já uma idéia de seu trabalho ao fazer a proclamação preambular onde se lia que o corpo representativo constituinte se reunira para organizar um regime democrático em condições de assegurar à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico. Esses últimos termos, referentes à justiça e ao bem-estar social, compendiam sem dúvida toda a programação do Estado social que se decretava e promulgava com aquela Constituição.”

²¹ Constituição de 1934: TÍTULO IV - Da Ordem Econômica e Social.

1934, guiada pelos princípios da justiça, da noção de necessidades da vida nacional e de existência digna, condicionou a liberdade econômica à observância dessas diretrizes.²²

Sobre a atuação do Estado como empresário, objeto central desta tese, verifica-se que o texto constitucional dispôs que, por motivo de interesse público e autorizado em lei especial, a União poderia monopolizar determinada indústria ou atividade econômica.²³

Sem querer antecipar os textos constitucionais posteriores, é preciso registrar que a Constituição de 1934 permitiu que o Estado explorasse atividade econômica – não de maneira simples, em competição com particulares –, mas de forma qualificada, com a monopolização da atividade, excluindo, portanto, aqueles que porventura desejassem empreender na respectiva área. Tudo, claro, observado as demais condicionantes constitucionais: a presença de interesse público e autorização em lei especial.

Ao assim disciplinar a matéria, verifica-se que o Constituinte reservou ao Estado a possibilidade de exercer atividade econômica e foi além. Dispôs que se o fizesse, preenchidos os requisitos estabelecidos, seria em regime de monopólio, afastando, portanto, a possibilidade de particulares atuarem em determinado mercado.

É digno de nota, ainda, que a referida Constituição não delimitou previamente áreas ou nichos específicos em que isso poderia acontecer, conferindo margem, portanto, para que a atuação do Estado ocorresse em qualquer setor da economia, desde que demonstrada a presença de algum interesse público na intervenção estatal, assim como a promulgação de lei específica autorizativa.

Nesse cenário normativo, embora assegurado aos cidadãos a liberdade econômica, isso é, a liberdade para desenvolver e empreender atividade empresarial, o texto constitucional de 1934 franqueou ao Estado a possibilidade de explorar atividade

²² Art 115 da Constituição de 1934: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

²³ Art. 116 da Constituição de 1934: “Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.”

econômica, suprimindo nichos empresariais da livre iniciativa dos cidadãos, com a declaração do monopólio estatal.²⁴

A Constituição de 1934 teve vigência por aproximadamente 3 anos e, em 10 de novembro de 1937, foi outorgada uma nova Constituição, a de 1937.²⁵ Apelada popularmente como “polaca”, em razão da inspiração na Constituição polonesa, tida como totalitária e fascista²⁶, o principal tom dado por ela foi a concessão de amplos poderes ao Estado (na figura do governante).

No campo da temática econômica, a primeira distinção em relação ao texto que o antecedeu foi a nomenclatura dada ao título, desta vez fazendo referência exclusivamente à ordem econômica, dissociando-a da ordem social. Entretanto, essa mudança representou muito mais uma reorganização textual do que uma ruptura do modelo até então vigente, em que o social era disposto junto com o aspecto econômico, uma vez que o art. 135 da Constituição de 1937 previu, assim como o texto de 1934, condicionantes para o exercício da liberdade de empresa. Constava na Constituição de 1937 que a iniciativa individual deveria ser exercida nos limites do bem público.²⁷ Não houve, sob essa ótica, o abandono de condicionantes sociais para o exercício da atividade empresarial pelos particulares, embora, textualmente, o limitador tenha sido modificado.

Quanto à exploração de atividade econômica pelo próprio Estado, houve mudança substancial em relação ao que o texto anterior dispunha. Passou-se a prever, de maneira explícita, que a intervenção do Estado no domínio econômico seria em caráter subsidiário

²⁴ Nesse contexto, não é possível afirmar, com segurança, se a atuação estatal é subsidiária ou não, pois, se o Estado decidir empreender em determinado nicho, ao particular será vedado. O provérbio popular “dar com uma mão e tirar com a outra” simboliza bem a garantia da liberdade de empresa com a simultânea possibilidade de restrição absoluta pelo iminente risco de declaração de monopólio.

²⁵ A Agência do Senado relata o episódio da seguinte maneira: “Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, de inspiração fascista, com a supressão dos partidos políticos e concentração de poder nas mãos do chefe supremo do Executivo. Essa Carta é datada de 10 de novembro de 1937.”. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 11 jan. 2022.

²⁶ Nesse sentido, ver ANDRADE e BONAVIDES (1991, p. 345).

²⁷ Art. 135 da Constituição de 1937: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

à iniciativa individual e para coordenar os fatores de produção. Sobre essa mudança, CAMPOS (2001, p. 64), tido como um dos principais responsáveis pelo texto constitucional de 1937²⁸, explica que:

A liberdade na organização corporativa é limitada em superfície e garantida em profundidade. Não é a liberdade do individualismo liberal, mas a liberdade da iniciativa individual, dentro do quadro da corporação. A corporação, que representa uma determinada categoria da produção, tem, igualmente, a sua liberdade, e a do indivíduo é limitada por ela. A organização corporativa é a descentralização econômica, isto é, o abandono pelo Estado da intervenção arbitrária no domínio econômico, da burocratização da economia (primeiro passo avançado para o comunismo), deixando à própria produção o poder de organizar-se, regular-se, limitar-se e governar-se. Para isto é necessário que o Estado delegue funções de poder público às corporações. A descentralização pelas corporações não implica, pois, indiferença do Estado pela economia. Cada corporação representa um setor da economia nacional. Só, porém, o estado, que não tem interesse particularista, está em condições de representar o interesse nacional e de exercer, portanto, a arbitragem entre os interesses de categorias ou de setores. O Estado assiste e superintende, só intervindo para assegurar os interesses da nação, impedindo o predomínio de um determinado setor da produção, em detrimento dos demais.

A normatização veiculada pela Constituição de 1937, conquanto nomeadamente assecuratória da iniciativa individual, a limitou ao bem público, em sintonia com o texto constitucional anterior, ainda que com as suas diferenças textuais e semânticas. Ao Estado coube, nas palavras de CAMPOS, a tarefa de zelar pelo interesse nacional e intervir, sob essa justificativa, quando necessário, cabendo, primariamente, às corporações privadas explorarem atividade econômica.

É curioso notar que a posição de CAMPOS é sugestiva no sentido de que a titularidade do domínio econômico pertencia ao Estado e, a partir desse pressuposto, o que a Constituição de 1937 teria feito foi delegar²⁹ às corporações a prerrogativa de desenvolver atividade econômica, observada a limitação referenciada de bem público. Essa perspectiva sobre o papel do Estado e dos particulares na economia revela traços marcantes da Constituição de 1937.

²⁸ Para maiores informações sobre a biografia de Francisco Campos, ver <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/biografias/francisco_campos>. Acesso em: 11 jan. 2022.

²⁹ Verbo usado por Francisco Campos no trecho anteriormente destacado.

O dispositivo regulamentador da atuação do Estado na Constituição de 1937 não se limitou a apontar o bem público como um condicionante da iniciativa individual; foi além e traçou um guia para interpretar o conceito de bem público, pois considerou legítima a intervenção estatal apenas quando houvesse deficiências da iniciativa individual e a necessidade de coordenação dos fatores da produção. Esses eventos, que deveriam ser qualificados em cada caso concreto de necessidade de intervenção estatal, eram os pressupostos para o Estado, dentre outras opções, explorar diretamente a atividade econômica.

A Constituição seguinte, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, retomou o tratamento da matéria econômica em conjunto com a social, de maneira que as ordens econômica e social voltaram a ser disciplinadas de maneira integrada no título VI da Constituição.

No que se refere à atuação do Estado na economia, o texto de 1946 tem semelhanças com o de 1937³⁰, especialmente pelo reforço que se deu aos valores sociais como forma de balancear a liberdade de iniciativa. A ordem econômica e social passou a ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.³¹

A semelhança segue no artigo que regulamenta, especificamente, a forma pela qual o Estado poderia legitimamente atuar na economia. Mediante lei especial, a União foi autorizada a intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, desde que presente o interesse público e limitada pelos direitos fundamentais.³²

Significa dizer que, assim como em 1934, o Constituinte de 1946 resguardou a possibilidade de o Estado intervir em determinado nicho empresarial, declarando o

³⁰ A comparação entre os textos da Constituição de 1946 e de 1934 mostra que aquela foi inspirada nesta. Nesse sentido, SOUZA (1989, p. 27) enfatiza que: “Tomou-se por base o texto de 1934 e não houve anteprojeto, caracterizando-se como a primeira a adotar esta metodologia.”

³¹ Art. 145 da Constituição de 1946: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

³² Art 146 da Constituição de 1946: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”

monopólio estatal e excluindo os particulares que porventura empreendessem naquela área, se presente interesse público a justificar tal medida.

Trata-se de texto constitucional com confortável abertura para a exploração direta de atividade empresarial pelo Estado, com a conseqüente eliminação da livre concorrência.

Mais à frente, e antecipando uma das reflexões críticas que se fará nesta tese, a conclusão a que se chega a partir de texto constitucional como esse é que, em essência, ele representa um convite para que agentes públicos e políticos o apliquem conforme a respectiva conveniência política, em especial se não houver mecanismos de controle para conduzir e avaliar a gestão do Estado empresário em linha com evidências, com as disposições constitucionais e com os reais interesses da sociedade.

No caso em particular da Constituição de 1946, o risco apontado se agrava pela ruptura que a monopolização repentina de uma atividade pode causar com a supressão da livre concorrência entre os particulares que atuavam naquele nicho, assim como pelas externalidades negativas que a eliminação da livre iniciativa sobre um determinado nicho empresarial pode provocar nos demais segmentos da economia, com a perda de confiança dos cidadãos se o Estado adotar comportamento imprevisível nesse sentido, vulnerando a segurança jurídica daqueles agentes econômicos afetados.

A Constituição posterior, qual seja, a de 24 de janeiro de 1967, manteve a organização da ordem econômica em conjunto com a ordem social³³, porém modificou a forma de disposição do artigo inaugural do título. Passou-se a prever a justiça social como finalidade da ordem econômica e uma série de princípios basilares que deveriam ser observados, dentre eles o da liberdade de iniciativa e o da harmonia e solidariedade entre os fatores de produção.³⁴

³³ Título III da Constituição de 1967: “Da Ordem Econômica e Social”.

³⁴ Art 157 da Constituição de 1967: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

No que se refere especificamente à intervenção do Estado no campo empresarial, a Constituição de 1967 autorizou a intervenção e o monopólio de indústria ou atividade, quando “indispensável por motivos de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”³⁵ A referida disposição não foi alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, não obstante tenha sido deslocada para o artigo 163.

Veja-se que a Constituição de 1967/1969³⁶ é a primeira a colocar a segurança nacional como um dos motivos a justificar a intervenção do Estado na economia. Mais adiante, este trabalho tratará especificamente dessa expressão, replicada, com pontual diferença textual, na CRFB/88.

É interessante registrar, entretanto, que a expressão “segurança nacional” aparece por 23 (vinte e três) vezes no texto de 1967/1969, ao passo que, no texto anterior (1946), apenas 7 (sete), e, no seguinte (1988), somente 1 (uma).

Esse dado sugere que a Constituição de 1967/1969 conferiu proeminência ao termo “segurança nacional”, demonstrando a preocupação do Constituinte de zelar pela soberania do país e pela segurança do Estado frente às ameaças que pairavam ou viessem a pairar sobre o Brasil. Tanto é assim que imputou responsabilidade a todas as pessoas, de maneira indistinta, pela preservação da segurança nacional, estatuidando uma espécie de dever geral a toda coletividade.³⁷

Assim, com o objetivo de zelar pela segurança nacional, o Estado foi autorizado a, legitimamente, de acordo com o texto constitucional, intervir na economia, inclusive por meio da exploração direta de atividade econômica. A presença, portanto, da

³⁵ Art. 157, § 8º da Constituição de 1967: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

³⁶ Compreende-se nesse conceito a Constituição de 1967 com todas as modificações implementadas pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. A esse respeito, compartilha-se da opinião de ANDRADE e BONAVIDES (1991, p. 444), os quais defendem: “Não há pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda nº 1, embora esta tenha promovido algumas modificações no seu texto.”

³⁷ Art. 86 da Constituição de 1967/1969: “Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.”

preocupação com a segurança nacional justificou a adoção de variadas medidas pelo Estado, as quais podem ter conteúdo militar, comercial, entre outros. Dentre essas medidas, a decisão de atuar no domínio econômico é uma das que se tornou possível a partir da Constituição de 1967/1969.

Durante o período em que vigorou, a Constituição de 1967/1969 serviu de fundamento para a criação de diversas empresas estatais federais, ancoradas em políticas públicas voltadas para o crescimento econômico, por meio de estímulos do Estado³⁸, o que resultou no aumento da representatividade das empresas estatais nos investimentos do país e na criação de empregos nesse período.³⁹

A inovação constitucional de prever a segurança nacional como critério apto a justificar a intervenção do Estado na economia contribuiu para o crescimento do número de empresas estatais, embora a análise das estatais federais atualmente existentes – passados mais de 50 anos da Constituição de 1967/1969 - sugira que, das empresas que permanecem em atividade, não foi esse o fator mais utilizado para a tomada de decisão para criação de uma estatal, conforme será demonstrado no tópico que analisa as estatais federais existentes e os pressupostos utilizados para a respectiva constituição.

Antes de avançar para o texto constitucional vigente, em tópico destacado, é preciso traçar um balanço do que o antecedeu, após a apresentação do que cada Constituição anterior dispôs sobre a intervenção do Estado na economia e, mais

³⁸ Nesse sentido, ver informação disponibilizada na página eletrônica do Ministério da Economia: “A criação de empresas não teve papel relevante durante os governos Jânio Quadros e João Goulart, marcados por grande instabilidade política, mas voltou com grande intensidade durante o Regime Militar. Ao todo, entre 1964 e 1985 foram criadas 47 estatais. As empresas desempenharam um papel importante para o Brasil, que atingia um crescimento econômico recorde no início da década de 70, marcado na história como o período do “milagre brasileiro”. Foi nessa época que a criação de empresas ganhou um ritmo acelerado, com destaque para Embraer e Correios em 1969, SERPRO em 1970, Telebrás, Embrapa e Infraero em 1972, Codevasf e Dataprev em 1974, Radiobrás, Imbel, Nuclep e Eletronuclear em 1975, entre outras”. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/empresas-estatais-federais/coordenacao/historico>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

³⁹ Nesse sentido, ver trecho do verbete “milagre econômico brasileiro” disponibilizado pela FGV CPDOC: “Quanto à participação do Estado na economia no início dos anos 1970, cabe observar que em 1973 o governo, nas suas três esferas e nas empresas estatais, segundo dados do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), empregava 3,351 milhões de pessoas, correspondendo a 8,5% da população economicamente ativa e a 19,4% do emprego assalariado urbano (em contraste, por exemplo, com os Estados Unidos, considerado o paradigma da livre empresa, onde o setor público respondia por cerca de 20% dos empregos). Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/milagre-economico-brasileiro>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

precisamente, a partir de quais critérios a sua atuação como empresário era considerada legítima.

Os arranjos constitucionais da ordem econômica de 1934 até a Constituição de 1967/1969 foram idealizados e aplicados sob diferentes correntes de pensamento, refletindo os valores que predominavam à época. Por exemplo, o número de vezes que a Constituição de 1967/1969 se refere à segurança nacional em comparação com outros textos constitucionais expressa muito claramente o impacto que a tônica da ideologia dominante durante o processo de elaboração de uma dada Constituição produz⁴⁰, com a constitucionalização de questões que refletem muito mais normas governamentais (*policy*) do que normas constitucionais propriamente ditas (*polity*).⁴¹

É preciso refletir, porém, que não necessariamente aquela corrente de pensamento que outrora prevaleceu, mais especificamente nos debates da Constituinte, permanecerá sendo dominante nos anos que se seguem, sobretudo se considerada a constitucionalização de normas tidas como governamentais. E isso não pode ser ignorado pelo aplicador do Direito, até mesmo porque a Constituição é um documento que nasce para ser duradouro e, por isso, a sua leitura e interpretação devem ser capazes de dialogar com as mudanças que porventura surjam na sociedade.⁴²

As disposições constitucionais são idealizadas, discutidas e promulgadas para produzirem efeitos por anos, décadas, quiçá séculos. Sendo um produto cultural de uma

⁴⁰ A esse respeito, porém sem a intenção de politizar o tema, vale transcrever trecho obtido na página eletrônica da FGV CPDOC que justifica a importância que se deu à segurança nacional como forma de eliminar possíveis ameaças ao país: “Os militares envolvidos no golpe de 1964 justificaram sua ação afirmando que o objetivo era restaurar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas e deter a “ameaça comunista” que, segundo eles, pairava sobre o Brasil.”. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 23 jan. 2022.

⁴¹ Essas dimensões (*polity* e *policy*, além da *politics*) do processo político democrático são apresentadas por COUTO e ARANTES (2006, p. 47), destacando-se o seguinte trecho sintetizados de suas ideias: “Definimos em inglês as três dimensões da política em decorrência da falta de termos apropriados e claramente diferenciados na língua portuguesa para cada uma delas. Sumarizando, a *polity* corresponde à estrutura paramétrica estável da política e que, supõe-se, deve ser a mais consensual possível entre os atores; a *politics* é o próprio jogo político; a *policy* diz respeito às políticas públicas, ao resultado do jogo disputado de acordo com as regras vigentes.”

⁴² Sobre o efeito do tempo no Direito Constitucional, HÄBERLE (1976, p. 295-296) pontua: “O Direito Constitucional vive, *prima facie*, uma problemática temporal. De um lado, a dificuldade de alteração e a conseqüente duração e continuidade, confiabilidade e segurança; de outro, o tempo envolve o agora mesmo, especificamente o Direito Constitucional. É que o processo de reforma constitucional deverá ser feito de forma flexível e a partir de uma interpretação constitucional aberta. A continuidade da Constituição somente será possível se passado e futuro estiverem nela associados.”.

dada sociedade, para aproveitar a definição anteriormente mencionada, a Constituição deve ter, por natureza e propósito, a capacidade de ser moldada e remodelada com o passar do tempo, acompanhando, por assim dizer, os movimentos sociais, políticos, econômicos, dentre outros, que a sociedade enfrentará ou, dito de outra maneira, os efeitos que o simples transcurso do tempo impõe.⁴³

Essa capacidade de adaptação é muito mais uma característica do ordenamento jurídico do que uma qualificação distintiva da ciência jurídica em relação a outras ciências, até mesmo porque seria materialmente impossível exigir a permanente atualidade do texto legal, considerando que todo ato normativo é editado em um determinado espaço de tempo, com as limitações inerentes ao desenvolvimento e evolução da própria sociedade.

A atualidade, porém, é observada na norma jurídica a partir da interpretação do texto legal, eis que essa representa rigorosamente a força normativa do dispositivo textual, conciliando o texto escrito com a realidade vigente.⁴⁴

A esse fenômeno de releitura da Constituição para lhe dar força normativa compatível com a realidade é que se dá o nome de mutação constitucional. Apenas para aproveitar o racional, e sem querer antecipar a temática dos capítulos seguintes, o que se entendia por segurança nacional, quando da promulgação da Constituição de 1967/1969, não necessariamente refletia a sua compreensão em, por exemplo, 1980, cabendo aos destinatários do texto constitucional daquela época aplicar a disposição constitucional em conformidade com o contexto sociopolítico, econômico, bem como considerando todos

⁴³ Sobre o tema, vale transcrever trecho do voto do Ministro Eros Roberto Grau: “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.” Para mais detalhes, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF nº 46. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 05 de agosto de 2009, p. 91. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%2046%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 24 de jan. de 2022.

⁴⁴ Nesse sentido, assinala ÁVILA (2005, p. 25-26): “é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar [...]”.

os demais fatores pertinentes à matéria. Sobre o papel do STF na manutenção da força normativa da Constituição, AURÉLIO (2005, p. 46) destaca:

Com isso, quero dizer que a atuação da Corte não pode ser mecânica e apenas repetitiva das interpretações que até puderam ter feito sentido em um passado remoto, mas que não mais se coadunam com a realidade. Ao sobrelevar a importância da força normativa do Diploma Básico, friso a necessidade de este Tribunal concretizar e realizar os preceitos constitucionais de forma ótima, o que se traduz na observância do processo dialético e ininterrupto do condicionamento entre a norma e a realidade.⁴⁵

Retomando a análise das disposições constitucionais da Constituição de 1934 até a de 1967/1969, verifica-se que a noção em torno da liberdade individual sempre esteve presente, embora a compreensão acerca do seu significado nem sempre tenha sido a mesma, assim como os condicionantes do seu exercício e, sobretudo, a forma de aplicar os dispositivos constitucionais. De igual maneira, a atuação do Estado como empresário sempre esteve autorizada, desde que presentes os pressupostos constitucionais para tanto.

Para sintetizar, objetivamente, as disposições constitucionais tratadas anteriormente no que se refere à atuação do Estado como empresário, apresenta-se o Quadro I abaixo, com a indicação do tratamento normativo da matéria em cada uma das Constituições anteriores à CRFB/88:

Quadro I – Pressupostos constitucionais do Estado empresário em cada Constituição:

Textos constitucionais	Pressupostos para o Estado desenvolver atividade econômica
1934	“Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica [...]”.
1937	“A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.”

⁴⁵ Trecho do voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 46. Para mais detalhes, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF nº 46. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 5 de agosto de 2009, p. 91. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%2046%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=trux>. Acesso em: 24 de janeiro de 2022.

1946	“A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”
1967/69	“São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”
1969	“São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

Note-se que, com exceção da Constituição de 1967 e da Constituição de 1969, as quais conferem, rigorosamente, mesmo tratamento textual para a matéria, não existe um denominador comum se comparadas as disposições constitucionais acima no que se refere à delimitação de situações em que o Estado pode atuar como empresário.

A variação na forma como a questão é tratada na ordem constitucional não é problemática, dado que a Constituição é um reflexo das mutações experimentadas pela sociedade ao longo do tempo e, nesse sentido, a forma como se encara o papel do Estado na economia pode, de igual maneira, mudar. Entretanto, essa oscilação e as suas implicações práticas não podem ser ignoradas, destacando-se, nesse aspecto, os efeitos que a modificação sobre o fundamento de validade de determinada atuação do Estado na economia pode implicar. Mais precisamente, se uma empresa estatal foi criada com a justificativa de que estaria presente determinado interesse público e, após, o que se entende por interesse público sofrer modificação ou na hipótese de o interesse público deixar de ser um requisito autorizativo para o Estado constituir uma estatal, estar-se-á diante de uma situação em que a persistência da presença estatal nessa atividade empresarial deve ser reavaliada.

Essa breve digressão do histórico constitucional sobre o tema demonstra que, estampadas com expressões indeterminadas e diversificadas ao longo do tempo, o desafio

de conciliar as hipóteses autorizativas para o Estado agir como empresário com a liberdade de iniciativa sempre foi uma incumbência presente na rotina dos agentes responsáveis pela boa aplicabilidade das disposições constitucionais, sejam eles os responsáveis diretos pela sua execução ou pelo controle de sua aplicabilidade.

1.2. Os requisitos previstos na Constituição de 1988 para o exercício da atividade empresária pelo Estado

Tão relevante quanto a leitura do comando constitucional vigente, revela-se igualmente fundamental estudar o caminho trilhado e, mais especificamente, as discussões que foram travadas à época da Constituinte sobre determinada matéria, a fim de se compreender os contornos que balizaram a promulgação do texto, tal como em vigor.

A convocação da ANC⁴⁶, com a sua posterior instalação, foi um marco relevante na história do país, em especial por ter produzido um dos textos constitucionais de vigência mais longa, ainda que com mais de centena de emendas ao texto originário.⁴⁷

Uma das marcas do processo de elaboração da CRFB/88 foi a pluralidade de segmentos e agentes contribuindo, discutindo e participando ativamente dos trabalhos da construção de um então novo texto constitucional.⁴⁸ Ao mesmo tempo em que enfatiza o tom democrático dos trabalhos da Constituinte, sinaliza, por outro lado, o caráter dialético da Constituição de 1988, fruto não só da composição das comissões temáticas que foram criadas para elaborar o texto a ser deliberado⁴⁹, mas também do dissenso decorrente da pluralidade de visões distintas a respeito dos assuntos a serem submetidos à ANC.

⁴⁶ Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985.

⁴⁷ É de se registrar que o texto originário foi objeto de mais de centena de emendas.

⁴⁸ Sobre essa característica, PILATTI (2008, p. 1) afirma: “Entre 1º de fevereiro de 1987 e 5 de outubro de 1988, o edifício do Congresso Nacional, em Brasília, transformou-se em ponto de afluência de múltiplos setores organizados da sociedade brasileira. Ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso, pela intensa e permanente mobilização de atores coletivos internos e externos, por votações altamente polarizadoras [...]”

⁴⁹ A organização da ANC foi marcada pela descentralização, mediante a divisão dos trabalhos em variadas Comissões e etapas. Sobre essa característica, destaque-se a observação de COELHO e OLIVEIRA (1989, p. 20): “A construção do futuro Projeto deu-se de fora para dentro, de partes para o todo. Vinte e quatro subcomissões temáticas recolheram sugestões, realizaram audiências públicas e formularam estudos parciais. Estes foram reunidos em blocos de três a três, através de oito comissões temáticas. Só então a Comissão de Sistematização organizou o primeiro anteprojeto, 15 de julho de 1987.”

Sobre a temática da delimitação se o Estado deveria ou não – e em que termos –, atuar como empresário, as discussões centrais ocorreram no âmbito da então subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, integrante da comissão da Ordem Econômica.⁵⁰

Logo quando do início dos trabalhos da referida subcomissão, realizou-se reunião para o recebimento de sugestões encaminhadas por entidades e contribuições em audiência pública.⁵¹ A leitura da ata da referida reunião demonstra as distintas concepções acerca da temática da intervenção estatal na economia, com posições inclinadas para a diminuição do número de empresas estatais⁵², outras desejosas de uma rígida excepcionalidade da presença do Estado na economia⁵³ e, também, aquelas que creditavam o grau de desenvolvimento do país, à época, às intervenções estatais na economia.⁵⁴

Não se tratou, portanto, de uma dualidade de perspectivas antagônicas, mas sim de uma miríade de propostas desarmônicas entre si sobre o papel do Estado no campo da

⁵⁰ A respeito da composição da referida subcomissão, as informações estão disponíveis na página eletrônica da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao6/subcomissao6a>. Acesso em: 9 de fev. de 2022.

⁵¹ Reunião realizada em 27 de abril de 1987, às 17:40. Ata da reunião publicada no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Supl. 97, p. 50-67. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=50>>. Acesso em: 9 de fev. de 2022.

⁵² É o caso da posição de Antônio Dias Leite (p. 52), o qual afirma: “Então, é chegado o momento da revisão desse quadro, não, numa posição radical, considerar desnecessária a intervenção do Estado através de empresas, mas sim definir quais são aquelas que, de fato, se justificam na sociedade brasileira de hoje, porque pode haver alguma que se justificava há 20 anos e hoje não se justifica mais.”. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=50>>. Acesso em: 9 de fev. de 2022.

⁵³ Cite-se trecho da fala de Mário Amarato (p. 54-55) em que sua posição é apresentada: “Tenho repetido, algumas vezes, que um país vale pela qualidade do povo que possui, e progride na medida dos seus empresários. [...] o Governo tem provado, por fatores os mais variados, do conhecimento de V.Exa., o Governo tem sido um mau administrador e um péssimo gerador, ocasionando déficits públicos que toda a Nação paga.”. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=50>>. Acesso em: 9 de fev. de 2022.

⁵⁴ Nesse sentido, vale transcrever o relato de Jorge Bittar (p.61): “Poderia citar diversos setores da nossa economia em que o Estado interveio com relativo sucesso. O Estado tem sido, portanto, um ator fundamental no processo de industrialização da economia brasileira. Esta é uma questão fundamental, tendo, inclusive, beneficiado, enormemente, o desenvolvimento da iniciativa privada em diversos setores da indústria, do comércio e de outros setores da nossa economia.”. Disponível em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=50>>. Acesso em: 9 de fev. de 2022.

atividade empresarial, cenário em que a busca por um texto que tenha a aptidão de conciliar as posições postas torna-se sobremaneira mais difícil, aumentando as chances de que o resultado final represente muito mais uma indecisão do que uma mensagem clara para os aplicadores do Direito, a respeito dos contornos dentro dos quais a atuação estatal na economia é considerada legítima.

A propósito do intenso dissenso ocorrido no curso dos trabalhos da ANC sobre como regulamentar a relação do Estado com a atividade empresarial, vale registrar a evolução das propostas no âmbito da subcomissão em referência.

O anteprojeto do relator da subcomissão, Virgildásio da Senna, constituinte integrante do PMDB-BA, propunha que às empresas estatais fosse reservado espaço supletivo na atividade econômica, circunscrito aos setores não atendidos integralmente pelas empresas privadas. O relator sugeriu, ainda, dotar a atuação supletiva de caráter provisório, reforçando a excepcionalidade da intervenção estatal na economia com o atributo da transitoriedade.⁵⁵

Embora a provisoriedade não possa ser medida, aprioristicamente, em exata quantidade de dias, meses ou anos, é intrínseco a tal conceito uma noção de pretensa descontinuidade e de um caráter passageiro.

A proposta veiculada pelo relator da subcomissão da constituinte sugeria, portanto, que as empresas estatais não seriam instrumentos de longo prazo para o Estado intervir na economia, mas sim veículos supletivos e temporários para suprir deficiência de determinado setor que, exaurido o objetivo, implicaria no encerramento de sua atuação, em conformidade com o atributo da provisoriedade que regeria a atuação das empresas estatais.

⁵⁵ Eis o texto proposto pelo relator da subcomissão Virgildásio da Senna: “art. 6A09 – Como agente produtivo, o Estado participa da atividade econômica através das empresas estatais. §4º Supletivamente, o estado participa da atividade produtiva em setores não atendidos totalmente pela empresa privada, sempre em caráter provisório, isoladamente ou associado com empresas privadas.”

Após reuniões, audiência pública e discussões das propostas de emendas ao anteprojeto do relator, a subcomissão aprovou texto final⁵⁶ distinto daquele proposto no anteprojeto do relator, porém mantendo tanto o caráter supletivo, quanto a provisoriedade da intervenção do Estado na economia.

Inseriu-se a segurança nacional como fator a legitimar a atuação do Estado no ordenamento econômico, juntamente com a hipótese de necessidade de suprir setor específico quando existir alguma falha de mercado não sanada pelas empresas particulares.

Dessa forma, embora o anteprojeto do relator não incluísse a segurança nacional no espaço dedicado às empresas estatais, a subcomissão seguiu, nesse ponto, a essência do que a Constituição de 1967/1969 dispunha, veiculando permissão para a atuação do Estado como empresário se necessário para assegurar a denominada segurança nacional.

A proposta da subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica seguiu para a comissão da Ordem Econômica, a qual estava vinculada, e lá, do substitutivo do relator⁵⁷, até o texto final, algumas mudanças no texto foram verificadas.

Em relação ao texto da subcomissão, a comissão manteve a segurança nacional como hipótese autorizativa para a atuação do Estado no domínio econômico, tendo substituído, no entanto, a ideia em torno da necessidade de suprir deficiência em determinado setor pela expressão “relevante interesse coletivo”.

O “relevante interesse coletivo” surgiu com a proposta de emenda ao substitutivo de nº 6S0471-0, de autoria do Senador Irapuan Costa Junior.⁵⁸ Com o propósito de

⁵⁶ “Art. 6º. O estado não poderá substituir a empresa particular na atividade econômica, senão para atender aos imperativos da segurança nacional ou para suprir setor que não se possa organizar com eficácia no regime de competição e livre iniciativa. §5º Supletivamente, o estado participa da atividade produtiva em setores não atendidos totalmente pela empresa privada, sempre em caráter provisório, isoladamente ao associado com empresas privadas.”

⁵⁷Substitutivo do relator Severo Gomes. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-161.pdf>>. Acesso em: 6 de março de 2022.

⁵⁸ O texto da emenda está nas folhas 120 a 122 do volume 162, intitulado “Emendas oferecidas ao substitutivo”, contidas no Centro Gráfico do Senado Federal. Disponível em:

modificar inteiramente o capítulo “dos princípios gerais” da ordem econômica, a justificativa da emenda assevera laconicamente o seguinte: “A redação proposta atende melhor aos interesses nacionais”.

À míngua de maiores justificativas, seja na proposição da emenda, seja no momento de sua votação⁵⁹, não existe um direcionamento autêntico sobre o motivo da mudança implementada e dos fins perseguidos com a expressão sugerida, impedindo, assim, a exata compreensão do conteúdo do texto proposto (“relevante interesse coletivo”) para o autor da emenda e os constituintes que a aprovaram no âmbito da comissão de Ordem Econômica.⁶⁰ A introdução de inédito fator a legitimar a atuação do Estado como empresário nas discussões da ANC se deu, portanto, sem o adequado registro dos motivos determinantes que levaram a essa decisão.

No que tange à explicitação do caráter provisório da intervenção do Estado na economia, a comissão de Ordem Econômica manteve, expressamente, ainda que com texto diferente do inicialmente proposto pela subcomissão⁶¹, a noção de transitoriedade da intervenção, estabelecendo termo final para a atuação do Estado como empresário,

<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-162.pdf>>. Acesso em: 8 de março de 2022.

⁵⁹ Trecho da votação da emenda de nº 471: “Anunciado o resultado, passou-se à votação da Emenda n. 471 de autoria do Senhor Constituinte Irapuan Costa Júnior, substitutiva ao Capítulo dos .Princípios Gerais e que, também, logrou aprovação pelo Plenário com o seguinte resultado: “sim”, trinta e sete votos; “não”, sete votos e uma abstenção Levantaram questões de ordem os Senhores Constituintes Gil César; Jorge Vianna, indagando ao Senhor Presidente se o Relator faria a redação final da matéria aprovada; Cardoso Alves, tecendo considerações sobre as emendas substitutivas aprovadas; Mário Covas, comentando o processo de votação; José Lourenço, solidarizando-se com o Senhor Presidente; Irapuan Costa Júnior, Marcos Lima, Afif Domingos, Virgílio Galassi e Edison Lobão todos enaltecendo a maneira correta e firme com que se houve o Senhor Presidente durante todo o processo de votação.”. Disponível na p. 14 em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup104anc25jul1987.pdf#page=13>>. Acesso em: 8 de março de 2022.

⁶⁰ Trecho da ata da 14ª reunião da comissão da Ordem Econômica, iniciada em 12 de junho de 1987, demonstra o ambiente turbulento de trabalho e votação da comissão: “Nas galerias o tumulto se generalizou. Gritos, vaias, agressões verbais e mesmo cantorias e slogans repetidos por centenas de vozes, tumultuaram os trabalhos em Plenário. No calor das agressões verbais, sobem à tribuna alguns Constituinte e arrancaram o microfone que serviria para a leitura da emenda”. Disponível na p. 14 em: <<https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup104anc25jul1987.pdf#page=13>>. Acesso em: 8 de março de 2022.

⁶¹ Eis o texto do anteprojeto aprovado na comissão de Ordem Econômica: “Art. 5º - A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º - A intervenção ou monopólio cessarão assim que desaparecerem as razões que os determinam.”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-164.pdf>. Acesso em: 8 de março de 2022.

representado não por uma noção temporal específica, mas pelo evento de desaparecimento das razões que a justificou.

Encaminhado para a comissão de sistematização⁶², o relator Bernardo Cabral apresentou o anteprojeto de Constituição, ratificando o texto recebido da comissão de ordem econômica no que importa aos pressupostos para a intervenção do Estado no domínio econômico.⁶³ Foram apresentadas emendas de mérito e de adequação ao anteprojeto da Constituição, contudo, nenhuma delas pretendeu modificar o tratamento dado ao tema. Dessa maneira, o projeto de Constituição que o sucedeu previu, nesse ponto, mesmo texto sugerido pela comissão de ordem econômica.⁶⁴

A fase seguinte dos trabalhos da ANC foi marcada pelo recebimento de milhares de emendas de plenário⁶⁵ e emendas populares⁶⁶, as quais foram objeto de parecer do relator. Alguns registros sobre essa etapa são pertinentes para a compreensão dos debates constitucionais em torno da matéria envolvendo a atuação do Estado como empresário.

Propostas de emendas para aprimorar o texto do projeto de Constituição que regulamentava as hipóteses em que o Estado poderia atuar no domínio econômico foram

⁶² O art. 19 do regimento interno da ANC, aprovado pela Resolução nº 2, de 1987, estipula que os anteprojetos de cada uma das comissões temáticas são enviados para a comissão de sistematização para fins de discussão e votação de anteprojeto que, nos termos do art. 20, resultará em projeto de Constituição. Veja-se o disposto no referido dispositivo: “Na Comissão de Sistematização os anteprojetos recebidos das Comissões serão distribuídos em avulsos a todos os seus membros, devendo o Relator, no prazo de 10 (dez) dias, apresentar relatório fundamentado, concluindo por anteprojeto.”

⁶³ Dispunha o anteprojeto do relator da comissão de sistematização: “Art. 309 - A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º - A intervenção ou monopólio cessarão assim que desaparecerem as razões que os determinaram.”

⁶⁴ O texto do projeto de Constituição pode ser consultado, na sua íntegra, em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-226.pdf>>. Acesso em: 9 de março de 2022. O art. 303 do referido projeto prevê: “Art. 303 - A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º - A intervenção ou monopólio cessarão assim que desaparecerem as razões que os determinaram.”

⁶⁵ Foram 20.791 emendas de plenário propostas, de acordo com dados oficiais da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/emendas-de-plenario-e-populares>. Acesso em 9 de março de 2022. Relacionadas ao art. 303 do projeto de Constituição foram 76 emendas de plenário, conforme índice disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-233.pdf>>. Acesso em: 9 de março de 2022.

⁶⁶ Foram 122 emendas populares, de acordo com dados oficiais da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-230.pdf>>. Acesso em: 9 de março de 2022.

deliberadas com justificativas que realçam a noção de transitoriedade das empresas estatais⁶⁷⁶⁸, inclusive quando se concluiu que melhor seria suprimir o texto do então §1º, do art. 303, do projeto de constituição, o qual explicitava esse atributo, nos seguintes termos: “§1º - A intervenção ou monopólio cessarão assim que desaparecerem as razões que os determinaram”.

A proposta de emenda nº 4003, de autoria de Renato Vianna, propunha 2 (duas) mudanças no projeto de constituição, sendo uma delas a supressão do dispositivo imediatamente acima referenciado. O constituinte justificou a proposição da seguinte maneira:

V – Em relação ao §1º do art. 303, pode-se ainda considerar redundante o texto, pois se o art. 303 permite "o monopólio e a intervenção do Estado no domínio econômico para atender os imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse político, conforme definidos em lei", obviamente, cessados os motivos, cessarão os efeitos. A insistência do §1º apenas traria confusão e tumulto, uma vez que levaria o legislador ao erro de fixar antecipadamente, prazos de intervenção ou de instituição dos monopólios, frustrando os efeitos da intervenção ou de monopólios, retirando a credibilidade e, conseqüentemente, a eficácia.

A referida emenda foi acolhida pelo relator, em seu substitutivo, não com a justificativa de querer emprestar às empresas estatais um caráter permanente, mas sim pelo reconhecimento de ser necessário simplificar o texto constitucional.⁶⁹ A partir da premissa de que a intervenção no domínio econômico só seria permitida em determinadas

⁶⁷ É o caso da justificativa aposta na apreciação da emenda nº 1818, de autoria de Ronaldo Aragão: “A finalidade desta Emenda é a de propiciar maior eficiência às empresas estatais, visando à diminuição do déficit público. O art. 303 do Projeto entretanto, é claro no seu objetivo de emprestar uma natureza apenas conjuntural a essas empresas [...]. Pela rejeição da Emenda.”. Texto disponível na p. 56 em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf>>. Acesso em: 12 de março de 2022.

⁶⁸ Cite-se, ainda, a justificativa aposta na apreciação da emenda nº 8903, de autoria de Jamil Haddad: “A Emenda proposta contraria frontalmente os princípios que se deseja estabelecer para a Ordem Econômica consubstanciados no artigo 300 do Projeto. O artigo 303, além disso, reforçando esses princípios, deixa explícita a opção pela empresa privada, permitindo-se a empresa estatal apenas em caráter excepcional.”. Texto disponível na p. 262 em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

⁶⁹ “A emenda apresentada ao artigo 303 parágrafo 1 se coaduna com o atual propósito de simplificar a redação do Projeto pela eliminação de expressões ou de dispositivos prescindíveis.”. Justificativa contida no parecer do relator disponível na p. 117 em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

hipóteses, o substitutivo de nº 1 do relator suprimiu o parágrafo em referência⁷⁰, sob o argumento de que seria redundante incluir parágrafo prescrevendo que o desaparecimento das hipóteses faria cessar a intervenção, quando o próprio *caput* já veiculava essa mesma diretriz.⁷²

Sendo a intervenção admitida apenas quando presentes determinadas condições, a conclusão a que se chega por um racional lógico-dedutivo é de que a intervenção não seria permitida quando aquelas não estiverem presentes ou tornar-se-á indevida quando deixarem de existir. Nesse sentido, não existiria utilidade em criar parágrafo ao *caput* para prescrever algo que esse já traria como um consectário lógico, a não ser estender o texto constitucional sem qualquer motivo plausível e com o risco adicional de gerar discussões jurídicas sobre a melhor interpretação para a questão.⁷³ Não houve, por assim dizer, o abandono da noção de provisoriedade no que tange à duração das empresas estatais, mas

⁷⁰ Texto na íntegra do primeiro substitutivo: “Art. 228 - A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista e as fundações públicas somente serão criadas por lei complementar, e ficarão sujeitas ao direito próprio das empresas privadas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, salvo o disposto no artigo 203, parágrafo 1º. §2º - As empresas públicas, as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. §3º - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico que tenha por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.”. Disponível na p. 42 em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

⁷¹ No que se refere ao *caput*, o segundo substitutivo do relator não promoveu qualquer alteração ao primeiro substitutivo, exceto pela nova numeração dada ao artigo: “Art. 194 - A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º - As empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios somente serão criadas, caso a caso, por lei e ficarão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, observado, quanto às fundações, o disposto nos §§1º e 2º do artigo 171. §2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. §3º - A lei reprimirá a formação de monopólios, oligopólios, cartéis e toda e qualquer forma de abuso do poder econômico que tenha por fim dominar o mercado, eliminar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente o lucro. §4º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta, sujeitando-a às penas compatíveis com sua natureza, nos crimes praticados contra a ordem econômica e financeira e a economia popular.”. Texto disponível na p. 70 em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-242.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2022.

⁷² Conclusão que se chega a partir da própria justificativa da emenda, sem qualquer interpretação por parte desse autor.

⁷³ A esse respeito, vale registrar que a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 estabelece que os parágrafos são vocacionados para complementar à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida, na forma do art. 11, III, “c”. Sob essa ótica, não faria sentido prescrever em parágrafo rigorosamente mesmo conteúdo que se extrai da norma contida no *caput*.

sim a simplificação do texto para evitar redundância, segundo a justificativa dada pelos constituintes.

A discussão e deliberação em plenário teve início, então, com texto que legitimava a intervenção do Estado no domínio econômico apenas quando necessário para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.⁷⁴

Em primeiro turno, o texto aprovado manteve esses pressupostos como necessários para legitimar a exploração pelo Estado de atividade econômica e acrescentou a possibilidade de a exploração acontecer se e quando a Constituição expressamente assim estabelecer em caso específico.^{75 76}

O referido acréscimo não desnaturou a essência do texto que vinha sendo discutido e deliberado, pois, embora tenha deixado espaço para a Constituição veicular hipóteses específicas em que o Estado pode explorar atividade econômica⁷⁷, reforçou-se o caráter excepcional da intervenção do Estado no domínio econômico, com a inclusão da ressalva inicial remissiva aos casos específicos mencionados na Constituição.

⁷⁴ Texto do projeto de Constituição (A): “Art. 202. A intervenção do Estado no domínio econômico e o monopólio só serão permitidos quando necessários para atender aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-251.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2022.

⁷⁵ Texto aprovado em primeiro turno no plenário: “Art. 202. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta pelo Estado de atividade econômica só será permitida quando necessária aos Imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.”. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-298.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2022.

⁷⁶ Registre-se que o texto aprovado em primeiro turno deixou de mencionar a questão do monopólio, passando a tratar tão somente a exploração de atividade econômica do Estado, independentemente de ser em regime de monopólio ou não.

⁷⁷ São exemplos de casos previstos na Constituição as seguintes previsões dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. § 10. Enquanto não entrar em vigor a lei prevista no art. 159, I, "c", cuja promulgação se fará até 31 de dezembro de 1989, é assegurada a aplicação dos recursos previstos naquele dispositivo da seguinte maneira: I - seis décimos por cento na Região Norte, através do Banco da Amazônia S.A.; II - um inteiro e oito décimos por cento na Região Nordeste, através do Banco do Nordeste do Brasil S.A.; III - seis décimos por cento na Região Centro-Oeste, através do Banco do Brasil S.A. § 11. Fica criado, nos termos da lei, o Banco de Desenvolvimento do Centro-Oeste, para dar cumprimento, na referida região, ao que determinam os arts. 159, I, "c", e 192, § 2º, da Constituição.”

Confirmado em segundo turno, e ultrapassada a etapa de ajustes pela comissão de redação, o texto constitucional foi promulgado com a seguinte redação e numeração:

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.

Esse texto é um retrato do processo da constituinte, marcado, como se viu, pela descentralização, elemento que, aliado a outras características da ANC, contribuíram para se chegar a uma Constituição receptiva de ideias e valores variados, muitas vezes conflitantes entre si.⁷⁸ Pode-se dizer, a partir desses fatores e da oitiva de participantes da ANC, que o texto promulgado revela, em certa medida, um consenso no dissenso que perdurou durante os trabalhos da constituinte.⁷⁹

Com mais de 30 (trinta) anos de vigência, o *caput* do art. 173 permanece inalterado sob a ótica textual, porém a sua longevidade está longe de significar maturidade em torno de sua aplicabilidade, a começar pela carência de elementos delineadores para guiar o preenchimento e a verificação do cumprimento dos pressupostos “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”.

Antes de avançar nas considerações gerais sobre essas expressões constitucionais, vale pontuar que a carência de uma definição clara, em sede constitucional, do que se entende por esses pressupostos não representa um ponto crítico em uma democracia constitucional, dado que a Constituição não é o local adequado para tratar de questões que, tipicamente, são objeto de controvérsia político-partidária cotidiana e que, por essa razão, devem ser instrumentalizadas em outra esfera, seja ela normativa ou gerencial.⁸⁰

⁷⁸ CARVALHO (2017, p. 393) entrevistou Michel Temer, o qual, indagado sobre qual foi a Constituição que saiu da votação final, asseverou: “A Constituição tem princípios do liberalismo e princípios do socialismo, e foi isso que ajudou a manter uma estabilidade institucional, como nós nunca tivemos. Como houve uma amálgama dessas duas democracias, a liberal e a social, se pôde avançar para o que eu chamo de democracia da eficiência.”

⁷⁹ Nesse sentido, é reveladora a entrevista de Delfim Netto para CARVALHO (2017, p. 236), o qual, ao ser questionado sobre a importância do colégio de líderes na ANC, respondeu: “Evidente. Você não pode fazer 559 sujeitos satisfeitos, a não ser que você dê dois artigos para cada um. Era preciso uma coordenação. O que eu digo é que ela [a Constituição] saiu muito melhor do que nós poderíamos supor, no meio do processo. [...] Isso eu acho que é, talvez, a forma de ser do brasileiro, da nossa cultura, de procurar o arranjo, de tentar acomodar. A Constituição é o símbolo disso.”

⁸⁰ Aproveitando-se, ainda, do trabalho de COUTO e ARANTES (2006, p. 52), destaque-se trecho em que tratam do critério da controvérsia como um dos elementos distintivos de matérias constitucionais de

Dada essa natureza dos dispositivos que tratam da atuação do Estado como empresário, um eventual engessamento constitucional da matéria imporia um limitador à democracia, na medida em que significaria a aposição de contornos rígidos, com efeitos prospectivos, pautados exclusivamente pela força política regente no momento de sua fixação. A esse respeito, cite-se a observação feita por COUTO e ARANHA (2006, p. 52) ao distinguir o que compete à Constituição tratar e o que deveria ser objeto de disputa em outra esfera:

O critério da controvérsia aponta para o fato de que não é legítimo numa democracia constitucionalizar questões que sejam controversas na disputa partidária. A Constituição deve procurar (no limite do possível) apenas o que é incontroverso: as condições básicas de funcionamento de um sistema político competitivo. Daí, o que for objeto de disputa deve ser resolvido na disputa, ou seja, nos processo eleitoral e decisório, dentro dos marcos poliárquicos.

A partir dessa premissa, os textos constitucionais brasileiros tratados anteriormente – não só o da CRFB/88 – seguiram o caminho correto de não esmiuçar, em sede constitucional, o conceito de cada um dos pressupostos autorizativos da atuação do Estado como empresário. Não seria saudável, sob a ótica democrática, que o texto constitucional vigente estipulasse conceito unívoco sobre “relevante interesse coletivo”, quando mudanças experimentadas pela sociedade são capazes de impactar diretamente o que se reputa como relevante interesse coletivo. A estratificação do “relevante interesse coletivo” em sede constitucional dificultaria a rápida adaptabilidade da Constituição às realidades que, pelo simples decurso do tempo, são postas à frente durante a sua vigência.

O fato de a Constituição não ser o local adequado para especificar, no detalhe, os contornos dos pressupostos que autorizam a atuação empresarial do Estado não significa que o manuseio desses pressupostos pelos governantes de turno possa ser feito de maneira livre e irrestrita e que a condução da gestão do braço empresarial do Estado possa ser feita sem controles.

matérias não constitucionais: “6. Critério da Controvérsia. Também deixarão de ser classificados como *polity* dispositivos cujo conteúdo for tipicamente objeto da controvérsia político-partidária cotidiana, dizendo respeito às plataformas governamentais apresentadas pelos partidos em seu embate pelos postos de governo e não se enquadrando, portanto, nas condições que caracterizam dispositivos de tipo constitucional [...]”

1.2.1. Delimitando os contornos gerais da expressão “imperativos da segurança nacional”

Em conformidade com o texto constitucional da CRFB/88, o Estado pode explorar diretamente atividade econômica se existir imperativo da segurança nacional que a justifique. Quer isso dizer, portanto, que o Estado está legitimado a atuar como empresário se presente esse pressuposto. Estreitar os seus contornos é, dessa maneira, atividade essencial para verificar o atendimento ao comando constitucional.

Como adjetivo que antecede a “segurança nacional”, o significado de “imperativo” deve ser adequadamente compreendido, uma vez que foi, por opção constitucional, alocado como adjetivo necessário na definição dos limites da atuação do Estado no campo empresarial.

Imperativo é aquilo que se impõe, sem sequer permitir oposição ou discussão, ou seja, algo incontestável.⁸¹ Qualifica-se, assim, o motivo de segurança nacional, ao mesmo tempo em que se reforça a atuação excepcional do Estado no campo da atividade empresarial.

Não é qualquer motivo de segurança nacional que autoriza o Estado a desenvolver atividade empresarial, mas somente aquele motivo imperativo, isso é, que seja forte o bastante para justificar, de maneira livre de objeção, por qualquer critério racional, a atuação estatal nessa esfera.

Com isso, um esclarecimento merece ser feito. A segurança nacional representa uma das pautas estatais mais antigas e, ao mesmo tempo, relevantes da história⁸², permanecendo atual no século XXI. Entretanto, o que está em questão no âmbito da aplicação do art. 173 da CRFB/88 é o uso do “imperativo(s) de segurança nacional” para

⁸¹ Sobre a definição de “imperativo”, ver: <https://www.significados.com.br/imperativo/#:~:text=%C3%89%20um%20adjetivo%20que%20expressa,governa%20de%20forma%20incontest%C3%A1vel%2C%20indiscut%C3%ADvel.;> <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/imperativo> e <https://www.dicio.com.br/imperativo/>. Acesso em: 22 de março de 2022.

⁸² Nesse sentido, cite-se a afirmação de Friedrich Ratzel exposta em MORAES (1990, p. 76): “[...] a tarefa do Estado continua sendo em última análise apenas uma: a da proteção. O Estado protege o território contra as violações vindas de fora, que poderiam reduzi-lo.”

justificar não o simples emprego pelo Estado de recursos financeiros e humanos voltados à garantia desse pressuposto, mas sim para autorizar que o Estado desenvolva atividade empresária com vistas a cumprir essa finalidade.

Posto em outras palavras, a atividade estatal de zelar pela segurança pode ser viabilizada de diferentes maneiras, entre elas, a organização das Forças Armadas, a promoção da diplomacia internacional, a aquisição e/ou produção de armamentos e a proteção das fronteiras do país. Essas atividades não dependem, aprioristicamente, de uma organização empresarial para o seu desenvolvimento, embora possam, guardadas as devidas particularidades, adotá-la caso presente o(s) “imperativo(s) da segurança nacional”.

Com efeito, a presença de “imperativo(s) da segurança nacional” não necessariamente resultará na constituição de empresa estatal pelo Estado para explorar atividade empresarial, embora sirva de fundamento para a utilização e/ou manutenção do modelo empresarial para atingir a referida finalidade. Essa constatação demonstra que, ainda que preenchidos os requisitos para a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, o uso de veículos empresariais para atingir as finalidades constitucionais é apenas uma opção, dentre várias outras, do gestor público, não existindo um dever propriamente dito de assim agir.

Sobre o restante da expressão adjetivado pelo “imperativo”, o maior desafio é dar concretude à indeterminação do conceito de segurança nacional. Tanto o “imperativos da segurança nacional”, quanto o “relevante interesse coletivo”, reproduzem normas jurídicas de conteúdo indeterminado⁸³, exigindo do intérprete muito mais do que uma

⁸³ Nesse sentido, BINENBOJM (2006, p. 212) diferencia as normas jurídicas com conceitos objetivos e aquelas, tais como a norma estatuída no art. 173 da CRFB/88, com conceitos indeterminados: “As normas jurídicas podem encerrar, em seu enunciado, conceitos objetivos (idade, sexo, hora, lugar), que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance; conceitos cujo conteúdo é decifrável objetivamente, com recurso à experiência comum ou a conhecimentos científicos (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento); e, finalmente, conceitos que requerem do intérprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização). Estes últimos integram o que se entende por conceitos jurídicos indeterminados, cujo processo de aplicação causa dúvidas e controvérsias, propugnando-se ora por um controle jurisdicional amplo, ora por um controle limitado, dependendo de sua associação ou dissociação da ideia de discricionariedade.”

atividade mecânica de subsunção do fato à norma, cabendo-lhe, ademais, construir o significado da norma a partir do texto contido no dispositivo.⁸⁴

A construção do significado da norma jurídica representa um trabalho permanente do intérprete, o qual deve ser guiado pelo atributo da atualidade, de maneira que o resultado do seu trabalho deve conferir aplicabilidade, no presente, àquele dispositivo promulgado dias, meses, anos ou décadas atrás. A superação do hiato entre a publicação de um texto normativo, independentemente de sua envergadura, se constitucional ou não, e o momento de sua aplicação, se dá, sobretudo, pela atividade interpretativa do aplicador do Direito.⁸⁵

Promulgado em um dado momento histórico, o comando que estabelece o(s) “imperativo(s) de segurança nacional” como requisito autorizativo para o Estado explorar diretamente atividade econômica deve, dessa maneira, ser interpretado à luz circunstâncias vigentes, e não apenas daquelas que passaram.

De maneira objetiva, o conceito de segurança nacional está intimamente relacionado com a proteção da soberania nacional. A Constituição de 1967/1969 foi, conforme se asseverou anteriormente, a primeira Constituição brasileira a elencar a segurança nacional como motivo para a intervenção do Estado na economia.

O contexto da inserção desse pressuposto no âmbito da ordem econômica constitucional não pode ser desconsiderado. Com isso, não se pretende discutir vieses ideológicos em torno do período de vigência da Constituição, mas considerar o mote que o conduziu, consubstanciado no combate às ameaças que pairavam sobre o país⁸⁶,

⁸⁴ Nesse sentido, assinala ÁVILA (2005, p. 25-26): “[...] é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar [...]”.

⁸⁵ Não com exclusividade, existindo outros meios para superar o mencionado hiato, inclusive a própria modificação do texto normativo.

⁸⁶ Nesse sentido, cite-se trecho selecionado pelo autor de informações disponibilizadas no *website* da FGV CPDOC que, salvo melhor juízo, estão despedidas de carga ideológica, explicando o mote que vigorou durante o período de vigência da Constituição de 1967/1969: “afirmando que o objetivo era restaurar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas e deter a “ameaça comunista” que, segundo eles, pairava sobre o Brasil.”. Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 26 de março de 2022.

derivando daí uma preocupação maior com a segurança nacional, não só em sede constitucional, mas também na legislação infraconstitucional.

Nesse último aspecto, ganha destaque os denominados normativos de segurança nacional (nesse período, o primeiro foi o Decreto-Lei nº 314 de 1967, seguido de outros até chegar à Lei nº 7.170 de 1983), todos influenciados pela doutrina de segurança nacional.⁸⁷ Esses normativos continham tônica autoritária acentuada, sobretudo por meio da veiculação de tipos penais vagos e abstratos, sob o manto de resguardar a segurança nacional, quando, em contraponto, submetia todos os seus destinatários ao risco de ter direitos fundamentais basilares violados, como o da liberdade de expressão, dependendo da forma como manuseada.⁸⁸

Por essa razão, houve quem advogasse pela não recepção da Lei nº 7.170 de 1983, a denominada Lei da Segurança Nacional, pela CRFB/88⁸⁹, a qual veio a ser revogada em 2021 pela Lei nº 14.197/2021, antes mesmo do pronunciamento do STF sobre a matéria. O argumento central daqueles que advogavam essa tese era de que, com a superveniência da CRFB/88 e a consolidação de pilares democráticos e garantidores de direitos fundamentais (dentre eles, o da liberdade de expressão), a Lei de Segurança Nacional teria perdido o seu amparo constitucional.⁹⁰

⁸⁷ Trecho do parecer elaborado por Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich à Ordem dos Advogados do Brasil que sintetiza a origem da referida doutrina: “A Doutrina de Segurança Nacional, de emulações militares e antagonismo total com os países comunistas, começou a ser redigida no momento em que se instaurava uma bipolaridade mundial fruto da denominada Guerra Fria, logo após o final de Segunda Guerra Mundial [...]. A partir deste momento, a Doutrina de Segurança Nacional (que seduzia por sua simplicidade), foi o referencial norteador da produção legislativa sobre segurança do Estado, fundamentalmente de 1964 até o ano de 1983, quando deixou suas digitais na última LSN do país.”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2022.

⁸⁸ Para mais detalhes sobre a tônica autoritária da legislação de segurança nacional, ver SARMENTO, Daniel. Lei de Segurança Nacional, crise democrática e Constituição: por que remover o entulho autoritário. In: SARMENTO, Daniel. Crise democrática e a luta pela Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 61-79; e PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo líquido e crise Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

⁸⁹ No âmbito do Supremo Tribunal Federal foram ajuizadas as ADPF nº 797 e ADPF nº 799, por exemplo. Na doutrina, ver OLIVEIRA, Karoline Dias de; BOCCUZZI, Lucas Lopes; COSTA, Marcos Paulo Campos Ferreira da. A Lei de Segurança Nacional: problemáticas e soluções. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto (Coord.). Autoritarismo Líquido e Crise Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 337-353.

⁹⁰ Cite-se a esse respeito a seguinte assertiva de SARMENTO (2021, p. 74): “Os riscos advindos da criminalização de comportamentos ligados às liberdades comunicativas impõem, ainda, a exigência de um maior grau de certeza e precisão da lei penal que pretenda limitar o seu exercício e punir condutas expressivas. As restrições a direito fundamental tão relevante devem ser claras e bem delimitadas, de modo a conter a discricionariedade dos que as aplicam a casos concretos, e a conferir maior previsibilidade e segurança aos seus titulares.”.

Sob essa perspectiva, ainda que sem a declaração de não recepção pelo STF, mas também sem a declaração em sentido contrário, não subsistem normativos de segurança nacional no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção do art. 173 da CRFB/88.

Nesse contexto, é de se questionar se a única passagem constitucional sobre “segurança nacional” mantém efetividade ou se, ao contrário, representa resquício de autoritarismo que outrora vigorou e que, com o amadurecimento da CRFB/88, deixou de existir, significando, nessa hipótese, trecho constitucional (nati)morto.

Prevalecendo a primeira hipótese, é o caso de traçar contornos mínimos a respeito do significado que deve ser dado à expressão. A esse respeito, a doutrina realça o elo entre a noção de segurança nacional e a questão da soberania nacional, valendo citar as conceituações veiculadas por LAZZARINI (2003, p. 141) e LOUREIRO (2008, p. 177), respectivamente:

[...] a segurança nacional se refere à soberania nacional no sentido de proteção das áreas econômicas, cuja reserva deve ficar a cargo do Estado como garantia de soberania da nação brasileira [...]; e

Ainda que se tome a expressão “segurança nacional” em sua acepção mais estrita, i.e., como relacionada com aquelas atividades mediante as quais se assegura a ordem policial e militar de um determinado país [...].

No contexto da Constituição Econômica, a expressão segurança nacional deve ser interpretada com o olhar da temática na qual inserida, aproximando-a, assim, do campo da economia, significando, portanto, que a atuação direta do Estado no campo empresarial é legítima quando estiver presente situação na economia que coloque em risco a segurança nacional.

A essa noção deve ser acrescido o adjetivo “imperativo(s)” mencionada anteriormente, denotando, portanto, que não é qualquer situação econômica pela qual o país passa que justifica a exploração direta de atividade empresarial pelo Estado, mas somente aquela que, de maneira incontestada, submeta a segurança nacional a estado de vulnerabilidade por questão econômica. Esse é o filtro que o Constituinte impôs para

legitimar a atuação direta do Estado no campo econômico, se a interpretação a ser dada ao dispositivo for no sentido de entendê-lo, ainda hoje, como efetivo.

Antes de encerrar os comentários relativos ao pressuposto da segurança nacional e iniciar os relativos ao relevante interesse coletivo, vale refletir, a partir da conceituação acima referenciada, que as situações de imperativo da segurança nacional podem ser igualmente acomodadas no pressuposto do relevante interesse coletivo, eis que a preocupação com a soberania nacional é um dos maiores interesses, senão o principal, que une os cidadãos de um país, o que reforça a visão de quem interpreta o pressuposto da segurança nacional como trecho constitucional (nati)morto.

1.2.2. O relevante interesse coletivo

Assim como em relação à segurança nacional, o Constituinte adjetivou o outro pressuposto constitucional com aptidão para justificar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado. E o fez com o objetivo de restringir a atuação do Estado empresário para hipóteses qualificadas pelo critério da relevância, embora a indeterminação da expressão subsequente, por si só, viabilize o seu manuseio ora mais restritivo, ora mais expansivo, a depender da amplitude que a ela se queira dar.

Por relevante, entende-se aquilo que tem valor de destaque; que se distingue ou se destaca em relação aos demais.⁹¹ No contexto da expressão, o adjetivo impõe que o interesse coletivo seja dotado de expressividade que o diferencie do interesse coletivo ordinário, ainda que não exista clareza sobre o nivelamento de interesses dessa natureza.⁹²

Justamente por isso é que a decisão de constituir uma empresa estatal com base em relevante interesse coletivo deve ser acompanhada da respectiva elucidação da

⁹¹ Significado disponível em: <<https://www.dicio.com.br/relevante/>>. Acesso em: 31 de março de 2022.

⁹² A propósito, vale destacar a observação feita por SUNDFELD, ROSILHO e YASSER (2017, p. 48) ao se referir aos interesses que movem as empresas estatais: “E há alguma transigência na compreensão e definição dos contornos e da extensão dos interesses públicos que podem mover as estatais.”

singularidade e distinção do interesse que justifica o movimento estatal com véis empresarial.⁹³⁹⁴

O interesse coletivo representa o interesse de uma multiplicidade de pessoas, distintas entre si, porém unidas pela identidade de interesse, o qual pode ser promovido pelo Estado, a depender de sua relevância, mas não necessariamente por ele. É que, como regra, interesses coletivos prescindem de atuação estatal para serem satisfeitos, como, por exemplo, o acesso à alimentos, ao menos em regra.

É interesse coletivo, relevante, por sinal, que a população tenha acesso à alimentos, eis que a sua ausência ou escassez colocam em risco a vida, bem maior de toda pessoa. No entanto, a maturidade dos fatores de produção, dos comércios interno e externo e da logística brasileira são suficientes para, de maneira geral, disponibilizar, por meio do mercado, o acesso da população à alimentação. Não significa dizer que o Estado não possa e não deva ter política assistencialista para garantir alimento às pessoas que não tenham condições financeiras para, por si próprias, usufruir desse bem. Essa vertente assistencialista do Estado, porém, não tem relação com o seu papel empresarial em caso de relevante interesse coletivo e, portanto, com ela não se confunde.

O que está em jogo, ao analisar o art. 173 da CRFB/88, é a necessidade de o Estado empreender frente às circunstâncias que a realidade impõe, e não a necessidade ou conveniência de implementar, fora da esfera empresarial, ações e políticas voltadas a um dado interesse coletivo.

Com efeito, a presença de relevante interesse coletivo não importa, automaticamente, na exploração direta de atividade econômica do Estado. Qualquer interpretação nesse sentido destoaria do racional restritivo do art. 173, que textualmente

⁹³ É essa a dicção da Lei nº 13.303/2016: “Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. § 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.”

⁹⁴ Também nessa linha, cite-se DUARTE (2014, p. 36): “O conteúdo inicialmente amplo vislumbrado pelo constituinte para os termos “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” deverá, no caso concreto, dotar-se de significância, com o estabelecimento de explanações lógicas sobre a premente necessidade de captura pelo Estado de atividade típica da iniciativa privada, com a apresentação de estudos e justificativas capazes de esclarecer a dinâmica do setor e as finalidades do respectivo projeto.”

limita a atuação do Estado como empresário (“a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida [...]”).

Sendo a ordem econômica fundada na livre iniciativa⁹⁵, o interesse coletivo apto a legitimar a atividade empresarial pelo Estado deve ser marcadamente relevante à luz realidade, isso é, devem estar presentes circunstâncias e condições que exijam o avanço do Estado na esfera empresarial, pois, não o fazendo, o interesse coletivo estaria em sério risco.

Para ilustrar o que se aduz, aproveita-se do exemplo veiculado por FERNANDES (2020, p. 40):

Pode se dizer que o relevante interesse coletivo se faz presente, quando não existam empresas privadas para a prestação do serviço essencial à população. É o caso, por exemplo, da Sociedade de Abastecimento de Brasília (SAB), criada em 1962, cujo objetivo era abastecer o mercado varejista do Distrito Federal. Com o surgimento de grandes redes privadas de supermercados em Brasília, não houve mais necessidade de o Estado prestar o serviço e a empresa foi extinta.

Ter alimentos no mercado varejista segue – e continuará seguindo – sendo algo de relevante interesse coletivo em razão de representar necessidade vital de todo ser humano se alimentar. Porém, o atendimento desse interesse não depende, aprioristicamente⁹⁶, da exploração pelo Estado de um centro de abastecimento, eis que são vários os comércios varejistas privados existentes no país que servem satisfatoriamente a essa finalidade.⁹⁷

A partir dessa premissa, o adjetivo relevante pode ser adequadamente compreendido como uma forma de qualificar o interesse coletivo de maneira a legitimar

⁹⁵ Art. 170 da CRFB/88: “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 [...]”.

⁹⁶ Considerando, como se disse, a maturidade do mercado varejista no ano de 2023, data de elaboração do presente texto.

⁹⁷ ARAGÃO (2017, p. 48) assevera, de igual maneira, a conexão da relevância em relação ao interesse coletivo que o sucede: “Note-se que não é a atividade econômica em si que tem que ser de “relevante interesse coletivo”, mas, sim, a atuação do Estado nela. Podemos imaginar atividades muito relevantes, mas cuja atuação estatal nelas é, pelo menos de maneira generalizada, prescindível, como a produção e fornecimento de roupas.”.

a atuação do Estado apenas na presença de condições em que a sua inércia empresarial comprometa o atendimento do interesse coletivo.⁹⁸

O raciocínio é muito similar à investigação do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade civil. Nesse âmbito, o agente só pode ser responsabilizado se der causa direta, imediata e necessária ao evento danoso.⁹⁹ Ao incorporar esse racional, os contornos seriam estabelecidos de maneira a fixar que o Estado só deve atuar diretamente como empresário se as circunstâncias tornarem a sua ação imediata e necessária para o atendimento a relevante interesse coletivo.

Assim, a pergunta que deve guiar o gestor público se instado a criar uma empresa estatal é: a inércia empresarial do Estado compromete o atendimento ao relevante interesse coletivo? Se a resposta for negativa, o problema não é, e não deveria, se concentrar na discussão em torno da conveniência política ou não de se constituir uma empresa estatal, como se dada opção estivesse dentro do crivo da discricionariedade do gestor público¹⁰⁰, mas sim de inconstitucionalidade da lei que porventura autorizasse a constituição de empresa estatal em situação em que inexistente o pressuposto de relevante interesse coletivo a justificar a atuação do Estado como empresário.

⁹⁸ Caminha na mesma direção o entendimento de CYRINO (2016, p. 14): “Já a partir do sentido etimológico dos termos de “relevante interesse coletivo”, infere-se, para os fins do art. 173, caput, da Constituição, que o interesse coletivo consiste na existência de uma necessidade transindividual, comum a número significativo de pessoas, cuja satisfação não possa ser proporcionada de forma adequada senão que pela atuação direta do Estado-empresário. Ainda que exista espaço para as escolhas daquilo que se entenda relevante, não se trata, tão somente, de um mero interesse da coletividade. Se fosse assim, qualquer opção legislativa seria relevante — pois aprovada pela maioria dos representantes eleitos.”

⁹⁹ Sobre o nexo de causalidade, é digno de nota a síntese feita por SILVA e TEPEDINO (2019, p. 76-77) a respeito de seus principais elementos: “Em que pese o acirramento teórico da controvérsia, desde a vigência do Código Civil de 1916 afirma-se, tanto em sede doutrinária quanto em sede jurisprudencial, que o dever de indenizar somente pode ser imputado ao agente cuja conduta tiver sido causa direta e imediata do resultado danoso. Eis, em síntese apertada, os contornos essenciais da teoria da causalidade direta e imediata (ou teoria da interrupção do nexo causal). Muito embora o acolhimento dessa teoria remonte à previsão contida na disciplina do inadimplemento das obrigações negociais (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), estendeu-se sua incidência à responsabilidade extracontratual. À teoria da causa direta e imediata se adicionou, em doutrina, a exigência (por vezes denominada subteoria) da necessariedade da causa, de modo a se concluir que surge o dever de indenizar quando o dano é efeito necessário de certa causa. A causa deixa de ser relevante, desse modo, não por estar distante do dano, mas sim pela interferência de outra causa capaz de produzi-lo.”

¹⁰⁰ Não é o que entende MENDONÇA (2014, p. 245): “Outro aspecto a se ressaltar é a própria naturalização da existência de “zonas de certezas negativas”. O que é absurdo para um pode ser razoável, ou, ao menos, tolerável para outro. Tudo a depender do contexto, da história, da justificativa. A intervenção do Estado na economia é fenômeno político, e não, na essência, jurídico.”

Questionamento com a mesma essência deve ser formulado para as empresas estatais já existentes. A retirada do Estado do campo empresarial compromete o atendimento ao relevante interesse coletivo? Se a resposta for negativa, a decisão de não afastar o Estado da atividade configura situação de inconstitucionalidade, derivada da ausência de relevante interesse coletivo a justificar a continuidade da atuação do Estado como empresário.

Esses questionamentos não têm a finalidade de eliminar a indeterminação inerente à expressão constitucional, a qual, como visto, é saudável sob a ótica democrática por assegurar a conformação do texto ao longo do tempo. Entretanto, essas perguntas são importantes para reduzir a amplitude da zona de incerteza, compreendida como aquela que paira entre a zona de certeza positiva, em que há certeza sobre a adequação da situação à hipótese legal, e a zona de certeza negativa, em que há certeza de que a hipótese não se adequa ao comando legal.¹⁰¹

Aproveitando-se da noção em torno das zonas de certeza¹⁰² e incerteza, mas sem a pretensão de enquadrar situações específicas em uma ou em outra, dado que esse processo não está imune de subjetivismo, destaque-se que, por vezes, existirão hipóteses em que dúvidas acerca da constitucionalidade da medida existirão pela falta de clareza

¹⁰¹ Sobre o tema, MELLO (2012, p. 29) ensina que: “tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no ‘motivo legal’) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas”.

¹⁰² ARAGÃO (2018, p. 105) traça o contorno da zona de certeza do art. 173 da CRFB/88 da seguinte maneira: “[...] entendemos que o mero interesse na obtenção de lucro não pode justificar a atuação do Estado na economia com base no art. 173 da CF porque, tecnicamente, se assim admitíssemos, estaríamos, por via hermenêutica, invertendo a lógica do dispositivo: ele deixaria de ser um permissivo para o Estado excepcionalmente exercer atividades econômicas, para passar a franquear ao Estado que, desde que com base em lei, exercesse qualquer atividade econômica, já que qualquer atividade econômica é potencialmente lucrativa e o Estado está sempre carente de recursos para prover suas atividades-fim de forma ótima.”. Com esse mesmo entendimento, cite-se trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia no julgamento adiante referenciado: “20. O exercício da atividade econômica pelo Estado com o fim exclusivo de obter lucro é que não pode ser considerado exercício legítimo estatal conferido pelo art. 173 da Constituição da República. No exercício pelo Estado da atividade econômica, qualificada como de relevante interesse coletivo e legalmente autorizada, se poderá auferir lucro decorrente de negócios acessórios ou complementares, sem que se desnature a finalidade da empresa estatal e o relevante interesse coletivo identificado quando de sua criação.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 6241/DF. Leis federais nºs 9.491/1997 e 13.334/2016. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Constitucionalidade da autorização legal genérica para a desestatização de empresas estatais Autor: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessado: Presidente da República e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2021.

(positiva ou negativa) acerca da (in)compatibilidade com o texto constitucional. A zona de incerteza representa esse espaço de dúvidas intrínseco aos conceitos indeterminados.

A textura aberta da expressão constitucional não pode ir de encontro ao núcleo do dispositivo. Se o interesse coletivo há de ser relevante para justificar a atuação do Estado como empresário, o gestor público deve demonstrar, no caso concreto, o fator distintivo do interesse coletivo em jogo em relação ao interesse ordinário e rotineiro da coletividade. Essa consideração é importante na medida em que poderia cogitar-se de que todo interesse coletivo, justamente por ser coletivo, seria relevante. Porém, considerando a dicção do art. 173 da CRFB/88 e partindo do pressuposto de que a atuação do Estado como empresário é excepcional, o uso do adjetivo “relevante” nesse contexto normativo sinaliza a necessidade de estar presente alguma situação qualificadora do interesse coletivo apto a justificar o Estado a empreender.

Sob essa perspectiva, para assegurar que a indeterminação do conceito jurídico não seja encarada como a outorga de uma livre e irrestrita discricionariedade ao gestor público para constituir ou desestatizar empresas estatais, deve-se dar especial atenção ao processo de criação de estatais, exigindo que dele faça parte a clara elucidação do relevante interesse coletivo a ser atendido e das informações correlatas a respeito do tema, como, por exemplo, a descrição de como o Estado espera que aquele interesse seja cumprido pela empresa.

2. A CRIAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS E OS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

2.1. O procedimento para a criação e desestatização das empresas estatais

Presentes os pressupostos constitucionais para o Estado explorar atividade econômica, a iniciativa de constituir uma empresa estatal representa uma decisão circunscrita ao campo da auto-organização da Administração Pública, incumbindo ao chefe do Poder Executivo, movido por razões de ordem técnico-administrativa, estruturar o arranjo institucional que entenda adequado para o melhor desempenho das funções estatais, em conformidade com as diretrizes constitucionais e as melhores práticas de gestão.

Na tarefa de auto-organizar a Administração Pública, há tanto a opção de centralizar atividades nos órgãos e agentes diretamente ligados ao ente político central, quanto a de descentralizá-las, mediante a criação de entidades autônomas e distintas do ente político central. Sob essa perspectiva, enraizada na clássica dualidade entre descentralização e desconcentração¹⁰³, a criação de uma empresa estatal se enquadra como forma de descentralização da atividade administrativa.¹⁰⁴

A partir dessa premissa, tem-se que a competência para iniciar a proposta legislativa específica que busque obter autorização¹⁰⁵ para a criação de empresa estatal é privativa do chefe do Poder Executivo, no exercício da prerrogativa de auto-organizar a

¹⁰³ Pela clareza na distinção entre os conceitos, vale citar ARAGÃO (2002, p. 142): “Classicamente, a descentralização é definida em contraposição à desconcentração. A descentralização seria a criação de pessoas jurídicas pelo Estado, e a desconcentração a mera divisão de funções entre os diversos órgãos despersonalizados de uma mesma pessoa jurídica estatal, ou seja, seria a criação de órgãos periféricos dentro da própria Administração Direta.”

¹⁰⁴ Sobre a prerrogativa de auto-organização do Estado, SOUTO (1992, p. 190) afirma que: “Para desempenho de suas funções, a Administração pode funcionar de forma centralizada, isto é, o poder será exercido diretamente pelo ente político criado pela Constituição Federal, ou por criaturas decorrentes de seu poder de auto-organização, por execução direta ou em colaboração com terceiros. É o que se chama descentralização.”

¹⁰⁵ A CRFB/88 estabelece que a lei específica autoriza a criação de empresa pública e de sociedade de economia mista, e não que a cria. Veja-se, nesse sentido, o art. 37, XIX, da CRFB/88: “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: XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.”

estrutura administrativa¹⁰⁶, devendo fazê-lo mediante o devido apontamento e comprovação da presença dos pressupostos constitucionais necessários para embasar a proposição.

Além de demonstrar e justificar a presença dos pressupostos constitucionais necessários para legitimar a iniciativa, a decisão de levar à frente proposta dessa natureza deve ser antecedida de análises, dados, estudos, investigações e debates que corroborem a proposta de organização técnico-administrativa da Administração Pública, consistente na constituição de empresa estatal com vistas à consecução de determinada finalidade administrativa, seja para fins de atender o postulado da eficiência – norte que todo gestor público deve seguir – seja para fins de dar transparência ao processo de tomada de decisão, pois a gestão da coisa pública importa, para o gestor, no dever jurídico de prestar conta de sua administração.¹⁰⁷

Ultrapassada essa fase, a proposta de lei de autoria do chefe do Poder Executivo passa ao crivo do Poder Legislativo, a quem competirá, dentro de suas atribuições constitucionais, discutir e deliberar sobre o projeto de lei encaminhado. Sendo favorável à deliberação, o projeto segue ao chefe do Poder Executivo para que, aquiescendo, o sancione e promulgue.

Nesse momento, passa a existir e vigorar no ordenamento jurídico lei autorizativa específica para a criação de determinada empresa estatal, e não a empresa propriamente dita, cujo efetivo nascimento apenas ocorrerá após o cumprimento do rito ordinário de criação previsto na legislação empresarial. Para a efetiva criação, o Poder Executivo deve

¹⁰⁶ Embora fale apenas em “órgãos” e não mencione “entidades”, o fundamento constitucional da competência privativa do chefe do Poder Executivo para auto-organizar a Administração Pública está fixado no art. 61, §1º, II, “e”, o qual dispõe: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI.”

¹⁰⁷ Vale registrar, a esse respeito, a análise de JUSTEN FILHO (1998, p. 122) sobre o influxo de noções empresariais na estrutura do Estado: “Em primeiro lugar, as práticas empresariais passaram a modelar a atividade estatal. A validade da afirmativa não se restringe às manifestações estatais de exercício de atividade econômica. Mesmo no âmbito da chamada Administração Pública direta e autárquica, os parâmetros empresariais passaram a vigorar. Isso é comprovado pela consagração de inúmeras técnicas generalizadas no âmbito empresarial, tal como a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, as exigências acerca de produtividade mínima, a preocupação com o bem-estar do funcionário etc.”

adotar as medidas necessárias à constituição da empresa, notadamente a realização de assembleia de constituição¹⁰⁸ e o registro do ato constitutivo no registro competente.¹⁰⁹ Ou seja, entre a promulgação da lei autorizativa e a constituição da estatal, pode ocorrer hiato de tempo considerável, a depender da celeridade que for imprimida às etapas subsequentes pelo Poder Executivo.¹¹⁰ No âmbito federal, pratica-se, ainda, o costume de realizar uma etapa adicional, consistente na edição de decreto pelo chefe do Poder Executivo com o objetivo de “criar” a empresa que a lei autorizativa se refere.¹¹¹ Ultrapassado os trâmites para a constituição da estatal, com ou sem o referido decreto, inicia-se, então, o desenvolvimento das atividades para as quais foi criada e que a justificaram, como entidade integrante da Administração Pública Indireta do ente da Federação que a instituiu.

Como uma típica sociedade empresária, o contrato social e/ou o estatuto social da estatal podem prever que o seu prazo de duração será determinado ou indeterminado¹¹², sendo esse ponto de fundamental importância prática para as discussões centradas na temática do Estado empresário, embora não se tenha notícia de doutrina que aborde essa perspectiva como uma técnica simples, porém eficaz, de delinear a extensão da atuação do Estado na economia.

Tomando a esfera federal como paradigma, o que se verifica é que não há estatal de controle direto da União com prazo de duração determinado, sendo a adoção de prazo

¹⁰⁸ No caso de empresta estatal revestida de sociedade anônima, a assembleia de constituição está regulamentada no art. 87 da Lei nº 6.404/76. Vale dizer que a sociedade de economia mista deve, por lei, adotar o tipo de sociedade anônima, não existindo essa obrigatoriedade em relação à empresa pública (arts. 3º e 4º da Lei nº 13.303/2016).

¹⁰⁹ Artigo 45 do Código Civil: “Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

¹¹⁰ Não se pode ignorar, ainda, a possibilidade de a empresa não ser efetivamente criada, mesmo após o Congresso Nacional aprovar a autorização de sua criação, considerando não existir um dever jurídico de implementar aquilo que a lei simplesmente autorizou.

¹¹¹ O exemplo mais recente no âmbito federal se deu com a NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A., em que, após a promulgação da Lei nº 13.903/2019 autorizando a criação da empresa, o chefe do Poder Executivo publicou o Decreto nº 10.589/2020 “criando” a empresa. A rigor, a edição de decreto com essa finalidade não tem qualquer utilidade, pois o que dá existência à empresa é, na forma do artigo 45 do Código Civil, a inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro.

¹¹² A esse respeito, ao fazer referência às cláusulas essenciais do contrato social, COELHO (2017, p. 161-162) assevera que: “São cláusulas essenciais do contrato social exigidas pelo art. 997, I a IV e VI do CC: [...] e) Prazo de duração — a sociedade pode ser contratada por prazo determinado ou indeterminado, de acordo, exclusivamente, com a manifestação de vontade dos sócios.”

indeterminado a regra geral.¹¹³ É convidativa a reflexão sobre a conveniência e oportunidade de as estatais serem criadas com prazo determinado de atividade, em especial à luz das disposições constitucionais e, sobretudo, dos debates travados na ANC, discorridos anteriormente nesta tese.

Constituídas sem a prévia estipulação de prazo determinado de duração, as estatais permanecem em atividade até a superveniência de decisão e respectiva implementação de medidas voltadas para a sua descontinuidade quanto à participação do Estado como acionista titular da maioria do capital com direito a voto da empresa, hipótese na qual, ainda que a empresa continue existindo, não será na roupagem de estatal integrante da Administração Pública Indireta do ente político que a instituiu, mas sim de uma empresa estritamente privada.

Quando a sociedade empresária deixa de ser estatal¹¹⁴, opera-se a denominada desestatização da empresa, processo cujo principal resultado é a retirada, total ou parcial¹¹⁵, do ente político da composição do capital social da empresa. A essa operação específica dar-se-á o nome de privatização¹¹⁶, termo popularmente utilizado para retratar a saída do Estado do capital da empresa.

Sobre o processo de desestatização, compreendido, portanto, como qualquer operação societária que importe na retirada total ou parcial da participação do Estado na estatal, englobando, portanto, desde operações de alienação de controle acionário até dissolução total da pessoa jurídica, o plenário do STF fixou o entendimento de que a autorização contida em lei que veicule regras gerais sobre desestatização é suficiente para que o Poder Executivo promova os atos tendentes a essa finalidade, não sendo necessário,

¹¹³ Esse é um ponto que será melhor explorado no tópico imediatamente seguinte.

¹¹⁴ Sobre essa transformação da empresa de estatal para não estatal, cite-se a precisa observação feita por MACHADO (2015, p. 109): “Se estatizar é tornar estatal, desestatizar, portanto, nada mais seria, neste contexto, que “deixar de ser” estatal.”

¹¹⁵ A retirada parcial deve ser qualificada pela perda de titularidade da maioria das ações com direito a voto da empresa, a importar, assim, na perda da preponderância do ente político nas deliberações sociais e na perda do poder de eleger a maioria dos administradores da empresa.

¹¹⁶ Sobre as concepções dos termos desestatização e privatização, MACHADO (2015, p. 112) assevera que: “Pelo ordenamento vigente a partir da entrada em vigor da Lei nº 9.491/1997, o panorama relativo à redução do âmbito de atuação estatal passou a abranger diversos instrumentos jurídicos, todos abarcados sob o gênero desestatização, rol em que insere a privatização, em sua concepção mais precisa, de alienação de controle acionário, de empresas estatais, prestadoras de serviço ou de atividade econômica, à iniciativa privada, além de outros, como a concessão ou permissão de serviço público, que jamais poderia ser tratada sob a alcunha de privatização, ante a absoluta discrepância entre tais institutos.”

portanto, a aprovação de uma lei específica para cada empresa estatal com esse objetivo.¹¹⁷

A discussão tem origem nas distintas interpretações conferidas ao art. 37, XIX da CRFB/88, o qual, textualmente, estipula que somente por lei específica poderá ser autorizada a criação de empresa pública e sociedade de economia mista. A partir daí, houve quem defendesse, amparado na simetria das formas, que a desestatização da estatal também deveria ser antecedida de lei específica com essa finalidade.¹¹⁸ Nessa vertente, o raciocínio é baseado na lógica de que se há necessidade de lei específica para autorizar a criação de uma determinada estatal, mesmo formalismo deveria ser exigido em caso de decisão pela sua desestatização.

Outro entendimento, porém, com o qual perfilhamos, restou incorporado pelo STF ao decidir pela suficiência de lei que estabeleça diretrizes para a desestatização de estatais, não sendo necessário a edição de lei específica para cada empresa que se pretenda desestatizar. E isso por duas razões: a primeira, por uma interpretação literal do texto constitucional, que apenas se refere à necessidade de lei específica para a autorização de criação da estatal, nada dizendo, porém, sobre a extinção; a segunda, pelo próprio sentido que a auto-organização da Administração Pública exterioriza, aliado à dinamicidade das relações empresariais, a indicar a possibilidade de o chefe do Poder Executivo, observada as diretrizes legais e as boas práticas de gestão, adotar as medidas para desestatizar determinada estatal, quando a permanência do Estado no campo empresarial não encontrar mais suporte, prescindindo, para tanto, de autorização legal para assim agir.

Com efeito, os atos necessários para a desestatização de empresa estatal são aqueles previstos na lei que disponha sobre desestatização, seja ela disciplinadora de um rito ordinário para a desestatização de estatais, seja ela disciplinadora da desestatização

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação direta de inconstitucionalidade nº 6241/DF. Leis federais nºs 9.491/1997 e 13.334/2016. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista. Constitucionalidade da autorização legal genérica para a desestatização de empresas estatais Autor: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Interessado: Presidente da República e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2021.

¹¹⁸ A esse respeito, ver o brocardo mencionado por MAXIMILIANO (2017, p. 237): “*313-M – Unumquodque dissolvitur e o modo quod fuerit colligatum* (cada coisa dissolve-se do mesmo modo pelo qual tenha sido concertada; ou por outras palavras – tudo se dissolve do mesmo modo pelo qual se constituíra). O que foi estabelecido mediante sentença (interdição, por exemplo), só por meio de nova sentença pode ser eliminado. Mutatis mutandis, o mesmo se diga do que adveio de escritura pública ou testamento.”

de uma (ou mais) empresas estatais específicas.¹¹⁹ No âmbito federal, a Lei nº 9.491/1997 disciplina o processo de desestatização ordinário de empresas estatais, destacando-se a competência do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI)¹²⁰ para recomendar ao Presidente da República a inclusão de empresa no PND e as competências operacionais do gestor do fundo nacional de desestatização para contratar serviços necessários à execução da desestatização e coordená-los.

Objetivamente, portanto, adotando o modelo federal como paradigma, a desestatização de empresa estatal demanda, como regra, a sua inclusão no PND pelo Presidente da República¹²¹, e, após, a adoção das medidas administrativas e operacionais para a consumação da desestatização na modalidade aprovada, observando todas as disposições e etapas descritas na Lei nº 9.491/1997.

2.2. Apresentação dos processos de criação das estatais federais e a metodologia adotada

No presente tópico, buscar-se-á consolidar dados e elementos relativos à criação das empresas estatais federais que estão em atividade, com a finalidade de organizar e sistematizar a data de constituição, o ramo de atuação, a dependência ou não de recursos do tesouro e as razões para a criação de cada uma delas. Com isso, pretende-se ter um diagnóstico não só do cenário atual em termos de estatais controladas diretamente pela União, mas, sobretudo, fixar o ponto de partida para a reflexão sobre a atualidade ou subsistência dos motivos que outrora serviram de fundamento para o Estado atuar diretamente na atividade econômica.

¹¹⁹ A Lei nº 9.472/1997, que disciplina a desestatização de empresas federais de telecomunicações, é um exemplo de lei específica que trata de desestatização de determinadas empresas de um setor da economia.

¹²⁰ No exercício das funções atribuídas ao CND pela Lei nº 9.491/1997, na forma do art. 7º, V, “c”, da Lei nº 13.334/2016.

¹²¹ Sem pretender desvirtuar o objetivo desse tópico, reputo que a inclusão de empresa no PND pelo Presidente da República independe de recomendação prévia do CPPI nesse sentido. E defendo essa posição por 2 razões. A primeira em razão de ser competência privativa do chefe do Poder Executivo organizar a Administração Pública, de maneira que a decisão por iniciar a desestatização de determinada empresa estatal, símbolo da descentralização administrativa, pertence exclusivamente ao titular dessa competência. A segunda pelo próprio teor da Lei nº 9.491/1997, a qual confere atribuição recomendativa ao CND e decisória ao Presidente da República sem qualquer vinculação ao exercício dessa última ao conteúdo da primeira. Nesse sentido, inclusive, ainda que a recomendação seja pela não inclusão de determinada empresa no PND, o Presidente da República pode decidir de maneira diversa, sob sua conta e risco.

O escopo da pesquisa foi limitado pelo autor às estatais federais de controle direto da União, as quais compreendem, na data base de 31 de dezembro de 2021, um total de 46 (quarenta e seis) empresas.¹²² A limitação de escopo ao âmbito federal se deu pela maior representatividade de empresas estatais controladas pela União em comparação com os demais entes da Federação¹²³, oferecendo, assim, uma gama mais extensa de dados a serem analisados.

O método primário de levantamento das informações relativas ao processo de constituição de cada uma das 46 empresas estatais de controle direto da União foi a submissão de pedidos de acesso à informação, com amparo na Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação – LAI), dirigidos a cada um dos respectivos Ministérios aos quais as estatais estão vinculadas. De maneira objetiva, os pedidos veiculados solicitavam a disponibilização de toda a documentação técnica que serviu de base e justificativa para a iniciativa de criação de cada estatal, compreendo, portanto, notas, pareceres e quaisquer outros documentos elaborados pela União para essa finalidade. O direcionamento aos Ministérios temáticos decorre da simples razão de ser deles provenientes, dentro da estrutura governamental, a iniciativa para a criação de determinada estatal, como órgãos integrantes da União.

Para fins de melhor organizar os pedidos amparados na LAI, foram abertos pedidos independentes para os distintos Ministérios aos quais as estatais estão vinculadas, condensando, entretanto, em um mesmo pedido dirigido a um Ministério, os dados e informações de todas as empresas vinculadas a cada um deles. Dessa maneira, foram dirigidos pedidos aos Ministério do Desenvolvimento Regional, Ministério da Defesa¹²⁴, Ministério da Educação, Ministério das Comunicações, Ministério da Economia, Ministério da Infraestrutura, Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações, Ministério de Minas e Energia, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e Ministério da

¹²² Dados extraídos do Boletim das Empresas Estatais Federais, elaborado pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletins/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/boletim-das-empresas-estatais-federais-19a-edicao>>. Acesso em: 29 de abril de 2022.

¹²³ Nesse sentido, cite-se dado extraído do Tesouro Nacional, considerando o ano de 2019 como data base: “Dessa forma, o Distrito Federal lidera o ranking com um total de 21 empresas, seguido por São Paulo com um quantitativo de 20 e, em terceiro lugar, Minas Gerais com 18.”. Disponível em: <<https://empresas-estados.tesouro.gov.br/v2020/>>. Acesso em: 30 de abril de 2022.

¹²⁴ O pedido dirigido ao Ministério da Defesa foi desdobrado em 2 novos pedidos em razão da resposta recebida: um para o Comando da Marinha e outro à IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil.

Saúde. Os pedidos submetidos encontram-se resumidamente descritos no quadro II abaixo:

Quadro II – Pedidos formulados com amparo na LAI:

Número do pedido ¹²⁵	Órgão Destinatário	Cadastro	Data da resposta final
25072.026650/2021-03	MS – Ministério da Saúde	27/09/2021	22/11/2021
48003.006014/2021-76	MME – Ministério de Minas e Energia	27/09/2021	27/10/2021
21210.012783/2021-10	MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	27/09/2021	04/11/2021
01217.004380/2022-01	MCTI – Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações	01/05/2022	05/05/2022
50001.055353/2021-48	MINFRA - Ministério da Infraestrutura	27/09/2021	21/10/2021
03005.197778/2021-11	ME - Ministério da Economia	27/09/2021	06/12/2021
53125.001378/2021-13	MCOM - Ministério das Comunicações	27/09/2021	11/01/2022
23546.064814/2021-43	MEC – Ministério da Educação	27/09/2021	16/12/2021
59016.001881/2021-92	MDR - Ministério do Desenvolvimento Regional	27/09/2021	15/10/2021
60110.003684/2021-19 ¹²⁶ e 60110.001376/2022-30	MD – Ministério da Defesa	27/09/2021 e 17/05/2022	01/10/2021 e 31/05/2022
60143.005245/2021-63	IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil	13/10/2021	06/12/2021
60000.001638/2021-22	CMAR – Comando da Marinha	13/10/2021	03/11/2021

Em ordem, e de maneira resumida, o resultado pode ser assim sintetizado no quadro abaixo:

Quadro III – Respostas recebidas dos pedidos submetidos com amparo na LAI

Órgão Destinatário	Resposta
MS – Ministério da Saúde	Documentação não disponibilizada ao argumento de que não foi localizada no Ministério. Remissão pelo

¹²⁵ Para acesso à íntegra de cada um dos pedidos, basta incluir o número do pedido no website: <<http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/SitePages/Principal.aspx>>. Acesso em: 1 de maio de 2022.

¹²⁶ Pedido que não englobou a empresa NAV Brasil – Serviços de Navegação Aérea S.A., tendo gerado, entretanto, os 2 desdobramentos ao Comando da Marinha e outro à IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil.

	Ministério à exposição de motivos do projeto de lei de autorização de criação das estatais.
MME – Ministério de Minas e Energia	Ministério diz não deter as informações nesse nível de detalhe. Disponibilização de <i>link</i> com documentação do projeto de lei de criação da Eletrobras e da Petrobras.
MAPA - Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	Documentação não disponibilizada. Em relação à EMBRAPA, houve disponibilização de página do sítio eletrônico da companhia contendo informações históricas da empresa.
MCTI – Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações	Documentação não disponibilizada ao argumento de que o responsável é a FINEP, a qual, por sua vez, diz não deter a documentação produzida no âmbito do Poder Executivo.
MINFRA - Ministério da Infraestrutura	Documentação não disponibilizada ao argumento de que não foi localizada nos arquivos do Ministério. Remissão pelo órgão destinatário ao <i>website</i> das estatais para consulta.
ME - Ministério da Economia	A Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério da Economia afirma que as estatais foram fundadas há muitos anos e que, por isso, não dispõe das informações solicitadas.
MCOM - Ministério das Comunicações	Documentação da Telebras e dos Correios disponibilizada. Após recusa das informações da EBC ao argumento de que seriam sigilosas por conta da inclusão da empresa no PND, o recurso do autor foi provido e disponibilizada documentação.
MEC – Ministério da Educação	Documentação não disponibilizada ao argumento de que as informações solicitadas não se inserem na competência da estrutura do Ministério.
MDR - Ministério do Desenvolvimento Regional	Documentação não disponibilizada ao argumento de que o Ministério não dispõe das informações solicitadas.
MD – Ministério da Defesa	Documentação da Amazul e da NAV Brasil disponibilizadas.
IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil	Documentação não disponibilizada. A IMBEL faz referência à lei de criação, ao estatuto social e ao regimento interno da empresa.
CMAR – Comando da Marinha	Documentação não disponibilizada ao argumento de que não foi localizada no Comando da Marinha. Remissão pelo órgão destinatário ao <i>website</i> das estatais para consulta.

Fonte: elaboração própria com base nas informações recebidas.

Diante da insuficiência das respostas recebidas, sobre a qual o autor tecerá considerações no tópico seguinte, buscou-se obter as informações almejadas fora do Poder Executivo, embora seja nele que a decisão por descentralizar determinada atividade administrativa tenha tido origem e produziu seus principais efeitos, isso é, apesar de ser nele que as informações requeridas foram idealizadas, debatidas e formalizadas, resultando na proposta de criação da respectiva estatal.

Nesse sentido, como mecanismo alternativo de obtenção das informações requeridas, consultou-se a página do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados para buscar o acervo documental relativo ao trâmite dos projetos de leis de autorização de criação das estatais e dos projetos de lei de conversão (no caso de a iniciativa ter sido por medida provisória).¹²⁷

Os documentos mais relevantes para a finalidade de averiguar como os pressupostos constitucionais para o Estado atuar como empresário foram densificados, obtidos nessa busca, foram as exposições de motivos que instruíram as propostas de criação de cada uma das estatais de controle direto da União. Objetivamente, a exposição de motivos, nessas hipóteses, delimita, dentre outras questões, as razões elencadas pelo chefe do Poder Executivo para justificar a iniciativa legislativa de criação de determinada estatal, passando, ora ostensivamente, ora timidamente, por esse ponto.¹²⁸

Dessa maneira, a sistematização de dados acerca das justificativas veiculadas para a criação das 46 empresas estatais de controle direto da União está baseada, sobretudo, na exposição de motivos das propostas legislativas da respectiva criação, cuja análise pode ser feita no Apêndice.¹²⁹

¹²⁷ Consulta disponível em: <<https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>>. Acesso em: 1 de maio de 2022.

¹²⁸ No sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, a exposição de motivos é conceituada da seguinte forma: “É um texto que acompanha os projetos de lei e outras proposições de autoria do Poder Executivo com a mesma função de uma justificativa: explicar a proposta e/ou expor as razões de se editar a norma. Em geral, encontra-se no corpo da Mensagem (MSC) encaminhada pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo e é identificada pela sigla EM”. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/transparencia/acesso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##6>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

¹²⁹ O Apêndice pode ser visualizado no seguinte link: [Apêndice - sistematização das estatais federais.xlsx](#)

2.3. O diagnóstico da gestão do Estado empresário

A exposição das justificativas lançadas para a criação de cada uma das estatais de controle direto da União em atividade evidencia os dados elementares para qualquer avaliação séria que se pretenda fazer sobre a compatibilidade da estatal com os termos previstos na Constituição.

A utilidade dessa sistematização de dados pode ser compreendida sob 2 (dois) aspectos: um relacionado à análise pura e simples do modo como o Poder Executivo apontou a presença do pressuposto constitucional vigente, na ocasião, para justificar a atuação do Estado como empresário. Mais precisamente, essa análise se refere ao grau de densidade levada a efeito na demonstração do preenchimento do requisito constitucional no caso concreto. O segundo aspecto se relaciona à possibilidade de se contrastar o estado atual da arte – as estatais federais hoje em atividade -, *vis a vis* o filtro constitucional vigente, isso é, os atuais requisitos constitucionais, com a finalidade de avaliar a conformidade delas e de seus escopos de atuação com a CRFB/88.

Analisando o material a que se teve acesso, descrito no tópico anterior e discriminado, para cada empresa, no Apêndice, verifica-se que, como regra, não se faz referência explícita ao pressuposto constitucional que dá amparo à criação da estatal, seja ele o imperativo de segurança nacional, seja ele o relevante interesse coletivo, no caso das estatais constituídas na vigência da CRFB/88, ou, para aquelas constituídas antes da CRFB/88, os respectivos requisitos autorizativos.

A título de exemplo, cite-se o caso da Empresa Gestora de Ativos – EMGEA, estatal constituída em 2001, cujo objetivo declarado no processo de tomada de decisão pela criação da empresa foi permitir o enquadramento da Caixa Econômica Federal, outra estatal, nos parâmetros exigidos para o mercado financeiro pelo Conselho Monetário Nacional.¹³⁰

¹³⁰ Transcreva-se, nesse sentido, trecho da Exposição de Motivos nº 108/2001 do Ministro de Estado da Fazenda: "Para enquadrar o capital da CEF nos parâmetros exigidos para o mercado financeiro pelo Conselho Monetário Nacional, proponho: autorizar a criação da Empresa Gestora de Ativos - EMGEA, empresa pública federal, de natureza não financeira, vinculada ao Ministério da Fazenda, que terá por objetivo adquirir bens e direitos da União e das demais entidades integrantes da administração pública federal, incluídos nesse conjunto, num primeiro momento, direitos e obrigações da CEF".

Sem adentrar no mérito e na pertinência do interesse coletivo da medida à época e atualmente, à luz dos pressupostos constitucionais estabelecidos na CRFB/88, verifica-se que não há uma linha sequer destinada a densificar o relevante interesse coletivo que justificaria a decisão de criar essa estatal. A propósito, aproveitando o exemplo citado, a referida estatal segue, mais de 20 (vinte) anos depois, em plena atividade, sem que seja possível apontar, com um mínimo de segurança, qual seria o relevante interesse coletivo que ela segue atendendo e em que medida ele é materializado. Acredita-se que essa obscuridade não existiria se houvesse um rigor maior no processo de criação da estatal, em especial na elucidação do pressuposto constitucional, e se o Estado fosse obrigado a, permanentemente, dar publicidade ao direcionamento desejado em relação a cada estatal.

A falta de transparência sobre o fundamento constitucional que dá lastro à criação da estatal representa vício que submete a lei relativa à sua criação a risco de impugnação sobre a constitucionalidade da medida. Com isso, não se quer dizer que a lei será necessariamente declarada inconstitucional, nem que os efeitos de eventual decisão nesse sentido importarão, necessariamente, a dissolução imediata da estatal, mas sim que a ausência de referência expressa ao substrato constitucional que legitima a criação da estatal pode servir de justificativa para pretensão voltada a imputar-lhe inconstitucionalidade.¹³¹

A pesquisa realizada mostra uma aparente tentativa de contornar a falta de clareza no apontamento do fundamento constitucional que dá amparo à criação com a descrição dos objetivos a serem perseguidos pela empresa, essa sim uma informação facilmente verificável em absolutamente todos os processos de constituição de uma estatal.¹³²

¹³¹ Em pesquisa realizada no âmbito do STF, não foram encontrados processos questionando a constitucionalidade de lei(s) autorizativas de criação de estatais sob essa perspectiva. Dentre os termos utilizados para se chegar a essa conclusão, cite-se, por exemplo, o uso da expressão “lei e criação e estatal e fundamento e inconstitucionalidade” no campo de busca por jurisprudência na página do sítio eletrônico do STF no dia 10 de julho de 2022, cujo resultado foi a obtenção de 52 julgados, porém nenhum deles, como dito, se referindo propriamente ao escopo da pesquisa.

¹³² A título de exemplo, destaque-se trecho da Exposição de Motivos nº 187/1972 do Ministério da Agricultura e do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral referente à iniciativa para a criação da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA: “14. A presente Exposição tem em vista especialmente a instituição de uma Empresa Pública, denominada Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, mediante Lei na forma da legislação vigente, cujo anteprojeto submetemos à apreciação de Vossa Excelência. Esta Empresa se constituirá em instrumento operativo indispensável ao funcionamento do sistema na promoção, programação e execução das atividades de pesquisa agropecuária do País, devendo ser vinculada ao Ministério da Agricultura, em articulação com o atual Departamento Nacional de Pesquisa

O padrão identificado, consistente na não indicação explícita do pressuposto constitucional que justificou a criação da estatal, mas sim dos objetivos a serem por ela perseguidos, revela uma deficiência no processo de constituição de empresas estatais, dado que uma informação não substitui a outra, sendo ambas fundamentais para assegurar a transparência e o controle de todo o processo de criação da empresa durante e após a sua conclusão.

Dentre os impactos decorrentes desse padrão, o principal é a falta de densificação do pressuposto constitucional que fundamentou a intervenção do Estado na economia por meio da criação da estatal, dificultando a compreensão não só de qual pressuposto foi utilizado, mas, sobretudo, a delimitação do seu conceito e em que medida ele é preenchido no caso concreto.

Considerando que uma das marcas características dos textos constitucionais sobre a atuação do Estado na economia é a presença de conceitos jurídicos indeterminados como gatilhos aptos a justificar a intervenção, a omissão no seu preenchimento no caso concreto ou a adoção de técnicas alternativas, como a ênfase nas atividades que a empresa irá desenvolver, sem a correspondente indicação explícita do fundamento em que se ampara, representam vícios aptos a configurar a inconstitucionalidade do ato normativo, na medida em que não dá transparência plena ao requisito constitucional que serviu de fundamento para a atuação empresarial do Estado e, dessa maneira, lança dúvidas sobre a conformidade com algum dispositivo constitucional que lhe dê validade jurídica.

Essa falta de transparência não pode ser encarada como uma salvaguarda para afastar o Estado da incumbência de avaliar se permanecem presentes os pressupostos constitucionais que justificaram a sua imersão no campo econômico, ainda que não seja possível identificar no processo de criação da estatal o fundamento que a respalda. Se houve falha no processo de criação, consistente na obscuridade na indicação do

Agropecuária, órgão que, no momento, não dispõe das condições indispensáveis para assumir os encargos necessários à modernização da agricultura brasileira.” Disponível no dossiê do projeto de lei nº 1.004/1972, cuja consulta pode ser feita em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0c1jny2bm4vuo1fyhzi bm80yyq5508769.node0?codteor=1189894&filename=Dossie+-PL+1004/1972>. Acesso em: 10 de julho de 2022.

fundamento, disso não pode resultar falhas subsequentes. Interpretação em sentido diverso criaria o indesejado estímulo de simplesmente não se apontar ou dar densidade no caso concreto ao fundamento constitucional que serve de amparo à criação da estatal para, em momento posterior, esse vício ser utilizado como escudo para evitar ou mesmo dificultar a avaliação sobre a persistência do motivo pelo qual o Estado decidiu atuar como empresário.¹³³

Paralelamente, sob a ótica do segundo aspecto aludido anteriormente, a sistematização das informações a respeito das estatais federais em atividade é o ponto de partida para a verificação da conformidade de cada uma delas com o texto constitucional vigente.

Nessa perspectiva, pontue-se que a CRFB/88 é o atual fundamento de validade de toda a legislação infraconstitucional, compreendendo, portanto, as leis que dispõem sobre a criação de cada uma das estatais existentes, mesmo se promulgadas anteriormente ao texto constitucional vigente. Ou seja, ainda que criadas anteriormente ao texto constitucional hoje vigente (como é o caso da maioria das estatais federais em atividade), o veículo normativo utilizado para a sua criação está permanentemente sujeito à análise de conformidade com novos textos constitucionais. E isso se dá justamente em razão da posição assumida pela Constituição no ordenamento jurídico e, notadamente, o seu espectro de fundamento de validade de toda a legislação infraconstitucional.

A partir desse pressuposto, a conclusão a que se chega é que leis anteriores à CRFB/88, que dispõem sobre a criação de estatais, ou são consideradas recepcionadas pelo novo texto constitucional ou são tidas como revogadas ante a incompatibilidade com o novo fundamento de validade do ordenamento jurídico.¹³⁴ Por sua vez, as leis

¹³³ Poder-se-ia questionar se a obscuridade no processo de criação da estatal atrairia um rigor maior nas posteriores avaliações sobre o atendimento ou não dos pressupostos para o Estado persistir atuando como empresário. Entendo que, embora a obscuridade represente um vício que pode culminar com a declaração de inconstitucionalidade da medida legal, não deve ela importar em um tratamento diferenciado no que se refere à avaliação de conformidade da atuação do Estado como empresário em momento posterior, dado que todas as participações empresariais estatais devem se sujeitar, de igual maneira, a esse rito. O que pode existir é uma dificuldade prática maior para quem for executar essa avaliação quando o ponto de partida for obscuro.

¹³⁴ Essa é a posição do STF a respeito do fenômeno da revogação da legislação infraconstitucional não compatível com novo texto constitucional. A esse respeito, veja a ementa do seguinte julgado: “CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou

autorizativas de criação de estatais promulgadas após a CRFB/88 estão sujeitas à análise de inconstitucionalidade propriamente dita, dado que promulgadas sob a vigência do atual ordenamento constitucional.¹³⁵

A sistematização apresentada no Apêndice mostra que o número de estatais federais em atividade é, na sua maioria, composto por empresas constituídas antes da promulgação da CRFB/88. Quer isso significar que as leis que dispõem sobre a sua criação estão sujeitas à análise de conformidade com o texto constitucional vigente, porém, sob a ótica de sua recepção ou não.

A recepção dessa legislação depende da sua compatibilidade com as disposições constitucionais da CRFB/88, em especial o artigo 173, que veicula os requisitos autorizativos para o Estado atuar como empresário.¹³⁶ Existindo compatibilidade, os atos

não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desprezita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.” Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 2. Relator: Min. Paulo Brossard. Julgamento em 06 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266151>>. Acesso em: 17 de julho de 2022. Destaque-se, entretanto, que há quem se refira a esse fenômeno como inconstitucionalidade superveniente. É o caso do Ministro Sepúlveda Pertence em voto proferido nos seguintes termos: “Por isso, o que parece mais importante frisar é que qualificar de revogação o fenômeno questionado não é posição excludente, segundo penso, de que a relação de antinomia entre a lei anterior e a Constituição superveniente seja primariamente uma relação de inconstitucionalidade. Se se quer chamar a hipótese de revogação, tudo bem. Não será, contudo, caso de simples revogação, supostamente idêntica àquela que resultaria da incompatibilidade entre normas de gradação ordinária, na constância de um mesmo ordenamento constitucional. Será, então, sim, revogação qualificada, porque derivada da inconstitucionalidade superveniente de lei anterior à Constituição.”. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 438. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 07 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266354>>. Acesso em: 17 de julho de 2022.

¹³⁵ É esclarecedora a lição de LAURENTIIS (2017, p. 206) sobre as distintas noções de inconstitucionalidade e revogação tendo o fato temporal de sanção do ato normativo como norte: “há incompatibilidade entre as noções de inconstitucionalidade e revogação: enquanto a ideia de revogação pressupõe a sucessão de leis no tempo, a inconstitucionalidade, sanção que é, pressupõe e só pode ocorrer quando há a concomitância temporal da existência das leis e atos normativos sancionados e dos parâmetros constitucionais.”

¹³⁶ Esse é o principal dispositivo constitucional utilizado para fins de análise de conformidade material da legislação pré-CRFB/88 no que se refere à temática das empresas estatais, embora o filtro não se limite a esse dispositivo, estendendo-se para todo o texto constitucional.

normativos reputam-se recepcionados, ao passo que, não existindo, consideram-se revogados.¹³⁷

Vale refletir, nesse contexto, que as estatais constituídas pré-CRFB/88 devem estar fundamentadas em alguma das hipóteses autorizativas da atuação do Estado como empresário previstas na CRFB/88, ou em relevante interesse coletivo ou em imperativo de segurança nacional, na forma do que dispõe o artigo 173. Se o fundamento para a constituição foi outro, que não um desses, estar-se-á diante de uma hipótese de revogação do ato normativo que disciplinou a criação da estatal. Sob perspectiva prática, a eventual

¹³⁷ O STF já teve a oportunidade de admitir ADPF para solver controvérsia a respeito da recepção ou não de lei anterior à Constituição. Nesse sentido, cite-se a ementa: “EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de amicus curiae mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4o, §1o, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal).” Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF nº 33. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 07 de dezembro de 2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>>. Acesso em: 17 de julho de 2022.

revogação de lei que criou determinada empresa estatal importaria na perda do fundamento que valida a presença estatal na empresa e, por consequência, na necessidade de o Estado se retirar da referida atividade empresária.¹³⁸

No âmbito federal, não há, até dezembro de 2021, a declaração expressa, seja do Poder Executivo, seja do Poder Judiciário, no sentido de que lei criadora de determinada estatal federal antes da CRFB/88 tenha sido por ela revogada.¹³⁹ Esse é um dado que, por si só, pode gerar alguns questionamentos, sobretudo se considerarmos que as Constituições anteriores não previam pressupostos textualmente idênticos ao da CRFB/88.

Conforme analisado no primeiro capítulo desse trabalho, com exceção da Constituição de 1967 e a de 1967/69, as redações dadas aos dispositivos que disciplinavam as hipóteses em que o Estado pode atuar como empresário não têm um denominador em comum sob a ótica textual. Significa dizer que diversas empresas estatais federais hoje em atividade tiveram o fundamento de validade formalmente modificado quando da superveniência de uma nova ordem constitucional ou, em alguns casos, novas ordens constitucionais para aquelas cuja criação se deu antes das 2 (duas) últimas, ou mais, Constituições.

A modificação do fundamento de validade não importa, automaticamente, como visto, na revogação da legislação infraconstitucional pretérita, dado que o texto anterior pode se adequar ao novo marco constitucional, ainda que esse venha a veicular nova redação sobre a matéria. A mudança do texto normativo traz, sim, novos contornos para a matéria, porém, não necessariamente afasta de sua amplitude situações ou hipóteses que antes estavam abarcadas sob o manto de outro texto.

¹³⁸ A forma como essa retirada se operaria, se de imediato ou observando determinadas etapas, não tem resposta universal, cabendo ao gestor público sopesar as circunstâncias que permeiam o caso no processo de tomada de decisão a respeito do tema. Nesses casos, o resultado final é a retirada do Estado da empresa, podendo variar apenas a forma como esse processo ocorrerá.

¹³⁹ Conclusão extraída a partir da análise dos relatórios das empresas estatais federais organizados pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorios-das-empresas-estatais-federais>>. Acesso em: 23 de julho de 2022.

Se determinada estatal foi constituída na vigência da Constituição de 1946, sob a justificativa de determinado interesse público, não é porque a CRFB/88 não estabelece literalmente o interesse público como um dos pressupostos para o Estado atuar como empresário que a lei que a criou deve ser tida como revogada. A essa conclusão não se chega, e nem se deve chegar, obrigatoriamente. É preciso verificar, em cada caso, se o fundamento utilizado para a criação da estatal se conforma com as novas disposições constitucionais. Aproveitando-se, ainda, da hipótese relatada, deve ser procedida a análise se o interesse público apontado reflete alguma das situações previstas expressamente na CRFB/88 em que o Estado pode atuar como empresário, ou seja, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

Se houver compatibilidade com alguma dessas hipóteses, entender-se-á que a lei que a criou foi recepcionada pela CRFB/88.¹⁴⁰ A análise da recepção da legislação pretérita ao texto constitucional vigente não deve ser promovida uma só vez, mas sim permanentemente enquanto aquela estiver em vigor, uma vez que às disposições constitucionais podem ser dadas novo significado, mesmo com a manutenção gramatical do texto. Apenas para estressar o exemplo dado anteriormente, a referida estatal constituída a pretexto de determinado interesse público na vigência do texto da Constituição de 1946 pode, por eventualidade, ter sido considerada recepcionada pela CRFB/88 ao tempo de sua promulgação, sob o argumento de que aquele interesse público representava, igualmente, um relevante interesse coletivo na ocasião, mas, passados alguns anos ou décadas, ainda sob a vigência da CRFB/88, pode-se vir a entender que aquele motivo para o Estado atuar como empresário não mais representa um relevante interesse coletivo da sociedade, tendo perdido grau de importância ou mesmo se esvaziado por completo.

Portanto, o resultado de uma avaliação dessa espécie, no sentido de que a estatal preenche os requisitos constitucionais, não a assegura mesmo prognóstico nas avaliações futuras, ainda que se trate de hipótese em que o texto normativo paradigma se mantenha

¹⁴⁰ Registre-se que, nesse caso, a lei que constituiu ou autorizou a criação dessa estatal deve passar, previamente, pelo mesmo teste de recepção em relação às Constituições a ela subsequentes, de forma que só faz sentido se pensar em recepção ou não pela CRFB/88 se a lei ter sido recepcionada pelas Constituições anteriores. Do contrário, caso não tenha sido recepcionada pelas Constituições anteriores, sequer poderia ser cogitada a sua conformidade com a atual Constituição, ante a sua anterior revogação. Sobre a análise de conformidade das leis pré-constitucionais, ver HERANI (2009, p. 107-120).

o mesmo. Isso porque, para além da mudança formal do fundamento de validade, mediante o surgimento de nova ordem constitucional, deve ser registrado que ele pode sofrer modificação sem um procedimento formal propriamente dito. É o caso em que ocorra uma mudança de entendimento acerca da compreensão da disposição constitucional, a importar em uma mutação constitucional.¹⁴¹ Essa espécie pode ser exemplificada com a hipótese de uma estatal constituída na vigência da CRFB/88, sob o argumento da presença de relevante interesse coletivo, demonstrado na espécie, que, após, não mais venha a refletir algo relevante coletivamente.

Com efeito, os contornos dados na criação da estatal não criam uma presunção de que o pressuposto constitucional utilizado para justificar o movimento empresarial estatal permanecerá existindo no caso concreto indefinidamente, uma vez que a Constituição é um texto vivo e que deve dialogar com as mudanças experimentadas pela sociedade. Isso não quer dizer que, necessariamente, haverá mudança na compreensão do significado do fundamento constitucional utilizado; significa que isso pode vir a acontecer por uma releitura das disposições constitucionais, à luz da plasticidade da própria sociedade e da Constituição.

Por essa razão, independentemente da constatação, caso a caso, da permanência ou não da conformação constitucional da estatal em um dado momento, o mais importante é ter um sistema de governança que permita promover a avaliação periódica das participações empresariais de titularidade do Estado à luz do filtro constitucional vigente. A ausência de mecanismos com essa finalidade cria as circunstâncias ideais para que o Estado simplesmente siga, acriticamente, o fluxo até então delineado na gestão da matéria. Esse fenômeno, chamado de dependência da trajetória, objeto do próximo tópico desta tese, reforça o motivo pelo qual a implantação de uma governança para melhor estruturar a gestão do Estado empresário é essencial para, dentre outros objetivos, garantir segurança jurídica quanto à juridicidade da atuação estatal no campo econômico.

Nessa perspectiva, ter governança sobre o Estado empresário não é capricho e tampouco significa a assunção de algum viés político-ideológico, representando, ao contrário, o estrito cumprimento da Constituição. Não encarada como um texto imutável,

¹⁴¹ Sobre mutação constitucional, ver a abordagem de CRUZ (2016, p. 151-158).

sobre o qual só caiba uma única e estanque interpretação, mas como um texto vivo e em constante evolução, suscetível, portanto, a releituras e reformas textuais. Se até a Constituição está sujeita à novas perspectivas, as quais podem impactar no seu significado, com muito mais razão deve a atuação do Estado empresário – calcada em um pressuposto constitucional de conceito indeterminado (por exemplo, relevante interesse coletivo – estar sujeita a periódica e permanente (re)avaliação.

2.4. A dependência da trajetória e o Estado empresário

O fenômeno da dependência da trajetória (“*path dependence*”) representa, com rigor, o estado em que a gestão do Estado empresário se encontra, em especial pela ausência de mecanismos legais ou incorporados à rotina administrativa voltados para (re)avaliar, de maneira permanente e mediante um processo estruturado, as posições assumidas pelo Estado na ordem econômica. PIERSON (2000, p. 252, tradução nossa) define a dependência da trajetória da seguinte maneira:

Os analistas estão cada vez mais inclinados a invocar o conceito de dependência da trajetória, mas definições claras são raras. Na prática, o uso tende a flutuar entre uma concepção mais ampla e uma mais restrita. Na versão mais ampla, a dependência da trajetória refere-se à relevância causal dos estágios anteriores em uma sequência temporal. [...] Uma definição alternativa e mais restrita foi sugerida por Margaret Levi (1997, p. 28): ‘dependência de trajetória significa, se é para significar alguma coisa, que uma vez que um país ou região tenha iniciado um caminho, os custos de reversão são muito altos. Haverá outros pontos de escolha, mas os obstáculos de certos arranjos institucionais obstruem uma reversão fácil da escolha inicial’. Essa concepção de dependência da trajetória, na qual os passos anteriores em uma direção particular induzem um movimento subsequente na mesma direção, é bem captada pela ideia de retornos crescentes.¹⁴²

¹⁴² Texto original: “*Analysts are increasingly inclined to invoke the concept of path dependence, but clear definitions are rare. In practice, usage tends to fluctuate between a broader and narrower conception. In the broader version, path dependence refers to the causal relevance of preceding stages in a temporal sequence. [...] An alternative, narrower definition has been suggested by Margaret Levi (1997, 28): Path dependence has to mean, if it is to mean anything, that once a country or region has started down a track, the costs of reversal are very high. There will be other choice points, but the entrenchments of certain institutional arrangements obstruct an easy reversal of the initial choice. [...] This conception of path dependence, in which preceding steps in a particular direction induce further movement in the same direction, is well captured by the idea of increasing returns.*”

As lições sobre o conceito de dependência da trajetória ilustram como decisões políticas tomadas em determinado momento podem dar início a um curso de ação que tende a caminhar na mesma direção, tornando, com o passar do tempo, extremamente difícil uma mudança de trajetória. Essa tendência de continuidade do caminho inicialmente trilhado pode provocar inúmeras externalidades, sobretudo negativas, consistentes na produção de situações de juridicidade questionável, resultados ineficientes e desalinhados com as reais prioridades da sociedade.

Nos processos de tomada de decisão relativos à exploração de atividade econômica pelo Estado, a dependência da trajetória liga um alerta para os prejuízos que a carência de um modelo de governança pública, cujo escopo seja estruturar os processos decisórios acerca da atuação do Estado como empresário, pode acarretar, tanto se considerado o momento de decidir pelo início da exploração de determinada atividade quanto no de se afastar dela ou mesmo de modificar a modelagem vigente de intervenção por uma alternativa.

É interessante destacar que, diante do conceito da dependência da trajetória, nem mesmo a alternância de governadores, com visões distintas sobre as prioridades da população e com diferentes planos de governo, é suficiente para assegurar a superação, por completo, das ações e programas já estabelecidos, os quais, pela teoria da dependência da trajetória, têm enorme capacidade de influenciar os passos subsequentes em torno do tema.

Se voltarmos a analisar os pressupostos constitucionais previstos no art. 173 da CRFB/88 à luz do conceito de dependência da trajetória, pode-se afirmar que o processo de tomada de decisão, em determinado momento específico, acerca da presença ou ausência dos referidos pressupostos, pode limitar a capacidade de o Estado olhar para a referida decisão no futuro e adaptar-se a um novo contexto econômico-político-social que venha a exigir uma mudança no percurso até então trilhado.

Os resultados apresentados na pesquisa sobre os processos de criação das estatais federais em atividade demonstram que a obscuridade na densificação do pressuposto constitucional é uma marca comum a esses processos. Talvez por isso, ou mesmo por outro motivo, a certeza é que o Estado não dispõe de ferramentas voltadas a, de maneira

institucionalizada, reavaliar as posições assumidas, submetendo-se, quando muito, a reavaliações pontuais e limitadas derivadas não de um rompimento maduro e estruturado dos efeitos da dependência da trajetória, mas sim de forças político-ideológicas.

Esse efeito paralisante que engessa possíveis e, eventualmente, desejáveis reversões de rumo joga uma luz para a necessidade de o Estado ter um modelo de governança que assegure a permanente avaliação do seu papel como empresário, buscando, com isso, romper as amarras que a dependência da trajetória tende a estabelecer, diminuindo as chances de resultados de juridicidade questionável, ineficientes e desalinhados com a sociedade serem produzidos por mera decorrência do automatismo da continuidade do estado das coisas.

Nesse ponto, há de ser destacado, ainda, um agravante para esse cenário, consubstanciado na tendência cultural de os gestores públicos serem avaliados apenas por linhas de ações e programas idealizados e iniciados sob a sua gestão. Entretanto, tão importante quanto a avaliação sobre esses movimentos inaugurais é que essa avaliação recaia igualmente sobre as demais ações e programas que estejam em curso, ainda que representem a continuidade de algo que já estivesse em curso e conduzido, até então, por outros gestores, dado que representam, em igual medida, objetos sob gestão do atual governante de turno.

Importando esse racional para a temática do Estado empresário, significa dizer que o gestor público que estiver no comando deve gerenciar e responder pela condução de todo o ativo empresarial do Estado, e não apenas por aqueles atos que foram praticados, em caráter inaugural, por ele, como, por exemplo, no caso de decisão pela constituição de uma nova empresa estatal em seu governo.¹⁴³ Tão relevante quanto é a gestão sobre os demais ativos que já eram titularizados pelo Estado, não existindo hierarquia, em termos de responsabilidade da gestão, entre os ativos empresariais que integram a carteira do Estado.

¹⁴³ Embora não seja o objeto deste trabalho, a fiscalização a cargo do Congresso Nacional prevista no art. 70 da CRFB/88, especialmente no que se refere à legitimidade e economicidade, é um ponto que, na esfera da gestão dos ativos empresariais do Estado, merece amadurecimento na academia, não existindo material relevante produzido para instigar os debates em torno do tema.

A limitação na capacidade de o Estado responder às mudanças que surjam após a tomada de determinada decisão pode comprometer, ainda, o alinhamento entre as reais prioridades da população e as ações implementadas pelo governante da vez.¹⁴⁴ A dependência da trajetória impõe, em menor ou maior grau, certo automatismo na gestão pública, potencializando a perpetuação de ações e programas em curso, os quais, por vezes, podem não mais espelhar um anseio real e/ou prioritário da sociedade em um momento posterior. A inação no que tange à reavaliação de uma específica atuação do Estado na economia acentua, por assim dizer, o risco de existirem situações que não guardem mais compatibilidade com a Constituição ou que não reflitam mais os interesses da sociedade, porém que continuam a existir, com as suas externalidades (positivas ou negativas), puramente em razão da dependência da trajetória, e não mais como algo que reflita um interesse da sociedade.

Eis, assim, o estado em que a gestão do Estado empresário se situa.

¹⁴⁴ Isso tudo em um contexto em que é crescente o número de medidas voltadas a conferir legitimidade para as ações governamentais, sobretudo com o uso de ferramentas como as consultas e audiências públicas. Sobre o tema, destaque-se os comentários de SOUZA (2017, p. 47): “De outro ângulo, a ideia de que a administração deve estar a serviço de metas ou objetivos legítimos, isto é, consentâneos com as prioridades e aspirações dos interessados, tem também sido encarecida pelas normas. Não apenas pela Constituição, que exige um controle da legitimidade da gestão pública (arts. 70, caput e 31, §3º), mas, sobretudo, por aquelas normas que, ao preverem a edição de planos pela administração, demandam participação popular – via consultas e audiências públicas – na sua elaboração, sob pena de invalidade (isto é, de o plano que não resulte de diálogo com a sociedade não ter validade jurídica). É o caso dos planos de saneamento básico, assim como do plano geral de metas para a universalização de serviços de telecomunicações prestado sem regime público. Somente o plano administrativo dotado de ampla legitimidade, alcançada com a participação de interessados na sua formulação, tem, à luz dessas normas, validade jurídica.”.

3. O ARRANJO INSTITUCIONAL E AS BASES DA GOVERNANÇA PÚBLICA DO ESTADO EMPRESÁRIO

3.1. A governança pública do Estado empresário e a Lei das Estatais

A promulgação da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) representa um marco legal relevante na regulamentação das mais variadas matérias relativas às empresas estatais. O escopo desse tópico é voltado a uma análise das disposições relativas à governança pública do Estado empresário, com a finalidade de avaliar os avanços promovidos especificamente no que se refere à governança sob a ótica do Estado acionista, para, em seguida, avaliar criticamente a suficiência desses para fins de modificar a forma como a gestão do Estado empresário é conduzida. Isso é, não se tem como objetivo direto avaliar as matérias relativas à estrutura de governança corporativa das empresas estatais em si, as quais, embora relevantes para o seu funcionamento, não estão inseridas na preocupação central desta tese.

Antes de avançar, porém, é importante conceituar o que se entende por governança pública. O TCU (2014, p. 33) define governança no setor público da seguinte maneira: “compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”. Essa definição foi incorporada, posteriormente, pelo Decreto nº 9.203/2017¹⁴⁵ e, para todos os fins, é esse o conceito de governança pública que se adota nesta tese.

Dessa maneira, ao se referir à governança pública do Estado empresário, o objeto de todos os mecanismos próprios da governança, voltados a avaliar, direcionar e monitorar, é o próprio. Isso é, as análises e proposições desta tese estão dirigidas única e exclusivamente para serem aplicados a ele, o Estado empresário.

A primeira disposição pertinente à governança pública do Estado empresário que a Lei das Estatais veicula é aquela que preceitua que a constituição de uma empresa estatal

¹⁴⁵ Art. 2º, I, do Decreto nº 9.203/2017: I - governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

depende de prévia autorização legal que indique, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, na forma do art. 173 da CRFB/88.¹⁴⁶

A pesquisa promovida neste trabalho, apresentada no capítulo 2, demonstrou que, no âmbito das empresas estatais federais, as respectivas leis de criação e a documentação atinente ao processo de tomada da decisão pela sua criação não abordam, de maneira clara e explícita, o pressuposto constitucional em que a constituição da empresa se apoia.

Sob essa perspectiva, a positivação da necessidade de que seja explicitado, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional presente no caso concreto busca contornar essa deficiência do processo de tomada da decisão pela constituição de uma estatal. Como visto anteriormente, a ausência de uma clara delimitação de como o pressuposto constitucional é densificado em um dado caso concreto dificulta qualquer espécie de controle que se busque fazer, no presente e no futuro, acerca da conformação constitucional da estatal, representando um dos principais objetos a serem enfrentados por um sistema de governança pública voltado a avaliar permanentemente a conformação do Estado empresário.

Esse retrato – a falta de clareza das leis autorizativas da criação de estatais – foi igualmente destacado no trabalho desenvolvido pela OCDE de revisão da governança corporativa das empresas estatais brasileira¹⁴⁷, derivando daí a recomendação de que o

¹⁴⁶ Art. 2º A exploração de atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. § 1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.

¹⁴⁷ *OCDE Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Brazil* (2020b, p. 87, tradução nossa): “As leis que permitiram a incorporação de estatais nacionais raramente são claras em relação aos objetivos de política pública que justificam sua existência. [...] Se a lei que permitiu a incorporação da EE não é suficientemente clara e uma mudança na lei é politicamente desafiadora, o Governo Federal deveria ser o único a dar maior clareza sobre quais são exatamente os objetivos de política pública a serem implementadas pelas EEs de sua propriedade. A orientação do Governo Federal às EEs em relação aos seus objetivos de política pública, conforme será melhor detalhado a seguir, deve ser escrita, pública e prospectiva, de modo a garantir a responsabilização de todas as partes envolvidas e orientar as expectativas do mercado privado participantes. Da mesma forma, a fim de preservar o sistema estabelecido pela Constituição e pela Lei das S.A, a orientação do Governo Federal deve ficar no âmbito do que é razoável interpretar da lei que permitiu a constituição da EE, incluindo o contexto em que tal lei foi promulgada.”. Texto original: “*Laws that allowed for the incorporation of national SOEs are seldom clear in relation to the public policy objectives that justify their existence. [...] If the law that allowed the incorporation of the SOE is not sufficiently clear and a change of the law is politically challenging, the Federal Government should be the one to provide greater clarity on which are exactly the public policy goals to be implemented by the SOEs it owns. The orientation of the Federal Government to SOEs in relation to their public policy goals, as will be better detailed below, should be written, public and forward-looking, in order to guarantee*”

Estado fixe, de maneira clara e transparente, o pressuposto constitucional atendido e a ser atendido pela estatal. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), em estudo sobre o tema, também ressaltou a deficiência na densificação dos pressupostos constitucionais que autorizariam a constituição de uma estatal.¹⁴⁸

Nesse contexto, a imposição de que as leis explicitem o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional representa um avanço fundamental para a implementação de uma governança pública voltada a monitorar e avaliar o Estado empresário, especialmente pela absoluta transparência dos pressupostos que justificaram a criação da estatal e do modo como ele se materializa no caso concreto, os quais poderão ser permanentemente checados e verificados pelo próprio Estado, sem contar a pertinência dessas informações para a condução das atividades da empresa, para o seu corpo diretivo e, ainda, para a fiscalização pelos órgãos de controle.

O pressuposto constitucional utilizado para a criação de uma estatal é um elemento de vinculação para toda a sua existência, pois configura o parâmetro imediato de controle de constitucionalidade da exploração direta pelo Estado de atividade econômica através dessa estatal. Dada a importância do elemento de vinculação, a aposição, em sede legal, de um dever de explicitar o fundamento constitucional de cada estatal que venha a ser criada tenta, portanto, reverter a prática administrativa de sonegação dessa informação ou de falta de clareza a seu respeito. Como bem ressaltado por JUSTEN FILHO (2016, p. 49):

Isso significa a vedação a previsões genéricas e indeterminadas, que não esclareçam cristalinamente o pressuposto invocado. Não é suficiente a mera repetição da regra constitucional. Assim, por exemplo, é inválida a autorização legal que simplesmente invoque um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional, sem explicitar seu conteúdo. É necessário que a lei indique os

the accountability of all parties involved and guide the expectations of private market participants. Likewise, in order to preserve the system set by the Constitution and the Corporations Act, the orientation of the Federal Government should stay within the scope of what is reasonable to interpret from the law that allowed the incorporation of the SOE, including the context when such law was enacted."

¹⁴⁸ Destaque-se, nesse sentido, trecho extraído do caderno Políticas de Propriedade Estatal do IBGC (2022, p. 31): "De modo semelhante, a análise da lei de criação e dos documentos constitutivos de empresas brasileiras revela que a definição dos "imperativos da segurança nacional" ou do "relevante interesse coletivo" são amplos ou pouco precisos e tornam aqueles documentos sujeitos a diferentes interpretações e pouco úteis para a condução das atividades empresariais, para a tomada de decisão por seus controladores e administradores e, ainda, para fins de acompanhamento e fiscalização por órgãos de controle ou, no caso de sociedades de economia mista, outros investidores (ver box 8)."

pressupostos fáticos específicos, subsumíveis aos conceitos constitucionais em questão.

Vale registrar, a esse respeito, que, após a promulgação da Lei das Estatais, foram criadas¹⁴⁹ 2 (duas) empresas estatais de controle direto da União¹⁵⁰, a NAV Brasil Serviços de Navegação Aérea S.A.¹⁵¹ e a Empresa Brasileira de Participações em Energia Nuclear e Binacional S.A. – ENBpar.¹⁵²

No caso da primeira empresa, a lei que autorizou a sua criação menciona, em uma passagem, a expressão “interesse coletivo” e, em outra, a expressão “segurança nacional”.¹⁵³ Veja-se que a indicação do “interesse coletivo” a justificar a criação da estatal foi feita no artigo que estabelece o objeto social da empresa, de maneira que a análise detalhada de como o pressuposto constitucional foi justificado depende de uma verificação de todas as manifestações que foram feitas no decorrer da tomada da decisão de constituição da empresa.¹⁵⁴ Sobre esse ponto, da análise da documentação disponibilizada ao autor deste trabalho, deve ser registrado que o “interesse coletivo” é justificado como se a sua presença fosse presumida, quando a Constituição não admite essa presunção.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Houve, ainda, a operação societária de incorporação da Empresa de Planejamento e Logística S.A. pela Valec - Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., regulamentada via Decreto nº 11.081/2022, porém que não resultou na constituição de uma nova empresa.

¹⁵⁰ Análise até 31.12.2022.

¹⁵¹ Lei nº 13.903/2019 e Decreto nº 10.589/2020.

¹⁵² Art. 9º da Lei nº 14.182/2021 e Decreto nº 10.791/2021.

¹⁵³ Art. 8º da Lei nº 13.903/2019: “A NAV Brasil, em atendimento ao interesse coletivo, terá por objeto implementar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeronáutica destinada à prestação de serviços de navegação aérea que lhe for atribuída pelo Comandante da Aeronáutica. § 2º A NAV Brasil, no desempenho de suas atribuições previstas no caput deste artigo, tendo em vista a estrutura integrada do Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro, atuará de forma complementar à manutenção da soberania sobre o espaço aéreo brasileiro, de responsabilidade do Comando da Aeronáutica, do Ministério da Defesa, e, por conseguinte, de interesse estratégico para a segurança nacional.”

¹⁵⁴ Em consulta com base na LAI, o autor deste trabalho requereu a disponibilização de todas as manifestações relativas à constituição da NAV Brasil (pedido nº 60110.001246/2022-05). Dentre a documentação disponibilizada, não há referência explícita a como o relevante interesse coletivo estaria preenchido. Entretanto, registra-se que a constituição da empresa foi justificada igualmente pelo art. 21, inciso XII, “c”, da CRFB/88.

¹⁵⁵ Destaque-se, a esse respeito, trecho do Parecer n. 00009/2018/CONJUR-MD/CGU/AGU, juntado no NUP 00731.000003/2018-26: “27. Quanto ao objeto da medida (artigo 5º), é pertinente esclarecer que deve guardar pertinência lógica com o fundamento constitucional que sustenta sua criação. Empresas estatais podem ser criadas com dupla finalidade: ou para a execução de uma competência originariamente atribuída ao ente criador, no caso, à União (hipótese do artigo 21, inciso XII, da CF/88) ou para exercer atividade empresarial na ordem econômica. A diferença é simples. No primeiro caso, transfere-se à empresa pública ou sociedade de economia mista uma parcela das competências constitucionais atribuídas à União para o novo ente. Situação diversa é aquela em que, por força de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, o Poder Público adentra na ordem econômica, reservada constitucionalmente ao setor

O fato de a criação da empresa estar amparada no art. 21, XII, “c”, da CRFB/88¹⁵⁶ sinaliza que a atuação do Estado como empresário nesse nicho se enquadra na hipótese inicial prevista no art. 173 da CRFB/88 (“ressalvados os casos previstos nesta Constituição”), e não na presença de um “relevante interesse coletivo”, até mesmo porque a exploração da navegação aérea, aeroespacial e da infraestrutura aeroportuária pode ser conduzida por particulares, mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos do texto constitucional. Se assim o é, parece razoável afirmar que não necessariamente existirá “relevante interesse coletivo” para que o Estado atue como empresário nesse nicho, embora possa existir, dependendo, nesse caso, da justificativa de sua presença.

A partir dessas considerações, duas observações sobre a constituição dessa empresa são pertinentes: a primeira no sentido de que a simples menção a “interesse coletivo” e “segurança nacional” não ser suficiente para exaurir o comando do art. 2º, §1º, da Lei das Estatais, e a segunda, relativa a uma sutileza gramatical na referência ao “interesse coletivo”, quando a CRFB/88 estipula ser necessário estar presente “interesse coletivo” qualificado pela relevância.

No que se refere à Empresa Brasileira de Participações em Energia Nuclear e Binacional S.A. – ENBpar, verifica-se que a sua criação foi autorizada no âmbito da desestatização da companhia Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) para manter sob controle, direto ou indireto da União, empresas, instalações e participações, detidas ou gerenciadas pela Eletrobras, especificamente a Eletrobras Termonuclear S.A.

privado, para atuar em um ambiente de livre concorrência. 28. No presente caso, a empresa pública que se pretende autorizar a criação, segundo se depreende do artigo 5º da minuta, tem por objeto “implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeronáutica voltada à prestação de serviços de navegação aérea que lhe for atribuída pela autoridade aeronáutica”, de modo que o objeto da empresa NAV Brasil se conforma com a previsão constitucional contida no artigo 21, inciso XII, “c”, por envolver a exploração de serviços de navegação aérea de titularidade da União; sobremais, trata-se de prestação de um serviço público com claro conteúdo econômico, na medida em que os serviços de navegação aérea constituem segmento específico de exploração econômica de titularidade da União, demonstrado o relevante interesse coletivo na espécie, razão pela qual resta justificada a exploração da navegação aérea por empresa estatal, nos termos do art. 21, XII, c, c/c art. 173, caput, ambos da CF/88.”. Na opinião deste autor, a conclusão de que “demonstrado o relevante interesse coletivo na espécie” não deriva automaticamente da afirmação anterior, representando uma espécie de “salto” argumentativo, impedindo, no mínimo, que se dê transparência plena à presença do pressuposto constitucional, nos moldes do que preceitua o art. 2º, §1º, da lei das estatais.

¹⁵⁶ Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária.

(Eletronuclear) e a Itaipu Binacional.¹⁵⁷ Nesse caso, constata-se que não houve indicação explícita do pressuposto constitucional que serve de fundamento para a constituição da empresa, embora a descrição das atividades que serão executadas pela estatal sugira a presença de relevante interesse coletivo (manutenção do tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai para o aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná) e do enquadramento na ressalva inicial do art. 173 da CRFB/88 (exercício do monopólio da União previsto no art. 177, V, da CRFB/88).

Por essa razão, embora a Lei das Estatais tenha dado um aceno para a melhoria da governança do Estado empresário com a disposição de seu art. 2º, §1º, a conclusão a que se chega é que a prática administrativa ainda não acompanhou a sinalização legislativa nesse sentido, sendo esse mais um ponto que a instituição de uma governança pública sobre o tema pode contribuir para assegurar maior transparência e controle, no presente e no futuro, sobre a gestão do Estado empresário, até mesmo porque a exigência de indicação e densificação adequada do pressuposto constitucional não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, derivando da própria interpretação do art. 37, XIX, da CRFB/88.

Outro dispositivo da Lei das Estatais que merece ser citado quando o assunto é a governança do Estado empresário é o que estabelece a obrigação de o Conselho de Administração de cada estatal elaborar, anualmente, a carta anual, contendo informações pertinentes à forma de atendimento ao fundamento constitucional que autorizou a criação da estatal.¹⁵⁸ O objetivo da preparação e divulgação desse documento é dar transparência aos fins da empresa no ano, observado os limites estabelecidos na lei que autorizou a sua criação, assim como aos seus custos e impactos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

¹⁵⁷ Arts. 3º, I e 9º da Lei nº 14.182/2021.

¹⁵⁸ Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência: I - elaboração de carta anual, subscrita pelos membros do Conselho de Administração, com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

É um documento, em tese, rico de elementos para uma avaliação do papel do Estado como empresário em cada estatal, uma vez que coloca a lógica da eficiência – de obediência obrigatória pelo texto constitucional – lado a lado das atividades fins da estatal, propondo uma análise destas à luz de indicadores objetivos aptos a mensurar a eficiência da empresa. Por essa razão, a implementação da carta anual estreita os laços entre a eficiência imposta para a Administração Pública (Indireta, inclusive) e os órgãos responsáveis pela gestão da empresa, além de simbolizar um avanço significativo em termos de transparência para a sociedade sobre os propósitos das estatais, seus custos e impactos.

Sob a ótica da governança pública do Estado empresário, a carta anual tem 2 (dois) limitadores, a seguir comentados, mas que não invalidam a sua importância para contribuir com a transparência e a gestão das empresas em si. O primeiro dos limitadores decorre do fato de que, independentemente do seu conteúdo, a carta anual não provoca, necessariamente, alguma consequência imediata no que diz à posição assumida pelo Estado acionista. Significa dizer que, ainda que a carta sugira certa dificuldade na demonstração da presença do pressuposto constitucional ou mesmo exteriorize a ineficiência da empresa na consecução de seus objetivos, não existirá qualquer consequência ou mecanismo de correção automático.

Essa limitação não anula a utilidade do documento. Muito ao contrário, é um ponto de partida para a avaliação a ser implementada, pelo Estado, na governança pública proposta, uma vez que contém informações relevantes sobre o desempenho da estatal para a execução de seus objetivos sociais, delineados na lei que autorizou a sua criação. Apontamentos que mostrem a eficiência ou a ineficiência da empresa podem – e devem – influenciar a decisão a respeito da continuidade da empresa, de uma possível nova modelagem ou mesmo de sua desestatização.

O segundo limitador se refere à autoria da carta anual, a qual, por lei, é de incumbência do Conselho de Administração de cada estatal. A alocação dessa atribuição a um órgão deliberativo interno da empresa, e não a algum órgão da estrutura do Estado acionista, compromete que se tenha uma visão clara, e até mesmo isenta, dos objetivos que se persegue com a estatal, em atendimento ao seu fundamento constitucional. Essa

má alocação não passou despercebida pela OCDE, que, em estudo sobre a governança corporativa das estatais brasileiras, destacou:

A solução alternativa imposta pela lei das estatais (art. 8º, inciso I), de exigir que o Conselho de Administração deve declarar anualmente – em carta pública – quais os objetivos da política pública serão cumpridos pela estatal no ano seguinte, não é o ideal. O Governo Federal – e não os diretores das estatais – está mais bem posicionado para avaliar qual portfólio de políticas públicas maximizaria o valor para a sociedade e como as estatais poderiam contribuir para as metas globais definidas pela liderança do Governo Federal.¹⁵⁹ (2020b, p. 87, tradução nossa)

Quem tem competência legal e técnica para dizer o que se espera da empresa estatal à luz dos pressupostos constitucionais que autorizaram a sua constituição é o próprio Estado empresário, na condição de responsável pela criação daquela empresa e de sua manutenção em funcionamento. A crítica dirigida à carta anual é, portanto, bem-vinda no sentido de iniciar e provocar debates em torno da governança pública do Estado empresário. Ou seja, além de sua ampla divulgação para o público em geral, a carta anual, nos moldes em que prevista na Lei das Estatais, poderia ser formalmente remetida ao Estado e, a partir daí, ser objeto de análise e revisão, em conformidade com o rito da governança pública estabelecida. Essa sugestão, a propósito, poderia reduzir a prática corrente de as cartas anuais serem quase que reprodução integral da carta preparada no ano anterior.¹⁶⁰

A utilização da carta anual para o monitoramento e avaliação do papel do Estado como empresário pode contribuir especialmente com os elementos relativos aos recursos necessários para atingir determinadas finalidades e os seus impactos econômico-financeiros, informações a que o Conselho de Administração de cada estatal tem pleno acesso e, por essa razão, está credenciado a produzir as análises correspondentes, ao contrário do Estado acionista em si. A autonomia da estatal frente ao Estado acionista,

¹⁵⁹ OCDE Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Brazil. Texto original: “The alternative solution imposed by the SOE Statute (article 8, item I), to require that the board of directors should annually state – in a public letter – which public policy objectives will be fulfilled by the SOE in the following year, is not an ideal one. The Federal Government – and not the directors of its SOEs – is much better positioned to evaluate which portfolio of public policies would maximize value for society and how SOEs could contribute to the overall goals set by the Federal Government’s leadership.”

¹⁶⁰ Essa é uma constatação que se faz com base em amostragem das cartas anuais das estatais federais, podendo citar, como exemplo, as cartas das empresas Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias, Companhia Brasileira de Trens Urbanos e Empresa Gestora de Ativos S.A., representando a opinião do autor ao comparar os textos ao longo do tempo.

assegurada na Lei das Estatais¹⁶¹, faz com que a gestão da empresa seja conduzida pelo seu corpo de administradores, e não por membros integrantes do Estado acionista. Dessa maneira, contar com informações relativas ao desempenho econômico-financeiro da estatal, oriundas de seu Conselho de Administração, é fundamental para qualquer análise que se pretenda fazer considerando a eficiência da empresa.

Há, ainda no dispositivo que aborda a carta anual, previsão de que o interesse público¹⁶² da estatal se manifesta por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual.¹⁶³ Identifica-se, nesse ponto, um dos principais objetivos do modelo de governança pública que se propõe: manter, permanentemente, a atualidade da atuação do Estado empresário. Significa dizer que deve existir alinhamento entre os objetivos da estatal e as políticas públicas vigentes para que seja possível concluir que há conformidade constitucional na atuação do Estado como empresário. Eventual desalinhamento dessa espécie deve ser identificado pelo sistema de governança e, a partir daí, provocar as mudanças cabíveis.

Nesse contexto, se o interesse público da estatal só se manifesta por meio do alinhamento de seus objetivos, fixados quando de sua criação, com as políticas públicas vigentes, o início do desalinhamento deve ser prontamente identificado e as medidas cabíveis devem ser adotadas para que o quadro de desalinhamento não se instale e perdure, em detrimento dos interesses da sociedade. A dependência da trajetória, descrita anteriormente nesta tese, ressalta os riscos associados à inação do Estado na reavaliação de suas posições e, ao mesmo tempo, reforça a necessidade de implantação de uma governança pública para que o comportamento do Estado frente a esses possíveis desalinhamentos não seja passivo.

¹⁶¹ Art. 89 da Lei das Estatais: O exercício da supervisão por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável.

¹⁶² A expressão “interesse público” utilizada no dispositivo deve ser compreendida como referência a algum dos pressupostos constitucionais que autorizam o Estado a atuar como empresário.

¹⁶³ Art. 8º, § 1º, da Lei das Estatais: O interesse público da empresa pública e da sociedade de economia mista, respeitadas as razões que motivaram a autorização legislativa, manifesta-se por meio do alinhamento entre seus objetivos e aqueles de políticas públicas, na forma explicitada na carta anual a que se refere o inciso I do caput.

Por fim, vale tecer considerações a respeito do art. 27 da Lei das Estatais¹⁶⁴ que estabelece, em sede legal, conteúdo semelhante ao do art. 173 da CRFB/88. O dispositivo da lei exterioriza a vinculação da estatal à realização do relevante interesse coletivo ou ao atendimento do imperativo de segurança nacional que justificou a sua criação. A ideia subjacente à disposição é que o Estado só está autorizado a atuar como empresário se o objetivo for a promoção de algum dos pressupostos constitucionais que serviram de fundamento para a constituição da empresa, de maneira que a atividade da estatal está plenamente condicionada à realização deles, reforçando o caráter de elemento de vinculação do pressuposto constitucional em que a estatal se apoia.

Nesse ponto, a governança pública que se propõe sobre o Estado empresário deve ter como pilar o mencionado parâmetro constitucional, replicado na Lei das Estatais, contribuindo para um melhor controle, na criação de novas estatais, do cumprimento do dever de explicitar adequadamente o fundamento constitucional e em que medida a empresa irá materializá-lo, assim como, para as já existentes, promovendo uma revisão periódica das atividades por elas desempenhadas à luz do que ficou estabelecido no instrumento de sua respectiva criação.

A deficiência na explicitação do relevante interesse coletivo ou do imperativo de segurança nacional ou mesmo a dificuldade de localização dessas informações, identificada na pesquisa apresentada no capítulo 2 deste trabalho e apontada em estudos previamente referenciados sobre o tema, são falhas que um sistema de governança pública pode tratar e, com isso, contribuir, a um só tempo, com a adequação e correção da exploração de atividade econômica pelo Estado com a Constituição e com o permanente alinhamento entre a condução do Estado empresário e os interesses da sociedade.

A vinculação obrigatória ao que dispõe o instrumento legal autorizativo da criação da estatal não permite que as falhas descritas anteriormente sirvam de argumento para driblar os contornos estabelecidos pela lei autorizativa ou para aquiescer com eventuais desvios de rumo, em descompasso com a moldura legal e, em último grau, com a própria moldura constitucional. A ausência de um mecanismo de governança pública em

¹⁶⁴ Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

funcionamento representa, na prática, um obstáculo à fiscalização e cumprimento da vinculação da estatal à autorização prevista em lei.

Assim, se eventualmente for constatado que uma dada estatal está promovendo outro objetivo que não aquele estabelecido na sua lei de criação, os mecanismos de governança pública deverão acionar os respectivos alertas para que o órgão estatal competente reavalie a posição do Estado como empresário na estatal em questão, considerando que a sua presença no capital da empresa só é juridicamente respaldada se as atividades da estatal estiverem voltadas para a promoção daquilo estabelecido na lei de sua criação.

Sob a ótica da vinculação, estatuída no art. 27 da lei das estatais, espelhando o art. 173 da CRFB/88, não se admite que exista lacuna temporal, por menor que seja, para que a estatal direcione suas atividades para finalidade outra que não aquela fixada na lei de sua criação, ainda que tal movimento possa ser justificado pela possibilidade de obtenção de ótimos retornos financeiros. É que, diferentemente de uma empresa controlada por particulares, a empresa estatal é controlada pelo Estado e a Constituição só admite a presença do Estado na exploração de atividade econômica se presente determinadas condições; não estando elas caracterizadas, o texto constitucional não comporta espaço para que o Estado empreenda nessa hipótese.

Essas condições – relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional – foram elencadas pelo Constituinte como representativas do interesse comum da sociedade brasileira, isso é, como algo que, com certo consenso, reflete os anseios da população. Com base nessa perspectiva, o dispositivo que estipula a vinculação ao instrumento legal que autorizou a criação da estatal menciona a expressão “função social” da empresa, correlacionando-a com os pressupostos constitucionais. Nessa ótica, a vinculação de que se trata está diretamente associada à finalidade pública para a qual a estatal foi criada.

Dessa maneira, o dispositivo da Lei das Estatais reforça a importância de implantação de um mecanismo de governança pública para avaliar e monitorar o papel do Estado empresário e garantir que esse se mantenha coerente e vinculado apenas àquilo que a lei autorizativa estabeleceu.

Há, ainda, embora não seja o tema central desta tese, o esforço para que as estatais internalizem boas práticas de governança corporativa. A incorporação pelas estatais dessas práticas é, por óbvio, desejável, eis que importa no amadurecimento institucional das empresas e no fortalecimento de seus órgãos corporativos, o que vai ao encontro da almejada eficiência das estatais. Entretanto, como uma empresa estatal, em que está presente, necessariamente, a figura do Estado como acionista majoritário, uma boa governança corporativa interna não supre as deficiências no que se refere à governança pública do Estado acionista, eis que possuem dimensões distintas. Porém, ao lançar os olhos para a governança interna das estatais, a Lei das Estatais acaba por incentivar, ainda que indiretamente, a adoção de práticas de governança pública pelo Estado acionista.

A Lei das Estatais é um marco relevante e representativo do esforço do legislador em aprimorar o regime jurídico das empresas estatais e de contribuir para uma melhor gestão, pelo Estado, de seus ativos empresariais, sobretudo pelos dispositivos tratados anteriormente. O convite para que o Estado implemente uma governança pública sobre a sua vertente empresarial antecede a promulgação da Lei das Estatais, mas não é errado, diante de seus termos, considerá-la um reforço daquele.

3.2. Uma visão sistêmica do arranjo constitucional para o Estado atuar como empresário

A verificação da conformidade constitucional da atuação do Estado como empresário deve partir da avaliação de sua adequação com o texto constitucional vigente. Como abordado anteriormente, a CRFB/88 delimita, no art. 173, os contornos em que o Estado pode explorar diretamente atividade econômica, o que é feito, essencialmente, pelo uso de expressões com marcante grau de indeterminação, como são, por natureza, “imperativo de segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”.

Entretanto, a definição do espaço em que a atuação do Estado na economia é autorizada constitucionalmente não se esgota na análise isolada dessas expressões, as quais, embora apresentem inegável vagueza, devem ser interpretadas em conjunto com o

restante do texto constitucional. Afinal, são partes integrantes do todo e, por isso, devem ser lidas e compreendidas por inteiro, e não de maneira recortada.

A esse respeito, destaque-se que há significativa diferença em interpretar as expressões contidas no art. 173 da CRFB/88 de maneira isolada em comparação com uma interpretação à luz das demais disposições constitucionais, em especial a própria dicção do restante do dispositivo citado.

É que a elasticidade das expressões previstas no art. 173 da CRFB/88 é conformada, em certa medida, pelo próprio texto constitucional, não podendo dele se afastar, sob pena de desvirtuar as balizas fixadas pelo Constituinte e, no limite, transbordar a moldura constitucional trazida para a matéria. Todo e qualquer elemento contido na Constituição deve ser considerado como uma diretriz para preencher o conteúdo e dar aplicabilidade ao que o dispositivo referenciado preconiza. É sugestivo, a parti daí, a diferença de se interpretá-las isoladamente, de maneira independente do restante do art. 173, em relação a uma interpretação direcionada pelos parâmetros extraídos do restante do seu texto.

O art. 173 da CRFB/88 dispõe que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo.

Há quem enxergue na redação do dispositivo constitucional vigente certo denominador comum com os textos constitucionais anteriores, no que se refere à delimitação do papel do Estado na economia¹⁶⁵, atribuindo ao Estado um espaço

¹⁶⁵ É o caso de CRETELLA JÚNIOR (1993, p. 3.999): “Tem sido, aliás, observado pelo legislador constituinte brasileiro, sem exceção, o princípio que coloca em primeiro lugar o particular, no tocante a exploração de atividade econômica, permitida a intervenção do Estado nesta área quando inoperante ou ineficiente a iniciativa privada, variando, tão-só, de Constituição para Constituição, os fundamentos invocados para legitimar a intervenção do Estado no domínio econômico, como ocorreu na vigência da Constituição de 1934, art. 116 (‘por motivo de interesse público e autorização em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica’), na Constituição de 1937, art. 135 (‘a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual’), na Constituição de 1946, art. 146 (‘a União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limites os direitos fundamentais nesta Constituição’), na Constituição de 1967, art. 157, e na EC nº 1 de 1969, art. 163 (‘são facultados a intervenção no domínio econômico e monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição de liberdade

subsidiário frente ao particular na exploração direta da atividade econômica. Interpreta-se o dispositivo constitucional, nessa perspectiva, como uma opção do Constituinte de restringir a exploração direta de atividade econômica pelo Estado unicamente para determinadas situações (os casos expressamente previstos na Constituição, em caso de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, esses últimos a serem definidos em lei)¹⁶⁶.

A literalidade do art. 173 da CRFB/88, com o uso combinado dos termos “ressalvados os casos [...]” e “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando [...]”, sinalizaria a intenção do Constituinte de limitar a atuação estatal como empresário apenas para tais hipóteses. Essa sinalização ganha ainda mais força se o dispositivo for lido à luz do art. 170 da CRFB/88 que, ao se referir à ordem econômica, diz que ela é fundada na livre iniciativa, a qual igualmente é tratada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CRFB/88), assim como se for considerado o disposto no art. 37, XIX, da CRFB/88, o qual condiciona a criação de empresa estatal à prévia edição de lei autorizativa.

Há quem sustente, ainda, que a subsidiariedade do Estado na exploração de atividade econômica seria uma “subsidiariedade implícita”, visto que o texto constitucional não teria sido explícito no uso da palavra “subsidiária”, embora tenha sido na opção em relegar ao Estado uma atuação dotada de subsidiariedade em relação aos particulares.¹⁶⁷ Em contrapartida, existe quem defenda que o texto constitucional de 1988, diferentemente de outros textos anteriores, não previu a subsidiariedade estatal no nicho empresarial.¹⁶⁸

iniciativa’). E, ainda, em 1969, art. 170: ‘apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará a atividade econômica’ (art. 137, parágrafo único). Em 1988, a colocação é a mesma, justificando-se a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

¹⁶⁶ Não existe no ordenamento jurídico brasileiro lei que disponha, de maneira genérica, sobre as expressões utilizadas no art. 173 da CRFB/88.

¹⁶⁷ É o caso de RIBEIRO (2009, p. 250-251): “Tem-se, então, na Constituição de 1988, uma clara subsidiariedade implícita da atuação estatal, uma vez que se reconhece ao Estado a faculdade de atuar diretamente sobre a economia, como empresário, nos casos – e somente nos casos – em que o particular não possa ser o único agente econômico, por motivos de interesse público ou por disposição constitucional. Dizemos implícita esta subsidiariedade porquanto derivada da interpretação do texto constitucional, enquanto Constituições anteriores, como a de 1937 e a de 1967, tanto em sua redação original quanto após a Emenda de 1969, consagravam literalmente a complementaridade da atuação estatal.”

¹⁶⁸ Nesse sentido, BERCOVICI (2009, p. 264) afirma que: “A Constituição de 1988 não recepcionou, apesar da opinião de alguns autores, o chamado “princípio da subsidiariedade”. Esta concepção, que entende o Estado como subsidiário da iniciativa privada, é originária da legislação fascista (ASENJO, 1984, p. 92-

Por sua vez, há aqueles que classificam a subsidiariedade não como um princípio constitucional, mas sim como um postulado ideológico particular, que o vincula ao liberalismo econômico.¹⁶⁹ Os defensores dessa vertente criticam aqueles que extraem do art. 173 da CRFB/88 uma restrição constitucional à atuação do Estado como empresário, argumentando que a ordem econômica constitucional não é puramente liberal econômica, mas composta por noções liberais, sociais, nacionalistas, entre outras, as quais não permitem concluir que existe uma imposição constitucional apriorística de o Estado se abster de atuar como empresário.

Vale anotar, ainda, a perspectiva daqueles que veem a subsidiariedade não como um princípio da ordem econômica, e sim como um objetivo precípuo seu, cujo principal escopo seria orientar a atuação estatal na economia e harmonizar a coexistência da figura do Estado e da iniciativa privada.¹⁷⁰

A existência do denominado princípio da subsidiariedade do Estado na economia é, como visto, tema sobre o qual pairam intensas divergências, muito provavelmente pela tentativa de se atribuir caráter principiológico à noção em torno da subsidiariedade, com os respectivos efeitos de sua instrumentalização.¹⁷¹ No STF, a existência da ideia de

93) de Benito Mussolini (Carta del Lavoro, de 1927) e de Francisco Franco (Fuero del Trabajo, de 1938, e Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 1958), tendo sido incorporada por duas vezes em nosso ordenamento constitucional, não por mera coincidência, durante o Estado Novo e a ditadura militar.”

¹⁶⁹ A visão de que a subsidiariedade é discurso político daqueles que pregam o liberalismo econômico é defendida por SOUZA NETO e MENDONÇA (2007, p. 740): “Não resta dúvida: a subsidiariedade é proposta como limite não à intensidade, mas à abrangência da intervenção estatal. O princípio se relaciona ao conceito de Estado Mínimo, não ao de Estado de Direito. A tese da constitucionalização da subsidiariedade não é apenas insustentável à luz da Constituição atual, mas também sob o prisma do constitucionalismo democrático. Em suma, trata-se de postulado ideológico particular, não de princípio constitucional.”

¹⁷⁰ Nesse sentido, TORRES (2001, p. 152) afirma que: “Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça.”

¹⁷¹ Vale anotar, sobre a instrumentalização dos princípios, a visão daqueles que identificam, em algum grau, uma indissociabilidade entre o uso de princípios e a prática de arbitrariedades, como é o caso MENDONÇA (2018), que se utiliza da expressão “principiachismo” para alertar sobre os riscos da retórica dos princípios. Para mais informações, ver artigo de disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/josevicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em 1 de fevereiro de 2023.

subsidiariedade do Estado na economia foi contrastada com dados sobre o número de empresas estatais no país.¹⁷²

Assim, mais importante do que a natureza da subsidiariedade, se é que referida noção está estampada no art. 173 da CRFB/88, há de ser extraída a máxima utilidade possível do que o dispositivo constitucional preconiza, sob pena de tornar letra morta a Constituição.

Nessa perspectiva, a leitura que parece mais adequada e isenta de eventual captura ideológica, é aquela que vê no dispositivo constitucional uma autorização para o Estado atuar como empresário apenas em situações específicas, qualificadas por configurarem relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, a serem demonstradas casuisticamente. Essa é a dicção explicitamente posta no art. 173 da CRFB/88 para que o Estado atue como empresário, pouco importando se a tal texto dar-se-á o nome de subsidiariedade estatal na economia ou não.

O que se extrai de mais relevante a partir dessas considerações é a importância de um maior recrudescimento na delimitação e definição, caso a caso, dos conceitos indeterminados elencados no art. 173 da CRFB/88, mediante a instituição de um conjunto de medidas aptas a avaliar e monitorar o cumprimento dos pressupostos constitucionais que, por essência, representam conceitos indeterminados.

Aliás, o emprego de expressões vagas como baliza para atuação do Estado empresário busca justamente conformar a dialeticidade existente no texto constitucional, que engloba, tal qual mencionado pela corrente doutrinária acima referida, noções liberais, sociais, nacionalistas, dentre outras. Assim, é natural que a interpretação de tais

¹⁷² Trecho da ementa do julgado a seguir referenciado: “1. O artigo 173, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao dispor que, “[r]essalvados 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”, erigiu a existência de um princípio constitucional da subsidiariedade, segundo o qual as intervenções estatais diretas na seara econômica constituiriam *ultima ratio* no sistema jurídico-constitucional brasileiro, o que, todavia, é contrariado pela realidade empírica brasileira, mercê de o Brasil possuir número maior de empresas estatais, comparativamente às 36 nações integrantes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)”. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 5624 MC-Ref. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 6 de junho de 2019. P. 163-164. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751504007>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2023.

conceitos indeterminados variem com o passar do tempo, ora ampliando o número de estatais existentes, ora diminuindo, o que pode ser verificado, em parte, a partir do estudo empírico apresentado no capítulo anterior.¹⁷³

No entanto, qualquer que seja a linha ideológica do governo de turno, tem-se como limite intransponível a literalidade do art. 173, com as zonas de certeza positiva e negativa ínsitas a todo e qualquer conceito jurídico indeterminado. Afinal, a todo conteúdo vernacular se busca encontrar um espaço de incidência e um sentido de eficácia, mas tendo como limite insuperável a moldura textual trazida.

Quer isso dizer que, necessariamente, para o Estado atuar como empresário, deverão estar presentes relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, além das hipóteses que porventura a Constituição explicitamente autorizou a exploração de atividade econômica. A densificação desses pressupostos constitucionais nos casos concretos deve ser conduzida por um processo rigorosamente transparente na elucidação da razão para a criação de determinada empresa estatal, em conformidade com a ideia subjacente à motivação dos atos administrativos, o que, inclusive, será fundamental para a avaliação, ao longo do tempo, da compatibilidade da exploração de atividade econômica pelo Estado à luz da Constituição.¹⁷⁴ A rotineira avaliação pelo Estado de sua atuação como empresário é um dos pilares do modelo de governança que se pretende apresentar nesta tese, com a finalidade de contribuir para uma melhor gestão dos ativos de titularidade estatal, assunto sobre o qual o autor tecerá considerações específicas no capítulo seguinte.

¹⁷³ Para mais informações sobre a evolução do número de empresas estatais no âmbito federal ao longo do tempo, recomenda-se a leitura dos documentos disponibilizados pelo governo federal, na seção “perfil das empresas estatais”, disponível em: <<https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/777/162>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2023.

¹⁷⁴ GUIDI (2016, p. 190-191) elenca a importância da motivação dos atos administrativos para o respectivo controle: “Aqui se revela a ampla relevância da motivação, não só como pressuposto do ato administrativo. A importância da motivação é a de que ela materializa as razões de decidir da Administração. A motivação é o elemento que garante ao administrador, quando instado a apresentar as justificativas de seus atos, a possibilidade de demonstrar que agiu legitimamente e em prol do interesse público. Concomitantemente, a motivação viabiliza o controle dos atos administrativos, permitindo que se recupere, com maior grau de precisão, o ambiente no qual foi produzido o ato e as razões que levaram a Administração a agir daquela determinada maneira. Inúmeros elementos que norteiam a legalidade do ato administrativo podem ser aferidos na motivação: finalidade, motivo, proporcionalidade, razoabilidade etc.”

Estabelecidos os contornos objetivos estatuídos na CRFB/88 para que o Estado atue como empresário, passa-se a tecer considerações adicionais para contribuir com a aplicabilidade do art. 173, com o intuito de, sem a pretensão de suprimir o democrático espaço de conformação do dispositivo constitucional, traçar moldura sobre a qual deverá recair a concretização dos pressupostos constitucionais e sobre a qual o sistema de governança pública recairá.

A mesma Constituição que estipula as condicionantes para o Estado atuar como empresário fixa a obediência ao princípio da eficiência como um dos pilares da atividade administrativa. O cumprimento desse comando impõe aos administradores públicos o dever de bem gerir a coisa pública, empregando os recursos disponíveis de maneira otimizada e adotando melhores práticas de gestão, com vistas a maximizar os benefícios aos cidadãos e promover melhores resultados sociais, tudo a custos menores, atendendo, igualmente, à vertente da economicidade, que se extrai diretamente do princípio da eficiência.

As noções de eficiência e economicidade são, muitas vezes, utilizadas como sinônimas.¹⁷⁵ Porém, a amplitude do conceito de eficiência é muito maior, considerando que atrai para o gestor público a necessidade de avaliar os resultados sociais de cada uma de suas ações e/ou omissões, juntamente com as alternativas disponíveis, ao passo que a preocupação da vertente da economicidade está voltada exclusivamente para a redução dos gastos públicos.¹⁷⁶ Veja-se, assim, que a economicidade está correlacionada com o

¹⁷⁵ Sobre a confusão no uso das expressões, inclusive no âmbito do STF, cite-se o estudo empírico de autoria de LANIUS, GICO JUNIOR e STRAIOTTO (2018, p. 117-118): “Dentro do universo de 186 casos, foi possível identificar ao menos 20 casos nos quais outras ideias foram associadas ao conceito de eficiência, o que nos permite indagar se os ministros do STF possuem clareza acerca do que seja eficiência ou se, na prática, usam o termo de forma atécnica, misturando-o a outros conceitos, como economicidade (cinco ocorrências), celeridade processual (quatro ocorrências), simplificação, racionalização, flexibilidade e produtividade (duas ocorrências cada). Apesar do uso dessas noções acessórias associadas à palavra eficiência, em nenhum caso o STF efetivamente disse que os termos são sinônimos ou definiu a relação entre eles. [...] Talvez por isso, das poucas vezes em que a eficiência é usada na fundamentação dos votos, há um uso atécnico e leigo do termo associado a várias outras noções. Todavia, a intuição de que se trata de uma questão de eficiência produtiva pode ser extraída da lógica das referidas decisões, ainda quando a articulação é contraditória.”

¹⁷⁶ É precisa a distinção conceitual formulada por BINENBOJM (2008, p. 346): “O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência. [...] A eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da otimização da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis.”

princípio da eficiência¹⁷⁷ e é, de igual maneira, fundamental para a otimização da gestão pública, embora dela seja distinta.

A positivação do princípio da eficiência na CRFB/88 se deu pela EC nº 19/1998, embora a consciência e preocupação com as ideias em torno de seu conceito já existissem muito antes da promulgação da conhecida, à época, emenda da reforma administrativa. Tanto é assim que, no âmbito infralegal, o Decreto-lei nº 200/1967 já tratava da eficiência administrativa como um dos objetivos da supervisão ministerial no art. 26, III, por exemplo.¹⁷⁸ A expressa indicação da eficiência no art. 37 da CRFB/88, portanto, apenas reforçou o dever de os gestores públicos buscarem a maximização dos resultados para a sociedade – tanto econômico quanto social – a custos menores, diante de um contexto em que os recursos públicos são limitados.¹⁷⁹

A insuficiência dos recursos públicos para que o Estado disponibilize à sociedade os serviços e utilidades a que se comprometeu na CRFB/88, em nível minimamente satisfatório de qualidade, enfatiza a importância prática de o princípio da eficiência ser realmente incorporado à rotina administrativa, sobretudo na elaboração e execução de

¹⁷⁷ Como referência na distinção entre os conceitos de eficiência e economicidade, vale citar trecho do estudo de DAVID (2010, p. 89-90 e 108) em que, apoiado na análise da efetivação do direito à saúde por meio da eficiência, pontua a ponderação marcante que é a eficiência impõe na gestão pública: “Assim, o presente estudo adere à doutrina majoritária ao defender que ambos conceitos se diferem e que a economicidade possui um viés mais restrito que a eficiência, bem como é princípio que apenas indiretamente busca a otimização dos resultados sociais. Também cabe aduzir que se entende no presente estudo que a economicidade determina que se invista o mínimo possível para a realização de determinada contratação, sem, no entanto, haver um sopesamento, ou seja, não há propriamente uma ponderação. A economicidade seria correlata, portanto, ao segundo nível da proporcionalidade, a saber, da menor onerosidade. De outro lado, a eficiência – esta sim relacionada à ponderação própria da terceira fase da aplicação da proporcionalidade – determina um juízo a respeito de ganhos e perdas tendo em vista o bem-estar da sociedade. [...] Até então, tudo quanto foi dito em relação à eficiência se aproxima em muito da noção de economicidade, exceto quanto à verificação dos resultados sociais, eis que própria do primeiro princípio e estranha ao segundo.”

¹⁷⁸ Eis o teor do dispositivo: “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: III - A eficiência administrativa.”

¹⁷⁹ A escassez dos recursos públicos para fazer frente aos gastos estatais e, por consequência, a urgência de se aprimorar a gestão pública foram motivos determinantes para a promulgação da EC nº 19/1998, que instituiu a denominada administração gerencial. Nesse sentido, LANIUS, GICO JUNIOR e STRAIOTTO (2018, p. 111) observam os registros que foram feitos à época nos documentos oficiais que encaminharam a proposta de emenda constitucional: “Na Exposição de Motivos Interministerial no 49, de 18 de agosto de 1995, o aumento da eficiência estatal é apresentado como essencial à superação da crise fiscal e ao revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas públicas. A incorporação do princípio da eficiência no texto constitucional é justificada expressamente pela necessidade de o aparelho do Estado “se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviço à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte”. O constituinte, ao aprovar a inclusão do princípio da eficiência no texto constitucional, o fez, portanto, com o intuito de promover a ampliação dos serviços públicos ao cidadão e a oferta de serviços de melhor qualidade, em um contexto de recursos escassos e de ilimitadas necessidades sociais.”

políticas públicas, e não simplesmente ser tratado como um princípio etéreo, cuja presença só é vista e comemorada nos livros jurídicos.¹⁸⁰

Em um cenário normativo como o estabelecido pela CRFB/88, em que diversas ações prestacionais são exigidas do Estado pelos cidadãos, associado a um cenário realístico de escassez de recursos financeiros, o filtro da eficiência deve ser utilizado como mecanismo de avaliação da gestão pública, notadamente no que se refere à ponderação sobre os resultados obtidos pela administração de turno à luz das reais e prioritárias necessidades da sociedade.¹⁸¹

Existe, assim, uma estreita associação entre o princípio da eficiência e a busca por resultados alinhados com o interesse público, isso é, com o interesse da sociedade.¹⁸² Quer isso dizer que a eficiência – compreendida aqui, inclusive, na sua acepção de economicidade – é observada se as metas traçadas representarem os anseios prioritários da coletividade e forem alcançadas a um custo razoável, sem desperdícios de recursos públicos. A escassez de recursos públicos submete o gestor a um confronto, marcadamente sensível, entre diferentes e possíveis linhas de ação nos mais variados campos de atuação do Estado, competindo-lhe identificar as prioridades dos cidadãos e, partir daí, estruturar políticas públicas voltadas ao seu alcance, tudo dentro do orçamento disponível e ciente das consequências de cada uma das escolhas que venha a tomar. É nesse contexto que os debates em torno das escolhas trágicas acontecem, compreendidas essas como as escolhas dos governantes por determinados gastos direcionados a determinadas finalidades públicas em detrimento de outras igualmente relevantes.¹⁸³

¹⁸⁰ Vale registrar a crítica formulada por MELLO (1999, p. 75) a respeito da utilidade da inserção do princípio da eficiência na CRFB/88: “Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluído e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.”

¹⁸¹ Em sentido semelhante, cite-se a seguinte passagem de FREITAS (2004, p. 75) sobre o princípio da eficiência: “Por tudo, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor”.

¹⁸² Nesse sentido, cite-se MOREIRA NETO (2008, p. 130): “Se assim se tem, assentado este dever constitucional, pode-se dele retirar duas consequências: primo, que a formulação de políticas públicas necessita ser entendida, sob aspecto jurídico, como uma garantia da efetivação dos direitos subjetivos dos administrados através de ação político-administrativa processualizada do Estado e, secundo, que é dever constitucional do Estado atingir perfeitamente os resultados que concorram para o atendimento de seus cometimentos públicos.”

¹⁸³ No âmbito do STF, o trecho da ementa do julgado a seguir referenciado é emblemático ao definir os contornos do debate em torno das denominadas “escolhas trágicas”: “A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas

A partir, portanto, de um olhar voltado para o princípio da eficiência, cuja obediência pelos gestores públicos é obrigatória, pode-se afirmar que a densificação dos pressupostos constitucionais autorizativos para que o Estado atue como empresário deve ser pautada, dentre outros fatores, por aquele princípio, impositivo de uma avaliação dos benefícios e prejuízos advindos de determinada decisão ou, em outros termos, do resultado das ações promovidas pelo Estado no campo empresarial.¹⁸⁴

Na prática, a incorporação da eficiência e, pois, da economicidade ao processo de tomada de decisão acerca da atuação do Estado como empresário pressupõe a reflexão sobre os custos da entrada ou permanência estatal na economia à luz dos benefícios delas advindos, mas igualmente tendo como norte as prioridades da população e as externalidades em cada uma delas com a respectiva decisão.¹⁸⁵ Ganha ainda mais importância essa análise no que se refere às estatais classificadas como dependentes, as quais, nos termos da LC nº 101/2000, são aquelas que recebem do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.¹⁸⁶

públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.” Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). ARE nº 639337. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 23 de agosto de 2011, p. 127-128. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2023.

¹⁸⁴ Em igual sentido, ao discorrer sobre o princípio da eficiência e a sua distinção em relação à economicidade, SOUTO (2004, p. 20) assim assevera sobre a eficiência: “É, pois, controle de resultado, que se submete a parâmetros objetivos.”

¹⁸⁵ Sobre a possibilidade de controle jurisdicional de atos administrativos discricionários à luz do princípio da eficiência, MORAES (2006, p. 22-24) ressalta que: “O administrador público precisa ser eficiente, ou seja, deve ser o que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade. [...] O princípio da eficiência vem reforçar a possibilidade de o Ministério Público, com base em sua função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promover as medidas necessárias, judicial e extrajudicialmente, a sua garantia (CF, art. 129, II). Vislumbra-se, portanto, dentro dessa nova óptica constitucional, um reforço à plena possibilidade de o Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), em defesa dos direitos fundamentais e serviços essenciais previstos pela Carta Magna, garantir a eficiência dos serviços prestados pela Administração Pública, inclusive responsabilizando as autoridades omissas [...]”

¹⁸⁶ Para mais informações sobre o custo das empresas estatais federais dependentes, ver a dissertação de mestrado SANTOS (2021).

Como a nomenclatura classificatória sugere, as empresas estatais dependentes consomem recursos financeiros do ente controlador para arcar com despesas básicas para a sua operação, como as despesas com pessoal e de custeio em geral, estando incluídas, por essa razão, no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, juntamente, por exemplo, com as dotações relacionadas à saúde, previdência social e aos Poderes do ente federativo. Estar lado a lado com essas dotações reforça a importância de os gestores públicos promoverem permanente reflexão, à luz do princípio da eficiência, sobre cada linha de ação, incluindo-se aí a atuação do Estado como empresário.

Afinal, o direcionamento de recursos a esse propósito traz em si a consequência ínsita de retirada desses valores para outras finalidades igualmente relevantes, daí a importância de se valer desse filtro para fins de avaliar se e em que circunstâncias se justifica a atuação do Estado no campo econômico.

Essa análise é especialmente relevante na medida em que assegura ao gestor público manter o maior alinhamento possível com as reais prioridades da população. Nesse ponto, há de ser mencionado que a legitimidade de determinado governo não é aferida apenas nas eleições, sendo igualmente importante que as ações implementadas pelo governante de turno durante todo o seu período de gestão reflitam os principais anseios da população. Isso é, ter a eficiência como um guia é um convite para que o gestor público tome decisões que representem, na maior medida possível, as reais prioridades da população.¹⁸⁷

Ainda sobre a influência do princípio da eficiência na temática do Estado empresário, CYRINO (2016, p. 20-21) apresenta contribuições importantes, a partir da análise econômica sobre incentivos a que estatais e seus dirigentes e/ou controladores

¹⁸⁷ Sobre o tema, destaque-se os comentários de SOUZA (2017, p. 47): “De outro ângulo, a ideia de que a administração deve estar a serviço de metas ou objetivos legítimos, isto é, consentâneos com as prioridades e aspirações dos interessados, tem também sido encarecida pelas normas. Não apenas pela Constituição, que exige um controle da legitimidade da gestão pública (arts. 70, caput e 31, §3º), mas, sobretudo, por aquelas normas que, ao preverem a edição de planos pela administração, demandam participação popular – via consultas e audiências públicas – na sua elaboração, sob pena de invalidade (isto é, de o plano que não resulte de diálogo com a sociedade não ter validade jurídica). É o caso dos planos de saneamento básico, assim como do plano geral de metas para a universalização de serviços de telecomunicações prestado sem regime público. Somente o plano administrativo dotado de ampla legitimidade, alcançada com a participação de interessados na sua formulação, tem, à luz dessas normas, validade jurídica.”

estão sujeitos, para avançar em *standards* na aplicação do art. 173 da CRFB/88, valendo citar, a título exemplificativo, a seguinte reflexão sobre o assunto:

Pois bem. O primeiro *standard* que se sugere é, na verdade, uma provocação à análise econômica do direito que já se infere do exposto: quanto menor a vantagem comparativa do Estado, mais estreito deverá ser o sentido do art. 173. Acreditamos que faz parte do mister do economista avaliar casos em que o mercado, ainda que defeituoso, possa trazer melhores resultados. Parece-nos correto afirmar que, se o Estado possuir uma baixa capacidade de atuação em um determinado setor — que, por exemplo, demande um grau de inovação e competitividade incompatíveis com os incentivos existentes nas estatais —, a opção interventiva deverá vir em segundo plano. Ou, no mínimo, demandará um ônus de justificação mais incrementado, capaz de contrabalancear as desvantagens econômicas. [...] É nesse ponto que se podem sugerir mais dois *standards*, os quais se relacionam ao peso relativo de interesses públicos capazes de legitimar e incrementar a atuação estatal direta. [...] Nesse diapasão, pode-se sinteticamente sustentar que: quanto maior o clamor democrático por uma determinada intervenção, mais flexível poderá ser a interpretação das zonas de incerteza do art.173; bem como que: quanto mais essencial for a atividade que se pretenda atribuir à empresa estatal, maiores serão as possibilidades de atuação direta do Estado na economia.

Vê-se que os *standards* traçados por CYRINO foram influenciados por fatores da análise econômica do direito e por certa dose de pragmatismo, mas tendo como bússola condutora o princípio da eficiência, na medida em que introduz no centro do debate a avaliação sobre a vantagem comparativa do Estado em atuar em determinado setor, assim como as suas eventuais limitações.

A capacidade ou a incapacidade de o Estado assumir a exploração de determinada atividade econômica não deveria ser desconsiderada em favor dos movimentos dos pêndulos ideológicos dos governantes de turno, eis que é um elemento que deve compor a equação sobre a eficiência de determinada medida. A autocrítica do Estado acerca de sua capacidade (organizacional, financeira, técnica, entre outras) para empreender em determinado nicho empresarial deve ser feita com base em parâmetros objetivos e posta de maneira transparente na tomada de decisão a respeito do assunto.

Se a exploração direta de determinada atividade econômica exigir aparato tecnológico de ponta e recursos humanos e financeiros incompatíveis com as possibilidades do Estado em determinado momento, o processo de tomada da decisão

sobre a intervenção estatal na economia deve considerar esse fator, juntamente com os demais fatores que merecem avaliação, dentre eles o grau de anseio da população por uma intervenção e a essencialidade da presença do Estado para o desenvolvimento de determinado nicho empresarial, por exemplo.

No centro dessa tomada decisão se encontra igualmente a necessidade de verificar a existência de outros meios para atingimento da finalidade almejada, sopesando, por exemplo, se a atuação do Estado como regulador não bastaria ao fim colimado, em substituição a sua exploração direta da atividade econômica, sempre tendo como filtro o princípio da eficiência e as condicionantes trazidas pelo texto constitucional para a hipótese. Essa análise comparativa de outras formas de intervenções do Estado na economia – das mais brandas à mais agressiva, com suas vantagens e desvantagens – é uma das etapas que um sistema de governança pública sobre o Estado empresário deve implementar, em conformidade com o princípio da eficiência, pois incorpora à tomada de decisão a ponderação sobre os resultados econômicos e sociais possíveis para cada uma das alternativas técnica e juridicamente viáveis de intervenção e, inclusive, de não intervenção.

A compatibilidade constitucional da atuação do Estado como empresário perpassa, portanto, pela permanente avaliação acerca da presença do pressuposto constitucional e a sua continuidade com o passar do tempo. A esse respeito, antes de avançar no desenvolvimento do tema, registre-se que o STF já se manifestou no sentido de que não compete ao Poder Judiciário atribuir significado aos requisitos constitucionais, mas sim ao Poder Executivo, com a sua visão macro das prioridades da população e da conveniência e oportunidade da atuação empresarial do Estado, assim como ao Poder Legislativo, no momento de apreciar a lei autorizativa da criação de determinada empresa estatal.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Trecho da ementa do julgado a seguir referenciado: “4. In casu, se o próprio constituinte não realizou uma escolha categórica a respeito da intervenção do Estado na economia, mas apenas estabeleceu balizas norteadoras desse proceder, não cabe ao Poder Judiciário encampar visão juriscêntrica quanto ao tema, sobrepujando-se aos entendimentos exarados pelo Poder Legislativo (ao editar a lei cuja constitucionalidade se discute) e pelo Poder Executivo (que estabelece metas e prioridades na sua atuação empresária à luz de critérios políticos e econômicos cambiantes)”. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 5624 MC-Ref. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 6 de junho de 2019. p. 165. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751504007>>. Acesso em: 6 de fevereiro de 2023.

E, para isso, os agentes públicos devem ter como norte todos os princípios descritos no art. 37 da CRFB/88 e, com maior destaque, o princípio da eficiência, ao invés de simplesmente se apoiar nas expressões constitucionais deduzidas no art. 173, reproduzindo-as de maneira genérica, eis que tal postura não encontra amparo no texto constitucional nem é compatível com as boas práticas de gestão que uma Administração Pública compromissada com resultados deve seguir.

3.3. O filtro constitucional: a permanente avaliação e o risco de inconstitucionalidade derivada da inércia do Estado

A implementação de um modelo de governança pública para, permanentemente, avaliar, monitorar e direcionar a atuação do Estado como empresário é fundamental para garantir que o posicionamento do Estado no campo da economia esteja em conformidade com o texto constitucional, em sua visão sistêmica, trabalhada no tópico anterior. Nesse sentido, a incorporação de uma governança pública sobre o Estado empresário desborda como o meio para se verificar a atualidade da decisão que outrora fora tomada para admitir a intervenção estatal em um determinado nicho econômico ou mesmo para afastar ou modificar a modalidade de sua intervenção. E isso é importante por diferentes razões, a começar pela necessidade de verificar se as premissas da referida decisão são válidas e se permanecerão válidas e atuais com o passar do tempo.

Se for verificado um desvio ou distanciamento daquilo que anteriormente qualificava a presença de um pressuposto constitucional, por exemplo, é o caso de dar início a medidas voltadas a regularizar a atuação do Estado como empresário à norma parâmetro, isso é, à Constituição. Nessa hipótese, o caminho seria, após a verificação dessa situação por um sistema de governança pública, o afastamento do Estado da exploração direta de atividade econômica ou mesmo a mudança da forma de intervenção para outra que não a exploração direta, devendo a modalidade de saída ou de mudança de forma de intervenção ser escolhida com base em critérios técnicos que demonstrem a solução que promova os melhores resultados.

Como discorrido anteriormente neste texto, a simples mudança do contexto político, social e econômico pode – e deve – provocar releituras do texto constitucional e novas interpretações podem – e, igualmente, devem – surgir com a finalidade de mantê-lo atual, sem que para isso seja preciso modificar a redação de seus dispositivos. Essa capacidade de adaptação da Constituição não reduz a sua força normativa; ao contrário, a reforça.

Assim, a justificativa pela presença de determinado pressuposto constitucional em um dado momento pode, eventualmente, permanecer válida ou não em um momento futuro. Independentemente da resposta que essa avaliação vai apontar, o importante aqui é destacar a essencialidade da implementação de uma rotina periódica de avaliação para reverter o quadro de absoluta inércia no que se refere à reavaliação das posições assumidas pelo Estado no campo da ordem econômica, eis que é ela o mecanismo adequado para assegurar a contínua conformação da atuação do Estado como empresário à luz do parâmetro constitucional. Muito mais importante, portanto, do que as respostas que um modelo de governança pública pode dar, no sentido de o Estado prosseguir ou não com a exploração da atividade econômica, o objeto de investigação e proposição desta tese é antecedente, uma vez que se concentra em estabelecer bases sólidas para que seja incorporado à gestão dos ativos empresariais do Estado um sistema de monitoramento e avaliação que assegure permanentemente a sua conformidade constitucional e o desejável alinhamento com os interesses da sociedade. Promover esse avanço é especialmente relevante considerando o fenômeno da dependência da trajetória, tratado anteriormente.

Dessa forma, embora não seja possível, e tampouco saudável sob a ótica democrática, delimitar um sentido unívoco e inflexível aos pressupostos do art. 173 da CRFB/88, o filtro constitucional a ser realizado sobre o Estado empresário – compreendendo, aqui, absolutamente todas as disposições constitucionais, dentre elas a que veicula o princípio da eficiência – deve ser contínuo, e não guiado por voluntarismos episódicos de ordem político-ideológica. Nesse sentido, não encontra amparo no ordenamento jurídico postura que submeta a governabilidade do Estado empresário aos efeitos automáticos da dependência da trajetória, cujo resultado mais provável será uma atuação do Estado na economia em desconformidade com a Constituição e, ainda, não alinhada com os reais e atuais interesses da sociedade.

É nesse aspecto, a propósito, que é possível se cogitar de risco de inconstitucionalidade superveniente da lei que autorizou a criação da estatal, decorrente da igualmente inconstitucional omissão do Estado em reavaliar a sua atuação como empresário. A inconstitucionalidade por omissão é comumente descrita como o fenômeno em que o Estado deixa de editar atos normativos para regulamentar normas de eficácia limitada, cuja edição lhe é imposta obrigatoriamente pela Constituição.¹⁸⁹ Utiliza-se, aqui, não esse conceito, mas sim a perspectiva que trabalha com a possibilidade de determinado ato estar em divergência com o texto constitucional em razão da inação estatal em ajustá-lo ou remodelá-lo, acarretando a configuração de um estado de inconstitucionalidade superveniente da lei autorizativa da constituição da estatal.

Mais especificamente, a constitucionalidade da atuação do Estado como empresário pressupõe a permanente e atual conformidade com as diretrizes elencadas na Constituição. Se, em um momento específico, aquilo que era tido como constitucional deixar de sê-lo, devem ser adotadas as medidas administrativas para a reversão do quadro instalado. A omissão em fazê-lo importará em uma inconstitucionalidade material, consistente na superveniente incompatibilidade da lei autorizativa da criação da estatal com o texto constitucional, derivada do comportamento omissivo do aparato estatal em adotar certas medidas tendentes a manter a juridicidade da atuação do Estado como empresário.¹⁹⁰

A causa da inconstitucionalidade, nessa hipótese, seria a inconformidade material da lei de criação da estatal com a atual interpretação conferida ao texto constitucional, derivada de uma omissão administrativa em regularizar os contornos sobre os quais o Estado explora diretamente atividade econômica. A ausência de ação do Estado em reavaliar, permanentemente, a sua atuação como empresário cria o risco de, pela omissão,

¹⁸⁹ O STF já tratou das omissões legislativas em várias oportunidades, sendo oportuno citar o seguinte julgado para fins de referência e maior detalhamento sobre a matéria: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 3682. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 9 de maio de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2023.

¹⁹⁰ Realizou-se pesquisa no âmbito do STF para identificar se houve a propositura de ação voltada a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo de criação de determinada empresa estatal. A pesquisa foi realizada no dia 9 de fevereiro de 2023, com a seguinte combinação de palavras: “inconstitucionalidade e empresa e estatal”. Foram encontrados 112 resultados, porém nenhum deles se relacionava à impugnação, em específico, de ato normativo relativo a uma determinada empresa estatal.

ser criado um estado de coisas inconstitucional¹⁹¹, no caso, materializada pela continuidade de uma atividade estatal, no campo empresarial, em desconformidade com a Constituição.

Mapeado o risco, a implementação de medidas para gerenciá-lo passa a ser necessário para minimizar a chance de sua concretização¹⁹², sendo este outro motivo pelo qual deve existir um sistema de governança pública para monitorar e avaliar a atuação do Estado empresário.

O risco de se criar um estado de inconstitucionalidade na atuação do Estado como empresário, em razão da ausência de um sistema de governança sobre a matéria, abre portas, ainda, para discussões em torno do controle administrativo da omissão inconstitucional. Tal como as ações constitucionais voltadas a reverter os efeitos da omissão, o controle administrativo tem idêntica finalidade, diferenciando-se por ter início na esfera administrativa. O controle administrativo da omissão inconstitucional busca sanar o vício da omissão mediante a provocação popular junto ao órgão ou agente público competente e responsável por saná-la, ao qual competirá analisar, dentro do prazo estipulado, a demanda e dar o tratamento devido, sob pena de apuração de responsabilidade.¹⁹³

O uso desse instrumento popular é, como regra, associado à omissões administrativas que tornem inviável o exercício de direitos constitucionais¹⁹⁴, o que, a

¹⁹¹ Para aproveitar, com as devidas adaptações, a expressão que veio a ser utilizada pelo STF para classificar a massiva violação a direitos fundamentais da população carcerária decorrente de omissões do Estado. Sobre o tema, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADPF nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 9 de fevereiro de 2023.

¹⁹² Sobre a gestão de riscos, registre-se a definição veiculada no art. 2º, IV, do Decreto nº 9.203/2017: “gestão de riscos - processo de natureza permanente, estabelecido, direcionado e monitorado pela alta administração, que contempla as atividades de identificar, avaliar e gerenciar potenciais eventos que possam afetar a organização, destinado a fornecer segurança razoável quanto à realização de seus objetivos.”.

¹⁹³ Nesse mesmo sentido, MALUF (2016, p. 120) diz que: “O controle administrativo da omissão inconstitucional é um instituto que possibilita um diálogo entre o cidadão e o agente público omissor, de modo que este terá prazo para sanar a omissão, sob pena de responsabilidade. É uma ferramenta de participação popular e de controle da atuação do Poder público.”

¹⁹⁴ MALUF (2016, p. 122) fez uma análise de diversas Constituições estaduais para verificar como o controle administrativo de omissão inconstitucional é tratado, tendo destacado, a propósito do assunto, o seguinte: “Quanto ao objeto, também há divergência. A Constituição do Mato Grosso fala em ‘omissões dos Poderes do Estado que inviabilizem ou obstaculizem o pleno exercício dos direitos constitucionais’. A Constituição do Rio de Janeiro afirma que são passíveis de controle administrativo: ‘As omissões do Poder

rigor, impossibilitaria o seu uso para permitir que cidadãos provoquem reflexões acerca de possíveis omissões estatais na gestão de ativos empresariais, uma vez que não se identifica, de maneira direta, uma relação de causalidade entre a existência de uma omissão nessa matéria e um impeditivo ao exercício de determinado direito de estatura constitucional.

Por outro lado, é legítimo que se aponte a existência de uma relação de causa e efeito, ao menos indireta, entre uma reconhecida omissão em torno do tema e o exercício de um dado direito constitucional, se o raciocínio levar em conta a escassez de recursos públicos e o princípio da eficiência, elementos fundamentais para a compreensão de que a alocação de recursos em determinada finalidade implica na redução ou na não aplicação de recursos em outra, o que, como visto anteriormente, é uma premissa que deve guiar as atividades de todo gestor público.

Encarada a partir dessa perspectiva, seria possível cogitar a possibilidade de uso do controle administrativo de omissão inconstitucional por popular se for identificada a incompatibilidade específica de uma atuação do Estado como empresário à luz do texto constitucional e, cumulativamente, nada estiver sendo feito, em âmbito administrativo, para contorná-la.

Nota-se a utilidade que o controle administrativo da omissão inconstitucional possui para municiar os cidadãos de poder fiscalizatório sobre a gestão pública e, mais precisamente no campo do Estado na economia, permitir o acesso popular aos órgãos ou agentes públicos responsáveis por gerenciar os ativos empresariais, franqueando a possibilidade de instá-los a se manifestar sobre imputada omissão administrativa sobre a matéria.

Essa abertura que o controle administrativo disponibiliza aos cidadãos tem utilidade tanto se já existir um sistema de governança pública para monitorar e avaliar a atuação do Estado como empresário quanto se não existir, eis que em ambos os cenários os gestores públicos serão provocados a avaliar a imputação de omissão na matéria e

Público na esfera administrativa, que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais'. As Constituições do Amazonas e de Santa Catarina falam em 'omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais' [...]."

enfrentar a provocação. Entretanto, um sistema de governança em funcionamento dispõe de todas as ferramentas, de maneira estruturada e organizada, para responder adequadamente a demanda, dando-lhe a solução cabível, mediante um processo de tomada de decisão devidamente instruído, seja ela pelo reconhecimento da omissão, com o início das medidas previstas para a sua reversão, seja ela pela negativa de omissão, mediante a apresentação das justificativas cabíveis.

Tudo o que se disse sobre controle administrativo de omissão inconstitucional serve para destacar a relevância de a atuação do Estado empresário passar por um permanente filtro constitucional, e não apenas em situações específicas e distantes, como os momentos de criação de uma estatal e o de uma eventual desestatização, os quais são ancorados, sobremaneira, por motivações ideológicas¹⁹⁵ e não necessariamente por uma avaliação estruturada e transparente que dê respaldo a uma decisão tecnicamente justificável, tempestiva e em sintonia com a Constituição.

A implementação de uma governança para promover o filtro constitucional do Estado empresário é fundamental para assegurar a atualidade dos motivos determinantes que serviram de fundamento para uma decisão pretérita. Na vida, nada é para sempre, e a justificativa para determinada decisão não está livre dos efeitos do tempo. Ou seja, um movimento estatal tomado em certo momento, independentemente de sua direção, pode não se ajustar a uma outra realidade posterior. Justamente por isso é que se torna importante reinterpretar e desafiar as premissas sobre as quais se fundam determinada decisão pretérita vis-à-vis as novas perspectivas e possibilidades que a realidade apresenta, superando as presunções, suposições e barreiras que a dependência da trajetória, em menor ou maior grau, impõe à rotina da gestão pública.

Em igual sentido, a OCDE¹⁹⁶ destaca, em suas diretrizes sobre governança corporativa de estatais, recomendações aos governos sobre como assegurar que as empresas estatais operem de forma eficiente, transparente e responsável. Essas

¹⁹⁵ Os documentos “perfil das empresas estatais” referentes a diversos exercícios contribuí para uma análise, em âmbito federal, da influência dos programas de governo no aumento e/ou diminuição do escopo de atuação do Estado empresário. Para mais informações, ver: <<https://bibliotecadigital.economia.gov.br/handle/777/162>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2023.

¹⁹⁶ O Brasil não é membro aderente à Convenção da OCDE, mas o ano de 2022 foi marcado pelo início das discussões formais para a adesão. Para mais informações, ver: <<https://www.oecd.org/latin-america/paises/brasil-portugues/>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

recomendações são o padrão internacionalmente aceito sobre a maneira como os governos devem exercer a função de propriedade estatal.¹⁹⁷ O primeiro tópico de recomendação, intitulado “justificativas da propriedade estatal”, assim preceitua:

O Estado exerce a propriedade das Empresas Estatais (EEs) no interesse público em geral. Ele deve avaliar cuidadosamente e divulgar os objetivos que justificam a propriedade estatal e submetê-los a uma crítica permanente. A. O principal objetivo da propriedade estatal das empresas deve ser maximizar o valor para a sociedade, mediante uma alocação eficiente de recursos. [...] D. O Estado definirá os princípios para a propriedade de EEs individuais e deverá submetê-los a revisões periódicas. Todos os objetivos de políticas públicas a ser alcançados pelas EEs, individualmente ou em grupo, deverão ser claramente endossados e divulgados pelas autoridades competentes.

Ao mencionar que a propriedade estatal deve se submeter a uma “crítica permanente”¹⁹⁸, as diretrizes da OCDE sobre governança corporativa nas empresas estatais ilustram a importância de se ter um processo, com regras estabelecidas, para avaliar periodicamente a pertinência da atuação do Estado como empresário. Embora não se faça menção à dependência da trajetória, a sugerida “crítica permanente” busca exatamente evitar os malefícios da inércia estatal no que se refere à gestão de seu ativo empresarial, representados, sobretudo, por um possível desalinhamento com as reais prioridades da sociedade e uma má alocação de recursos públicos, em um contexto em que esses são escassos.

É curioso notar, ainda, que essa recomendação do guia elaborado pela OCDE foi, topograficamente, incluída como a primeira de 7 (sete), o que sugere a sua essencialidade para garantir a boa governança da gestão dos ativos empresariais do Estado como um todo e a sua função procedimental para alcançar os resultados práticos almejados. Além disso, destaque-se que a recomendação fixa, logo de início, a premissa de que a propriedade das empresas estatais pelo Estado é exercida no interesse público em geral, sendo esse o ponto de partida para as diretrizes seguintes, as quais, em linhas gerais, elencam as responsabilidades relacionadas à temática e os deveres de prestar contas e

¹⁹⁷ OCDE. Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais. Edição 2015. *OECD Publishing*: Paris, 2018. p. 3. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

¹⁹⁸ Na versão em inglês, fala-se em “*subject these to a recurrent review*”. Ver p. 17: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-guidelines-on-corporate-governance-of-state-owned-enterprises-2015_9789264244160-en#page19>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

alocar eficientemente os recursos públicos. A perspectiva lançada no guia da OCDE mais do que reforça a importância de se implementar uma governança pública sobre o Estado empresário; ela apresenta, de maneira explícita, os reais prejudicados por eventual má gestão dos ativos empresariais do Estado: o interesse público em geral.

A ideia de que a propriedade do Estado sobre empresas estatais é exercida em nome da sociedade, titular, em última instância, daquilo que pertence ao Estado, está intrinsecamente relacionada à ideia de representação dos interesses da sociedade por aqueles incumbidos da gestão da coisa pública, derivando daí a necessidade de implementação de governança pública sobre a gestão dos ativos empresariais do Estado como medida fundamental para administrar, com responsabilidade, o assunto e dar transparência da gestão ao público em geral, prestando contas dos atos praticados e, ao mesmo tempo, respondendo por eles.

Com isso, a um só tempo, o Estado garante uma administração diligente e profissional dos ativos empresariais, cumprindo seus deveres de gerir adequadamente o patrimônio estatal, reduzindo a carga ideológica que paira sobre a temática, assim como dá transparência à gestão do assunto, a qual é severamente comprometida no cenário de inexistência de uma governança instituída sobre a matéria.

A avaliação periódica e permanente da atuação do Estado empresário, em conformidade com um sistema de governança pública estabelecido, poderá ou não resultar em mudanças no curso de ação de uma decisão em um dado sentido, não existindo qualquer correlação entre a avaliação e um dado resultado. O que irá dizer se será necessário ou não uma reversão da linha de ação até então trilhada é justamente a análise empreendida a partir do sistema de governança estabelecido. Ou seja, a instituição da governança pública para tratar do Estado empresário não tem afinidade ideológica, revelando-se, muito ao contrário, medida apolítica, voltada a assegurar a permanente conformidade constitucional do braço estatal na economia e a gestão adequada de seu patrimônio empresarial.

A implementação de uma governança pública sobre a matéria garante que essa análise seja feita sem restrições ou padrões que mais limitam do que ampliam, efeitos típicos da dependência da trajetória, como visto anteriormente. A reprodução automática

de ideias preconcebidas e não necessariamente atuais encerra, ou reduz, a capacidade do Estado de ajustar a sua postura aos reais interesses da sociedade e, com isso, cumprir com o princípio da eficiência, cuja obediência é imposta pela CRFB/88, criando o risco de a sua atuação não mais guardar conformidade com o texto constitucional.

4. A PROPOSTA DE GOVERNANÇA PÚBLICA DO ESTADO EMPRESÁRIO

4.1. Por uma gestão proativa do Estado empresário

A promulgação da Lei das Estatais é um sinal de que medidas e esforços estão sendo implementados para o aprimoramento da gestão do Estado empresário. Entretanto, a “recente” lei ainda não foi suficiente para reverter as práticas cultivadas ao longo das últimas décadas, traduzidas, em grande parte, na pesquisa apresentada no capítulo 2 deste trabalho, em que se destacou deficiências nos processos de constituição das empresas estatais, os riscos associados à dependência da trajetória e de configuração de uma situação de inconstitucionalidade da atuação do Estado empresário, em razão da sua inércia em reavaliar o seu papel como empreendedor.

A marca distintiva desse quadro posto é a passividade na gestão do Estado empresário, aqui compreendida como a postura pouco ou nada proativa na administração de seus ativos empresariais. Derivado dessa passividade, verifica-se, ainda, que não há registros públicos que indiquem que a gestão do Estado empresário, ao menos no âmbito federal, seja influenciada por análises, estudos e investigações técnicas para avaliar o papel do Estado na economia, o que sugere, como visto anteriormente, que a regência dessa matéria seja ditada por fatores despidos de tecnicidade e, sobretudo, por questões político-ideológicas, estampadas nos distintos programas dos governos que se sucedem no tempo.¹⁹⁹

Essa passividade, associada a seus desdobramentos, cria um cenário em que a gestão do Estado empresário, no que se refere às posições assumidas pelo Estado na economia, acaba por se concentrar em 2 únicos eventos – na decisão de constituição de uma estatal e na eventual decisão pela sua desestatização –, embora, em tese, ela possa se

¹⁹⁹ Sobre o papel das estatais nos ciclos governamentais, ver o artigo completo de COSTA e MIANO (2013, p. 145-181). Cite-se, aqui, pequeno trecho (p. 147) que sintetiza as visões antagônicas sobre as estatais de acordo com o ciclo governamental que esteja em vigor: “O debate entre privatização e estatização envolve uma variedade de aspectos e de posicionamentos. Assim como as correntes econômicas intervencionistas e liberais se alternam como balizadoras das políticas econômicas, as empresas estatais ora são vistas como fomentadoras da economia nacional, ora como um fardo para o orçamento público e uma fonte irremediável de ineficiência macro e microeconômica.”

materializar em tantas outras atividades entre e além desses pontuais marcos temporais. A proposta apresentada nesta tese é no sentido de que a instituição de uma governança pública sobre o Estado empresário pode contribuir para que, a um só tempo, se implemente uma efetiva e permanente gestão da matéria e para que os posicionamentos assumidos pelo Estado na ordem empresarial respeitem o texto constitucional, em sua acepção sistêmica tratada no capítulo anterior.

A proposta de submeter o Estado empresário a um permanente filtro de constitucionalidade, retirando-o dos efeitos automáticos da trajetória da dependência e revertendo as deficiências diagnosticadas na gestão da matéria, reclama a incorporação de mecanismos para essa finalidade, derivando daí a importância das ferramentas de governança pública a serem apresentadas neste capítulo.

O que se sustenta por meio desta tese é que o arcabouço principiológico e constitucional que regulamenta a atuação do Estado no domínio econômico traz como consectário a necessidade de se implementar um mecanismo permanente de filtragem constitucional dessa atuação, a ser materializada por meio de um sistema de governança pública que permanentemente avalie, monitore e direcione a atuação do Estado empresário à luz das disposições constitucionais.

O caminho para que isso aconteça perpassa pela mudança de postura – de passiva para proativa – do Estado em relação à gestão de seu patrimônio empresarial. O propósito da governança pública do Estado empresário é, portanto, inculcar o necessário ativismo na gestão do assunto, em especial porque as estatais, com exceção dos poucos casos em que atuam em regime de monopólio, interagem em concorrência com atores privados, no mercado, estando sujeitas, portanto, aos mais variados efeitos da dinâmica que é própria das relações econômicas. Nesse contexto, o Estado empresário, como titular da maioria das ações com direito a voto, deve ter uma gestão proativa de seu patrimônio empresarial, com vistas a manter a juridicidade da sua intervenção na economia, assim como a sua capacidade de se adequar a eventuais mudanças que se façam necessárias, sejam elas na forma de intervenção, sejam elas relacionadas aos recursos que o Estado pretende aplicar na estatal, por exemplo.

Muito se debate sobre ativismo judicial, para se referir ao movimento marcadamente proativo do Poder Judiciário de decidir questões quando presente a retração de outro Poder.²⁰⁰ De igual maneira, fala-se em ativismo congressional para se referir ao movimento também proativo do Poder Legislativo de se manifestar sobre questões que o Poder Judiciário decidiu previamente.²⁰¹

Por sua vez, quando o assunto é o Poder Executivo, a menção comum se reporta à passividade e engessamento da Administração Pública²⁰², bem diferente, portanto, do atributo usualmente relacionado aos demais Poderes do Estado.

A alusão a essas expressões é simbólica, mas ilustra a paralisia que a gestão pública é acometida, inclusive em certo alinhamento com os efeitos da dependência da trajetória tratada anteriormente. Sem a pretensão de entrar no mérito de cada uma das causas que podem contribuir para esse cenário, esse trabalho busca propor a implementação de mecanismos de governança como forma de provocar uma mudança de postura do Estado frente ao seu patrimônio empresarial e, notadamente, frente ao cenário

²⁰⁰ BARROSO (2012, p. 25-26) conceitua o ativismo judicial e o contrapõe à contenção judicial da seguinte maneira: “Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. [...] O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.”

²⁰¹ Sobre o assunto, registre-se trecho do voto do Ministro Luiz Fux na ADI 5.105: “Por uma vertente descritiva, há diversos precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja por emenda constitucional, seja por lei ordinária, que per se desautorizariam a concepção de última palavra definitiva. Essa práxis dialógica, além de não ser incomum na realidade interinstitucional brasileira, afigura-se perfeitamente legítima – e, por vezes, desejável –, estimulando prodigioso ativismo congressional, desde que, é claro, observados os balizamentos constitucionais.”. Fonte: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 5.105. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 1 de outubro de 2015, p. 17. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 7 de abril de 2023.

²⁰² Cite-se, a esse respeito, trecho de artigo de autoria de SUNDFELD: “Nossos problemas na máquina pública não vêm de simples imperfeições técnicas nas leis ou nas pessoas. Vêm de algo mais profundo: da preferência jurídica pelo máximo de rigidez e controle, mesmo comprometendo a gestão pública. Boa gestão pode e deve conviver com limites e controles, mas não com esse maximalismo. Sem inverter a prioridade, não há reforma administrativa capaz de destravar a máquina. O novo lema tem de ser: mais sim, menos não; mais ação, menos pressão. Aqui vão quatro ideias interessantes a respeito. [...] Daí a quarta diretriz: não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar. Nossa máquina pública funciona cada vez menos. O que o direito tem de fazer agora é multiplicar os incentivos para a ação pública, e não ficar criando novos riscos para quem age, incentivando a acomodação e a paralisia. Em suma: mais sim, menos não.”

de deficiências na gestão que se verificou a partir do presente estudo. Nesse sentido, o principal objetivo da governança pública proposta é fazer com que a gestão do Estado empresário passe a ser marcadamente proativa, distanciando-se do curso até então seguido, caracterizado pela passividade da gestão no que se refere, sobretudo, à avaliação, ao monitoramento e ao direcionamento do Estado empresário.

Uma gestão só é proativa se houver o exercício das tarefas a ela inerentes, de maneira transparente e sem lacunas temporais. Em contraponto, uma gestão passiva é aquela sobre a qual não se tem provas de que está sendo executada, em que paira obscuridade sobre as atividades realizadas e cujos sinais de que existe são emitidos apenas pontualmente. Se voltarmos os olhos para a pesquisa retratada nesse trabalho, para o arcabouço normativo e para os arranjos institucionais existentes, a conclusão a que se chega é, invariavelmente, que a gestão do Estado empresário é, por regra, passiva.²⁰³

Se pensarmos no aspecto da avaliação do Estado empresário, por exemplo, a gestão proativa estará presente se ao órgão competente por realizá-la for atribuído o ônus – e esse for cumprido – de permanentemente avaliar cada uma das participações societárias detidas pelo Estado e possíveis nichos que justificariam a intervenção estatal, analisando e justificando, a partir de evidências, as posições assumidas pelo Estado em cada uma delas. Tudo isso de maneira devidamente fundamentada e motivada, dando plena transparência aos entendimentos exarados, considerando que a implementação de um sistema de governança busca aprimorar a gestão e a falta de transparência não é compatível com esse objetivo.

Mais especificamente, o ônus a ser atribuído ao órgão responsável pela avaliação do Estado empresário seria o de, continuamente, avaliar e demonstrar a presença ou o desaparecimento dos pressupostos que autorizam a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, conforme for o caso, assim como o de perquirir se aquela forma de intervenção estatal na economia é e segue sendo a mais eficiente dentre as alternativas possíveis.

²⁰³ Quando se fala em regra, o cuidado do autor se dirige a não generalizar a afirmação, a qual, por certo, comporta exceções. Apenas a título de exemplo, as indicações de administradores para as estatais são processos geridos ativamente pelo Estado e podem ser enquadrados no conceito de gestão do Estado empresário. O recorte desse trabalho é voltado para a forma como o Estado avalia a juridicidade e a adequação de sua atuação como empresário.

Seja qual for o resultado da avaliação, a incorporação na rotina administrativa de uma atribuição como essa – aliada a outras, a serem exploradas nos tópicos seguintes – estrutura arranjos institucionais capazes de assegurar, a um só tempo, a juridicidade da atuação do Estado como empresário e a eficiência na gestão da matéria, configurando, portanto, medida elementar para a transformação do tratamento e do próprio comportamento estatal conferido à matéria. Reforçando a capacidade de a governança estruturar as ferramentas para o setor público atingir os resultados almejados, vale transcrever trecho do relatório da *International Federation of Accountants* (IFAC, 2014, p. 10) que conceitua governança pública da seguinte maneira:

A governança compreende os arranjos implementados para garantir que os resultados pretendidos para as partes interessadas sejam definidos e alcançados. A função fundamental da boa governança no setor público é garantir que as entidades alcancem os resultados pretendidos enquanto agem sempre no interesse público.²⁰⁴

Vê-se que a governança pública é tratada como uma forma de assegurar que a gestão pública atue em conformidade com o interesse público, produzindo os resultados desejados, compreendendo, portanto, uma gestão pública que respeite a juridicidade, seja eficiente e mantenha-se alinhada com os interesses da sociedade.

Vale refletir, nessa perspectiva, que as ações do capital social de cada uma das estatais titularizadas pelo Estado representam, ainda, um bem público e, como tal, devem ser geridos de maneira responsável, transparente e alinhada com o interesse público, independentemente da classificação do bem público nos moldes das definições trazidas pelo Código Civil de 2002²⁰⁵. Como bem observa MARRARA (2014, p. 93), os deveres inerentes à boa gestão devem ser observados por todos os bens públicos, sejam eles caracterizados como de uso comum do povo, de uso especial ou dominicais:

²⁰⁴ Texto original: “*Governance comprises the arrangements put in place to ensure that the intended outcomes for stakeholders are defined and achieved. The fundamental function of good governance in the public sector is to ensure that entities achieve their intended outcomes while acting in the public interest at all times.*”.

²⁰⁵ Art. 99 do Código Civil: “São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.”

Quando se afirma que não há uma relação precípua e formal desses bens a certos usos, não se está a dizer que eles possam ser geridos de qualquer modo, de maneira a ignorar interesses públicos primários. No Brasil, todo e qualquer bem estatal é patrimônio de um Estado democrático, republicano, criado e sustentado pelo povo. Daí porque os bens dominicais sempre deverão ser geridos de modo a produzir utilidades públicas e contribuir com a materialização de interesses públicos primários.

Para garantir que a gestão do Estado empresário, entendido como um patrimônio público, seja direcionada ao interesse público, a instituição de mecanismos de governança pública para avaliar, monitorar e direcionar a gestão do Estado empresário é uma das formas de incorporar um comportamento proativo na gestão e, a um só tempo, estruturá-la com vistas a garantir a eficiência e juridicidade de sua atuação.

Sobre o papel estratégico da governança para a gestão pública, cite-se trecho do guia referencial elaborado pelo TCU, que elenca as principais atribuições da governança pública e a diferencia da gestão:

A governança de órgãos e entidades da administração pública envolve três funções básicas, alinhadas às tarefas sugeridas pela ISO/IEC 38500:2008: (a) avaliar o ambiente, os cenários, o desempenho e os resultados atuais e futuros; (b) direcionar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas (usuários dos serviços, cidadãos e sociedade em geral) e assegurando o alcance dos objetivos estabelecidos; e (c) monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as expectativas das partes interessadas. Enquanto a gestão é inerente e integrada aos processos organizacionais, sendo responsável pelo planejamento, execução, controle, ação, enfim, pelo manejo dos recursos e poderes colocados à disposição de órgãos e entidades para a consecução de seus objetivos, a governança provê direcionamento, monitora, supervisiona e avalia a atuação da gestão, com vistas ao atendimento das necessidades e expectativas dos cidadãos e demais partes interessadas.²⁰⁶

O exercício dessas tarefas inerentes à governança – avaliação, monitoramento e direcionamento – cria um cenário impróprio para que a passividade tenha espaço na

²⁰⁶ BRASIL (2013, p. 21).

gestão pública, configurando, dessa maneira, meio eficaz para imprimir a mencionada gestão proativa do Estado empresário.²⁰⁷

Vale ressaltar, ainda, que a postura proativa que se espera incutir na gestão do Estado empresário deve recair também sobre a própria governança pública. Explique-se: os *standards* estabelecidos pelo sistema de governança pública podem, com o tempo, não serem mais adequados para fazer com que a gestão siga as melhores práticas na condução de suas atividades. Isso é, a própria governança pública não está imune dos riscos associados à dependência da trajetória.

A partir da concepção de que a governança rege o funcionamento da gestão pública, constata-se a importância de que ela se mantenha atualizada e seja objeto de constante aprimoramento, mediante a avaliação dos resultados alcançados pelos *standards* fixados. Por essa razão, no próximo tópico, busca-se apresentar práticas adotadas por determinados países para reforçar a governança do Estado empresário e garantir o que se chamou de gestão proativa e, notadamente, a juridicidade e eficiência da atuação do Estado como empresário.

4.2. O diálogo entre a experiência internacional e a formulação de uma governança pública sobre o Estado empresário

O foco de atenção a que esta tese está voltada – a governança pública do Estado empresário – é objeto de estudo e discussões em outros países, das quais derivam ações e

²⁰⁷ Em reforço, vale registrar trecho do referencial elaborado pelo TCU que realça a importância da governança para a gestão pública ao rebater o questionamento sobre possível modismo no uso da expressão: “Governança é só um modismo recente para dizer o mesmo que gestão? Essa é uma pergunta frequente. Governança é uma temática antiga e trazemos um pouco dessa história no capítulo 2. Governança não é o mesmo que gestão. Uma analogia¹ poderá facilitar o entendimento. Em um condomínio residencial, a gestão está sob a responsabilidade do síndico. É ele quem recebe as verbas condominiais e as utiliza para fazer o condomínio funcionar. Ele tem poder para contratar e distratar. Mas ele é o dono do condomínio? Tem ele poder absoluto? Não, certamente que não. São os proprietários das unidades do condomínio que detêm o poder maior. Eles estabelecem as regras de funcionamento do condomínio e dão o direcionamento superior para que o síndico, eleito pelos proprietários e sob sua delegação, realize as ações por eles demandadas, sempre devendo prestar contas de suas ações à assembleia de proprietários, que pode, inclusive, destituí-lo. Assim, enquanto a governança é a função direcionadora, a gestão é a função realizadora. A Figura 1 representa essas distinções de modo resumido: enquanto governança é responsável por estabelecer a direção a ser tomada, com fundamento em evidências e levando em conta os interesses do(s) proprietário(s) e partes interessadas, a gestão é a função responsável por planejar a forma mais adequada de implementar as diretrizes estabelecidas, executar os planos e fazer o controle de indicadores e de riscos.” (BRASIL, 2020, p. 16)

práticas que podem ser incorporadas pelo Brasil, com as devidas adaptações, no intuito de estabelecer um mecanismo de governança adequado para gerir a matéria e que possa contribuir para a permanente juridicidade da atuação do Estado na economia e, especialmente, para assegurar o seu alinhamento com os reais interesses da sociedade e o respeito ao princípio da eficiência.

O objetivo deste tópico é destacar determinadas ações e práticas implementadas por outros países e dialogar, a partir daí, com o que pode ser realizado no Brasil. Antes de avançar nesse propósito, registre-se que a análise da experiência internacional partiu, inicialmente, dos apontamentos feitos pelo IBGC em estudo sobre o assunto²⁰⁸ e dos materiais produzidos pela OCDE²⁰⁹; a partir daí, o autor passou a pesquisar as individualidades de alguns países ao redor do mundo. Como a pretensão desta tese não é realizar uma análise comparativa ou mesmo uma investigação profunda sobre a prática internacional, mas sim dedicar um tópico para o relato de achados para contribuir com a proposta apresentada, não houve, neste ponto, a adoção de uma metodologia rígida e preestabelecida, ao contrário da pesquisa desenvolvida e apresentada no segundo capítulo. Dessa maneira, a pesquisa narrada no presente tópico se deu de maneira livre e resultou na seleção de destaques pelo autor de maneira discricionária.

As diretrizes traçadas pela OCDE buscam, dentre outros objetivos, profissionalizar o papel do Estado como acionista de empresas estatais²¹⁰ e partem do reconhecimento de que ações e medidas estruturadas devem ser implementadas para alcançar esses objetivos e enfrentar os desafios de gestão que as estatais, assim como empresas com acionistas exclusivamente privados, estão sujeitas.²¹¹

²⁰⁸ IBGC. Políticas de Propriedade Estatal / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. São Paulo: IBGC, 2022. Registro que, na elaboração do material, fui entrevistado pelos responsáveis pela sua produção e mencionado na sessão de agradecimentos.

²⁰⁹ Destaque-se, nesse sentido, o seguinte material: OCDE. Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais. Edição de 2015. *OECD Publishing*: Paris, 2018.

²¹⁰ OCDE (2018, p. 11): “As Diretrizes visam a: (i) profissionalizar o Estado como proprietário [...]”.

²¹¹ Nesse sentido, vale transcrever trecho introdutório das diretrizes que descreve parte desses desafios OCDE (2018, p. 12): “As EEs enfrentam alguns desafios distintos de governança. Por um lado, elas podem sofrer uma interferência indevida e de motivação política pelo proprietário estatal, que produz linhas não muito claras de prestação de contas, falta de responsabilização e perdas de eficiência nas operações corporativas. Por outro lado, a falta de fiscalização, devido à titularidade totalmente passiva ou distante do Estado, pode enfraquecer os incentivos para que as EEs e seus funcionários trabalhem no melhor interesse da empresa e do público em geral, que constituem, em última instância, seus acionistas finais [...]”.

Já foi mencionado anteriormente neste trabalho a diretriz da OCDE relacionada à previsão de mecanismos que permitam a crítica permanente à atuação do Estado como empresário.²¹² Essa diretriz, por sinal, é atendida pelo estabelecimento de uma governança pública capaz de permanentemente avaliar, direcionar e monitorar a gestão do Estado empresário, com vistas a assegurar a sua eficiência e o alinhamento com os reais interesses da sociedade.²¹³

Para alcançar esses objetivos, outra diretriz da OCDE recomenda que o exercício do chamado direito de propriedade do Estado sobre o capital de empresas estatais deve ser centralizado em um órgão.²¹⁴ Essa diretriz é especialmente importante se considerarmos que a carência de definição sobre a responsabilidade pela gestão de determinada matéria, seja lá qual for a sua natureza, importa, na prática, em uma lacuna gerencial.

A atribuição de responsabilidade a um órgão específico para coordenar a governança pública sobre o Estado empresário é peça fundamental para o funcionamento dos mecanismos de controle e gestão a serem implantados nessa direção. A atribuição de tais deveres, desacompanhados de uma definição clara de quem deve efetivamente responder por suas atividades, cria, igualmente, um cenário de ausência de gerenciamento, embora formalmente toda a estrutura de monitoramento e avaliação do Estado empresário esteja regulamentada.

A ideia de ter alguém responsável pela governança pública do Estado empresário perpassa pelo conceito de *accountability*²¹⁵, o qual é construído a partir da ideia de

²¹² Diretriz I da OCDE (2018, p. 19).

²¹³ Em conformidade com a definição legal de “governança pública” e suas diretrizes, notadamente o art. 2º, I e 4º, I, do Decreto nº 9.203/2017.

²¹⁴ Destaque-se o seguinte trecho das diretrizes da OCDE (2018, p. 20): “O exercício do direito de propriedade deve estar claramente identificado no âmbito da administração do Estado. O exercício do direito de propriedade deve estar centralizado em uma única entidade proprietária, ou, se isto não for possível, efetuado por um órgão de coordenação. Esta entidade “proprietária” deve ter capacidade e competência para efetivamente cumprir suas funções.”.

²¹⁵ Sobre o significado de *accountability*, PINHO e SACRAMENTO (2009, p. 1.347-1.348) tecem as seguintes considerações: “Partiu-se para outra fonte, o *Learner’s dictionary of current english* e não foi encontrada a palavra *accountability*, apenas *accountable*: *able to sb/for sth, responsible; expected to give an explanation*. Por fim, na busca empreendida nos dicionários de inglês-português, verificamos que em Vallandro e Vallandro (s.d.) também não aparece o termo procurado, mas *accountable*: “responsável frente à alguma coisa: sujeito a prestar contas”. No Michaelis dicionário prático (1988:03), a palavra foi localizada apresentando o substantivo responsabilidade como seu correspondente no português. Para a tradução de *accountable*, o Michaelis indica três adjetivos: 1. responsável; 2. explicável; e 3. justificável. Claro está,

responsabilidade do gestor público pelas suas ações e dos deveres correlatos de dar transparência a elas e de delas prestar contas. A estipulação de responsabilidade a alguém ou a algum órgão é condição necessária para que possa ser possível, a um só tempo, ter uma efetiva gestão sobre a matéria e reclamar dos responsáveis em hipótese de má administração.

Nesse ponto, vale refletir a respeito da ponderação lançada na diretriz da OCDE no sentido de concentrar a atribuição de gestão do Estado empresário, se possível, em um único órgão. A recomendação é pertinente, dado que a atribuição de responsabilidade de maneira difusa, englobando distintos agentes e/ou órgãos públicos, aumenta as chances de a falta de coordenação entre os atores com responsabilidade prejudicar, na prática, o funcionamento dos mecanismos de governança pública, inclusive ao ponto de gerar um cenário de lacuna gerencial. Com isso, não significa que o pluralismo na composição do órgão público não seja desejável, mas tão somente que diluir a atribuição e responsabilidade pela gestão pode promover resultados menos eficientes.

Mais efetivo é, portanto, a individualização da responsabilidade a um órgão ou entidade pública determinada para que gerencie o sistema de governança pública do Estado empresário, minimizando os riscos de se criar um estado de “terra de ninguém” sobre a matéria.²¹⁶ Há de se destacar, entretanto, o exemplo da Finlândia, na direção contrária da proposta, congregando atores diferentes na tomada de decisões relativas às estatais.²¹⁷

portanto, que, de acordo com as fontes consultadas, não existe um termo único em português que defina a palavra *accountability*, havendo que trabalhar com uma forma composta. Buscando uma síntese, *accountability* encerra a responsabilidade, a obrigação e a responsabilização de quem ocupa um cargo em prestar contas segundo os parâmetros da lei, estando envolvida a possibilidade de ônus, o que seria a pena para o não cumprimento dessa diretiva.”

²¹⁶ A propósito da reflexão, é possível fazer um paralelo com o tema da tragédia dos comuns, o qual desperta discussões importantes sobre planejamento e organização para a gestão de bens comuns, notadamente a importância de ter alguém responsável por organizar e gerenciar a exploração desses bens. Para mais detalhes, ver artigo de SILVA, SANTOS, SILVA, SILVA e GUARNIERI (2020, p.79-94) que debate ideias a respeito do tema à luz da proteção ao meio ambiente.

²¹⁷ FINLÂNDIA (2020, p. 11-12): “Nos termos da lei, os poderes de decisão do Governo em matéria de gestão da propriedade dividem-se entre o Plenário do Governo e o ministério responsável pela direção da propriedade em relação à empresa envolvida. Decisões sobre assuntos relacionados à propriedade que se enquadram no mandato da Sessão Plenária do Governo são primeiramente examinados pela Comissão Ministerial de Finanças, que é o órgão central na elaboração de propostas para a tomada de decisões. A revisão pelo Comitê é baseada em uma análise de política de propriedade realizada em apoio à tomada de decisões, bem como deliberações estratégicas. (tradução nossa). Texto original: “*Under the law, the Government’s decision-making powers in ownership steering matters is divided between the Government Plenary Session and the ministry responsible for ownership steering in respect of the company involved. Decisions on ownership steering matters falling within the mandate of the Government Plenary Session are*

Outra recomendação que merece ser mencionada diz respeito à referência à criação de mecanismo que permita ao Estado acompanhar e avaliar o desempenho das empresas estatais.²¹⁸ Essa diretriz está diretamente conectada com a noção central desenvolvida nesta tese, ao estabelecer a importância de monitorar e avaliar os resultados das estatais à luz do Estado empresário, na condição de curador e representante dos interesses da sociedade.

O desempenho das estatais é uma variável que deve ser considerada na reflexão sobre a atuação do Estado como empresário. Com isso, não significa dizer que, se o desempenho de determinada estatal for digno de nota em comparação com outros agentes do mesmo nicho, a empresa deva necessariamente permanecer em atividade por tempo indefinido no formato de estatal. Tampouco que se o seu desempenho evidenciar ineficiência, a empresa deverá passar, em contrapartida, por um processo de desestatização.

Entretanto, é intrínseco à instituição de uma governança pública sobre as frentes de atuação do Estado empresário que seja promovida uma avaliação ampla sobre as atividades empreendidas por cada uma das empresas estatais, englobando uma análise desde o atingimento de metas fixadas pelo Estado e seus respectivos custos até o (re)exame sobre a relevância das atividades das estatais para a consecução dos pressupostos constitucionais que serviram de fundamento para a sua criação. Afinal, governança pressupõe avaliação sobre o seu objeto, no caso, a participação do Estado como acionista majoritário de uma empresa.

No caso da governança pública de que trata este trabalho, a avaliação do desempenho da estatal deve ser feita à luz dos objetivos esperados pelo Estado, uma vez que são eles, para o Estado, os fatores determinantes para examinar a pertinência e

first reviewed by the Ministerial Finance Committee, which is the central body in drafting proposals for decision-making. The review by the Committee is based on an ownership-policy analysis carried out in support of decision-making as well as strategic deliberations.”

²¹⁸ OCDE (2018, p. 21): “F. O Estado deve atuar como um proprietário informado e ativo e deve exercer seus direitos de propriedade de acordo com a estrutura jurídica de cada empresa. Suas principais responsabilidades incluem: 4. Criar sistemas de relatoria que permitam que a entidade proprietária acompanhe, audite e avalie regularmente o desempenho da EE [...]”.

efetividade de sua atuação na economia pelas empresas estatais.²¹⁹ Sobre esse ponto, uma forma de promover essa avaliação é mediante o estabelecimento, pela governança pública, de indicadores (*key performance indicator*) para mensurar os resultados das estatais sob essa perspectiva.

Ter indicadores criteriosamente pensados para avaliar a performance da estatal à luz da perspectiva do Estado empresário é uma das bases do modelo de governança proposto, pois, a partir deles, o Estado disporá de elementos fidedignos para avaliar, sob determinados critérios objetivos, a capacidade de entrega de resultados da estatal para a sociedade e questionar, inclusive, se os resultados apresentados refletem os reais interesses dela. Esse atributo do modelo de governança proposto contribui significativamente para que a avaliação do Estado empresário seja pautada mais em evidências, e menos em palpites, achismos e opiniões guiadas por carga ideológica.

É possível fazer um paralelo, nessa perspectiva, com a avaliação *ex post* de políticas públicas²²⁰, cujo principal escopo é acompanhar e monitorar o seu desempenho, mensurando os impactos para a sociedade, destinatária final das políticas, com vistas a avaliar a pertinência de aprimoramentos ou mesmo a mudança de curso das medidas adotadas. A avaliação *ex post* de políticas públicas busca, portanto, acompanhar sistematicamente os resultados alcançados de sua execução para, munido dessas informações, avaliar a efetividade e diagnosticar pontos de aprimoramento, com a finalidade de promover as adequações necessárias, inclusive de natureza mais drásticas

²¹⁹ Nesse sentido, vale registrar outra recomendação da OCDE (2018, p. 20-21) a respeito dos objetivos das empresas estatais e a necessidade de acompanhamento de suas atividades à luz dos interesses do Estado: “F. O Estado deve atuar como um proprietário informado e ativo e deve exercer seus direitos de propriedade de acordo com a estrutura jurídica de cada empresa. Suas principais responsabilidades incluem: 3. Definir e acompanhar a execução dos mandatos e objetivos gerais das EEs, [...]”.

²²⁰ No âmbito das políticas públicas, existem materiais sobre a avaliação *ex ante* e a avaliação *ex post*. O conteúdo sobre a avaliação *ex ante* também pode ser aproveitado para a governança pública do Estado empresário, especialmente na fase decisória sobre a constituição de uma empresa estatal. Sobre essas avaliações, vale citar a seguinte diferenciação, muito bem explicada no guia prático elaborado por BRASIL (2018b, p. 13): “De um lado, a análise *ex ante* objetiva promover uma reflexão em nível mais elevado quando da criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas, para que estas sejam melhor desenhadas e planejadas, incluindo, por exemplo, a indicação do sistema de monitoramento e avaliação que será utilizado ao longo de sua execução. De outro lado, a avaliação *ex post* é um instrumento relevante para a tomada de decisões ao longo da execução da política – dizendo ao gestor o que aprimorar e, em alguns casos, como fazê-lo –, bem como para a melhor alocação de recursos entre as diferentes políticas públicas setoriais.”

como a interrupção no desenvolvimento daquela política pública, se essa se mostrar ineficaz ou não apresentar os resultados esperados.

No que se refere ao Estado empresário, como o objeto social da estatal e o pressuposto constitucional que autorizou a sua criação devem estar previstos em lei, os resultados da avaliação de desempenho da empresa não podem, isoladamente, provocar uma mudança de curso que envolva a modificação daquelas bases estabelecidas em lei, exceto se o movimento for igualmente veiculado por lei. Ou seja, uma avaliação do desempenho da estatal que demonstre resultado aquém dos esperados não pode importar, exceto se autorizado por lei, na mudança de escopo da empresa, embora possa, sim, servir de gatilho para gerar mudanças internas voltadas ao aprimoramento da gestão em busca de mais efetividade, assim como para que o Estado reavalie o seu papel como empresário nessa estatal, dado os contornos traçados no art. 37, XIX, da CRFB/88 e no art. 2º, §1º, da Lei das Estatais.

A avaliação de desempenho de cada uma das estatais à luz dos objetivos do Estado é, portanto, ferramenta indispensável para o gerenciamento das participações empresariais detidas pelo Estado, permitindo que se tenha elementos concretos sobre os resultados e impactos para a sociedade e seus respectivos custos, fatores fundamentais para uma avaliação crítica sobre a atividade estatal nessa seara.

Para que tudo isso aconteça, é fundamental que, quando da constituição de estatais, o sistema de governança pública exija o detalhamento dos resultados esperados com a criação da empresa, assim como, no caso das políticas públicas, a análise *ex ante* impõe que os objetivos do governo com determinada política sejam devidamente apresentados, inclusive como forma de dar transparência e prestar contas à sociedade.²²¹

²²¹ A propósito, registre-se trecho sobre o tema extraído do guia de avaliação de política pública *ex ante* elaborado por BRASIL (2018a, p. 12): “Na análise *ex ante*, partindo-se da identificação e caracterização de um problema que demandaria intervenção do Estado, é necessário que sejam estabelecidos objetivos claros para a ação governamental, bem como um desenho que efetivamente permita alcançá-los, considerando, por exemplo, os incentivos dos agentes envolvidos. Antes de implementar a ação governamental, precisa-se estimar os custos e os benefícios esperados, ainda que essa análise possa ser ponderada por fatores de difícil mensuração. Essa relação de custo-benefício deve ser apresentada aos tomadores de decisão e estar transparente para a sociedade como um todo. A qualidade das informações obtidas e das decisões tomadas na análise *ex ante* afeta sobremaneira o desenvolvimento do ciclo da política pública, afetando o nível de desenvolvimento e a qualidade da política pública executada.”.

Veja-se, assim, que a eficácia da avaliação *ex post* está diretamente conectada à qualidade da avaliação *ex ante*.

Se o processo de tomada de decisão pela constituição de uma estatal for obscuro quanto aos objetivos perseguidos, os efeitos dessa falha não se esgotarão naquele momento, estendendo-se por todo o período em que estiver em funcionamento a empresa, uma vez que, nesse contexto, as avaliações de desempenho da estatal não seguirão critérios e indicadores previamente estabelecidos. Nas situações em que essas condições estejam presentes, a avaliação deverá ser realizada, ainda que sem planejamento prévio, levando em consideração objetivos e resultados alinhados com as melhores práticas de gestão e com as expectativas da sociedade em relação ao objeto social da empresa. Como ressaltado anteriormente neste trabalho, a ausência de uma definição clara sobre os resultados esperados com a atuação de determinada estatal não pode ter como consequência outra falha adicional àquela já existente no momento de constituição da empresa. Em suma, a avaliação deverá ocorrer de qualquer maneira, existindo ou não um planejamento prévio sobre como deverá ser realizada.

A efetividade do acompanhamento e monitoramento dos resultados das estatais é garantida, dessa maneira, pela existência de um planejamento prévio, consistente na adequada delimitação das metas e objetivos a serem alcançados pela empresa, assim como pela realização de avaliações periódicas à luz de critérios aptos a mensurar os resultados alcançados pela estatal e seus impactos na sociedade.

A observância dessas etapas – tanto no momento de criar a estatal quanto nos momentos posteriores de sua atividade – é uma das bases fundamentais da governança pública sobre o Estado empresário, na medida em que oferece ferramentas para contribuir com o processo decisório relativo à exploração de atividade econômica pelo Estado.

É possível fazer um paralelo entre essas etapas com a noção em torno das relações de trato continuado, cuja principal marca distintiva é ser de execução continuada, como o próprio nome indica, não esgotando seus efeitos em um único ato.²²² A constituição de

²²² TALAMINI (2005, p. 91) conceitua as relações de trato continuado da seguinte maneira: “relações cuja hipótese de incidência concerne a fatos ou situações que perduram no tempo, de modo que suas posições

uma estatal não envolve simplesmente o ato de criar, devendo englobar outras tantas atribuições tão relevantes quanto, tais como a de planejar, avaliar, acompanhar, coordenar, gerenciar, refletir e decidir por mudanças. Isso é, o ato de criação de uma empresa pelo Estado não esgota, ou não deveria esgotar, as suas responsabilidades relacionadas ao assunto. Assim como em uma relação de trato continuado, o Estado tem diversas tarefas a serem executadas em relação às estatais, as quais têm início antes mesmo da criação da empresa, destacando-se, nesse sentido, o planejamento prévio e o desenho das metas e objetivos a serem alcançados.

Permita-se, aqui, uma alegoria: como que um casamento, em que se fala de renovação de votos, ao Estado cabe avaliar permanentemente se aqueles objetivos traçados estão sendo alcançados, a que custo e em que medida, com vistas a decidir, em conjunto com outros fatores, se é medida juridicamente adequada e de boa gestão reafirmar os votos iniciais, leia-se, os objetivos almejados com a estatal ou se, ao contrário, é mais eficiente mudar a trajetória até então delineada, tudo guiado, de maneira desejável, pelos reais interesses da sociedade.

Os ganhos para a sociedade com a implementação dessas etapas são imensuráveis se comparado, em especial, com um cenário em que não é dada transparência sobre os resultados esperados com a criação da empresa e não são promovidas avaliações sobre o seu desempenho vis-à-vis as metas projetadas.

Vale destacar, a esse respeito, o exemplo da Alemanha, que estipula obrigações para o Ministério responsável pela gestão da participação do Estado em estatal relacionadas à previsão de objetivos e impactos a serem alcançados com a empresa, notadamente para cumprimento do interesse público indicado para a sua existência, assim como deveres correlatos de avaliação dos resultados apresentados, mencionando, inclusive, a possibilidade de a titularidade da estatal ser revista em caso de desaparecimento do interesse público que a justifica.²²³

jurídicas internas (direitos, deveres, ônus...), podem ser modificadas ou redimensionadas no curso da relação, conforme variem o panorama fático ou jurídico”.

²²³ ALEMANHA (2020, p. 43-44): “53 O ministério federal que administra a titularidade da participação especifica os objetivos identificados a atingir com a participação (cf. n.º 9), elaborando-os em objetivos de impacto a médio prazo que possam ser operacionalizados. Esses objetivos de impacto são os objetivos de médio prazo da participação estatal que devem ser alcançados por meio das atividades da empresa – ou seja, representam a estratégia de propriedade do Estado. Para a Estado como acionista, os objetivos de

A diretriz alemã, inserida no guia de princípios da boa governança corporativa, reforça a essencialidade de existir um sistema de governança pública sobre a gestão das participações do Estado em empresas estatais, com a finalidade última de assegurar o alinhamento com os interesses da sociedade, mediante a adoção de mecanismos que, objetivamente, sejam capazes de avaliar os resultados práticos alcançados pela empresa à luz dos interesses do Estado nela.

Os resultados das estatais podem ser mensurados sob diferentes aspectos, e não se pretende neste estudo discorrer, em profundidade, sobre critérios de avaliação, mas é fundamental que sejam estabelecidos tendo como norte o objetivo público declarado quando da constituição da estatal. A avaliação dos resultados alcançados pela empresa não tem utilidade para o Estado se for conduzida por critérios que não meçam os impactos na promoção daquele(s) objetivo(s) que justificaram a sua criação.

Mais uma vez, verifica-se a centralidade da avaliação dos resultados alcançados pela estatal como mecanismo de garantia do alinhamento da atuação da empresa com o

impacto devem, portanto, descrever - que impacto as atividades da empresa pretendem ter em relação ao significativo interesse federal; ou seja, o que deve ser alcançado em termos de significativo interesse federal por meio das atividades da empresa e como a empresa deve contribuir para isso e - como a empresa deve se posicionar e se desenvolver. [...] 57 Se o significativo interesse político estatal tiver deixado de existir, a participação deve ser vista e administrada principalmente sob a perspectiva patrimonial, além da responsabilidade do Estado como (co)proprietária. Neste caso, deve ser desenvolvida uma estratégia sobre como proceder em relação à participação (e.g. venda da participação, transferência de outras funções públicas para a empresa e correspondente alteração dos objetivos da empresa, fusão com outra empresa federal, liquidação ou outra) . Essa estratégia também deve ser desenvolvida se o objetivo por trás da participação do Estado puder agora ser melhor e mais econômico alcançado por outros meios. 58 O ministério federal que administra a participação deve documentar suficientemente os objetivos de impacto e as considerações levadas em conta na revisão do significativo interesse federal. (tradução nossa)". Texto original: "53 *The federal ministry managing the holding specifies the identified objectives to be achieved with the holding (cf. no 9), elaborating them into medium-term impact objectives that can be operationalised. These impact objectives are the medium-term objectives for the holding that are to be achieved by means of the company's activities – in other words, they represent the Federation's ownership strategy. For the Federation as a shareholder, the impact objectives shall therefore describe - what impact the company's activities are intended to have with respect to the significant federal interest; i.e. what is to be achieved in terms of the significant federal interest by means of the company's activities and how the company is to contribute to this, and - how the company is to position itself and develop. [...] 57 If the significant policy-related federal interest has ceased to exist, the holding shall be viewed and managed primarily from an asset-related perspective, in addition to the Federation's responsibility as a (co-)owner. In this case, a strategy shall be developed on how to proceed with the holding (e.g. sale of the stake, transfer of other public tasks to the company and corresponding amendment of the company objectives, merger with another federal enterprise, liquidation, or other). Such a strategy shall also be developed if the purpose behind the Federation's holding can now be better and more cost-effectively achieved by other means. 58 The federal ministry managing the holding shall sufficiently document the impact objectives and the considerations taken into account in reviewing the significant federal interest."*

interesse público que embasou a sua criação. Centralidade essa que deve ser munida de todos os artifícios para extrair o máximo proveito da ferramenta, incluindo-se aí a plena e prévia indicação, por parte do Estado, dos objetivos e os impactos esperados com a estatal.²²⁴

O diálogo com as práticas adotadas ao redor do mundo, associado com a análise empreendida no capítulo 2 sobre as estatais federais, revela o quanto a instituição de uma governança pública sobre o Estado empresário pode representar em termos de ganho de eficiência e, ao mesmo tempo, de meio para garantir o alinhamento da atuação do Estado na economia com os reais interesses da sociedade, em detrimentos dos inevitáveis efeitos da dependência da trajetória e suas externalidades.

4.3. As estruturas da proposta de governança pública do Estado empresário

A governança pública proposta sobre o Estado empresário pode ser estruturada de diferentes maneiras, não existindo um modelo único e rígido capaz de entregar, de forma longeva, os melhores resultados para a sociedade e partes interessadas²²⁵, e não é

²²⁴ A Costa Rica estabelece diretrizes para o relacionamento entre o Estado e as empresas estatais, tratando expressamente dos objetivos e metas a serem perseguidas pelas empresas. Vale destacar o seguinte trecho do protocolo em que constam essas diretrizes, elaborado por COSTA RICA (2019, p. 42): “Com o fim de exercer o ofício político que lhe é atribuído pela normativa nacional, o Poder Executivo enviará uma nota de expectativas a cada uma das EEs, onde serão claramente demarcados os resultados esperados delas, incluindo indicadores relevantes que representem os aspectos mais importantes para o Estado como proprietário. Esses parâmetros darão segurança ao órgão de administração da empresa sobre o que se espera de sua gestão, para orientar as ações das entidades em direção às prioridades estabelecidas pelo Presidente da República e pelo Poder Executivo. Os resultados esperados podem ser financeiros e não financeiros, mas devem necessariamente considerar a sustentabilidade financeira, além de atender aos objetivos de interesse público a ela atribuídos. Esta nota também incluirá os métodos ou fórmulas que serão usados para avaliar a conformidade. A emissão da nota de expectativas será feita anualmente no mês de abril e coincidirá com o planejamento da instituição, estabelecendo-se antes do início do ano de sua execução.” (tradução nossa). Texto original: “*Con el fin de ejercer la rectoría política que le es asignada por la normativa nacional, el Poder Ejecutivo remitirá una nota de expectativas a cada una de las EPÉs, donde se demarcarán claramente los resultados esperados de estas, incluyendo indicadores relevantes que representen los aspectos más importantes para el Estado como propietario. Estos parámetros darán certeza al órgano de dirección de la empresa sobre lo que se espera de su gestión, para orientar las acciones de las entidades hacia las prioridades establecidas por el Presidente de la República y el Poder Ejecutivo. Los resultados esperados podrán ser tanto financieros como no financieros, pero deberán necesariamente considerar la sostenibilidad financiera, además de que los objetivos de interés público que le han sido asignados se cumplan. En esta nota se incluirán además los métodos o fórmulas que se utilizarán para valorar el cumplimiento. La emisión de la nota de expectativas se hará anualmente en abril y coincidirá con la planificación de la institución, estableciéndose previo al inicio del año de su ejecución.*”

²²⁵ Ao dispor sobre a política de governança no governo federal, o guia elaborado por BRASIL (2018c, p. 23) descreve a dificuldade em desenhar um política sobre o tema: “[...] é impossível estabelecer um modelo definitivo – pronto e acabado – de governança. A política, embora orientada por princípios e diretrizes predefinidos, direciona a atuação estatal para a construção permanente de boas práticas de governança.

pretensão deste estudo apresentar uma proposta com esses atributos, mas sim discorrer sobre algumas diretrizes que, se adotadas, criarão bases sólidas para que a gestão dos ativos empresariais do Estado passe a ser feita de forma eficiente e alinhada com o interesse público, aqui compreendido como reflexo do interesse da sociedade.

Tomando o âmbito federal como referência, assim como se fez na pesquisa apresentada no capítulo 2 desta tese, uma das principais deficiências no que se refere à gestão do Estado empresário é a falta de transparência sobre a sua avaliação, monitoramento e direcionamento, o que, por si só, representa grave vício jurídico, incompatível com os preceitos constitucionais, configurando, igualmente, uma evidência de que a governança sobre o assunto é falha ou, em última instância, inexistente.

A estruturação de um sistema de governança pública tem a aptidão de reverter a obscuridade que paira sobre a gestão do Estado empresário, com a implementação de mecanismos de controle que busquem assegurar a transparência plena sobre todas as atividades relacionadas ao tema. Como visto anteriormente, e apenas a título de exemplo, as respostas recebidas pelo autor deste trabalho em pedidos de acesso à informação relativos ao processo de criação de empresas estatais federais demonstram a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de se obter informações a respeito deles.

Nesse sentido, uma das medidas que pode ser adotada para dar cumprimento à almejada transparência no que se refere ao assunto é, sem prejuízo da permanente disponibilização para consulta, a publicação dos principais documentos relacionados às decisões relevantes sobre o Estado empresário.²²⁶

Facilitar o acesso às informações a respeito das decisões do Estado empresário é fundamental para o adequado funcionamento de uma governança pública sobre o tema, não só para atender, formalmente, ao postulado da publicidade, mas também para agregar os benefícios materiais daquela, consistentes, sobretudo, em uma maior e mais qualificada

Com isso, reconhece-se a natureza dinâmica da governança e privilegia-se a adaptabilidade dos modelos adotados às mudanças de contexto.

²²⁶ No caso de decisões pela constituição de empresas estatais, por exemplo, poderia ser cogitada a publicação de toda a documentação técnica que serviu de fundamento para a criação da empresa tanto no sítio eletrônico do órgão da Administração Pública Direta responsável pela condução do assunto quanto no da estatal criada.

crítica e participação popular na condução da matéria. Isso porque, a rigor, o que se observa na sociedade brasileira é uma rivalidade quase que futebolística, guiada puramente por questões ideológicas, entre aqueles que são a favor da criação e manutenção de estatais e, de outro lado, os que defendem a desestatização dessas empresas, e não um debate técnico e pautado por evidências entre visões e posições opostas, ainda que igualmente influenciadas por fatores políticos.

Não se tem a pretensão de relegar a um plano inferior o debate político-ideológico, o qual, em um Estado Democrático de Direito, deve estar sempre no centro das discussões em torno da coisa pública. Ainda assim, há de se reconhecer os ganhos que a qualificação do debate público pode propiciar para fortalecer a participação social na administração do Estado empresário. A mencionada e almejada qualificação do debate social viria a partir de uma maior disponibilização de dados e evidências sobre a temática, permitindo que a sociedade tenha todos os artifícios para compreender a atuação do Estado como empresário e, com isso, ter informações para colaborar e dialogar sobre o assunto, inclusive a fim de melhor informar os vieses ideológicos sobre a matéria. A escassez e a obscuridade nas informações prejudicam sobremaneira a qualidade do debate público, cuja principal consequência é a perpetuação da dualidade acima referenciada.²²⁷

Em tempos em que cada vez mais se propaga a expressão “governo aberto” (*open government*)²²⁸, não se pode admitir que os cidadãos não tenham acesso a documentos básicos como aqueles que serviram de fundamento para a constituição de uma empresa estatal, por exemplo. Afinal, a falha relacionada à transparência retroalimenta falhas subsequentes e igualmente graves na gestão do Estado empresário. Basta pensar no impacto negativo que a restrição de acesso aos documentos anteriormente referenciados

²²⁷ Independentemente da composição do(s) órgão(s) de gestão do Estado empresário contar ou não com a participação direta de populares, a participação popular pode ocorrer por diferentes modalidades, sendo certo que o caráter democrático do Estado de Direito brasileiro encara positivamente o estabelecimento de uma relação dialógica entre sociedade e Estado.

²²⁸ A ideia de governo aberto busca, ao mesmo tempo, dar concretude à transparência na gestão pública e, com isso, atrair a participação popular para as decisões públicas. Sobre o tema, vale citar o seguinte trecho do artigo de MACIEL (2022, p. 89): “O paradigma de governo aberto extravasa, portanto, as fronteiras do acesso à informação e transparência, envolvendo também a participação dos cidadãos, bem como a cocriação de valores públicos, a inovação de bens e serviços e a corresponsabilidade entre afetados e gestores. A palavra “abertura” tem, assim, acepção ampla, para conferir acesso a informações, dados, documentos, espaços e processos decisórios do poder público pela sociedade civil. Com isso, busca-se romper não só com a cultura do sigilo, mas também com a da propriedade burocrática das informações e das competências nos processos decisórios públicos (POSSAMAI, 2016).”

impõe para avaliações subsequentes acerca da presença ou não do pressuposto constitucional que justificou a criação da empresa ou mesmo para a avaliação da permanência desses pressupostos para fins de avaliar a pertinência da manutenção da estatal.

A transparência tem, nesse contexto, um papel instrumental fundamental para o sucesso da governança pública do Estado empresário, uma vez que o direcionamento estratégico a ser implementado depende da publicidade das decisões tomadas sobre o tema. Se um dos principais objetivos com a instituição de uma governança pública sobre o Estado empresário é assegurar o alinhamento de sua atuação com os reais interesses da sociedade, a transparência sobre o que o Estado espera que a estatal alcance é, por exemplo, condição para o monitoramento dos resultados e eventual reflexão sobre o papel desempenhado pela empresa. A cultura da transparência deve ser, portanto, um pilar da governança pública sobre o Estado empresário.

Estabelecidas essas diretrizes, para fins didáticos, passa-se a tecer proposições, em subtópicos específicos, sobre cada uma das principais funções da governança pública, isto é, o monitoramento, a avaliação e o direcionamento.

4.3.1 O monitoramento do Estado empresário

Outra diretriz elementar para o funcionamento da governança pública proposta se refere ao monitoramento do Estado empresário, com a finalidade de assegurar que a sua atuação se mantenha alinhada com o interesse da sociedade. A preocupação com o monitoramento se justifica para evitar que a gestão do Estado empresário sofra dos efeitos naturais da dependência da trajetória e entre em uma espécie de piloto automático, em que o curso futuro da matéria é regido pela reprodução dos movimentos feitos anteriormente.

O permanente monitoramento do Estado empresário viabiliza que o órgão responsável pela sua gestão possa mapear e identificar cenários em que a postura do Estado diante de uma situação deve mudar, tudo dentro de um espaço de tempo

condizente com a dinâmica do contexto político-econômico e à luz dos também dinâmicos interesses da sociedade.

Existindo vácuo temporal na realização do monitoramento, o risco de materialização dos mesmos efeitos de um cenário em que aquele simplesmente não ocorra é grande, em especial pela perda de capacidade de resposta do Estado. Em outros termos, para ser efetivo, o monitoramento do Estado empresário deve ser contínuo, permitindo reações rápidas, se necessárias para o atendimento do interesse público. Justamente por essa razão, o Decreto nº 9.203/2017 aponta a capacidade de resposta como um dos princípios da governança pública, destacando, assim, uma de suas principais diretrizes.²²⁹

Assim como toda estrutura de governança pública discorrida nesta tese, o monitoramento pode gerar a necessidade de respostas em sentidos diametralmente opostos, a depender das circunstâncias postas. Isso é, pode ser possível cogitar tanto uma resposta no sentido de que o Estado deve tomar a decisão de explorar diretamente atividade econômica quanto uma na linha de que a permanência do Estado não mais concretiza o interesse declarado quando da constituição da empresa. Nesse ponto, embora tenha sido recomendada a centralização da gestão do Estado empresário em um órgão apenas, é certo que a interlocução com os variados órgãos integrantes da Administração Pública, dotados, cada qual, de sua especialidade técnica, deve ser estimulada, inclusive para municiar o órgão centralizador de elementos para bem realizar as respectivas competências.²³⁰

²²⁹ Sobre a capacidade de resposta, o guia da política de governança pública, elaborado por BRASIL (2018c, p. 40), destaca que: “A capacidade de resposta (do inglês, *responsiveness*) representa a competência de uma instituição pública de atender de forma eficiente e eficaz às necessidades dos cidadãos, inclusive antevendo interesses e antecipando aspirações. Segundo a mais importante publicação da ONU voltada à análise da governança pública, o *World Public Sector Report (United Nations, 2015, p. 4)*, a capacidade de resposta é – juntamente com a prestação de contas – um dos princípios fundamentais da governança e representa um viabilizador transversal essencial para o desenvolvimento de um país. Por isso, esse é talvez o princípio mais importante entre os estabelecidos pela política de governança.”

²³⁰ Vale transcrever a recomendação sobre o alinhamento transorganizacional mencionada por BRASIL (2018c, p. 55): “Para atender sua finalidade, de garantir o bem comum, o setor público precisa ser capaz de coordenar múltiplos atores políticos, administrativos, econômicos e sociais. Nesse sentido, é importante manter a coerência e o alinhamento de estratégias e objetivos entre as organizações envolvidas; institucionalizar mecanismos de comunicação, colaboração e articulação entre os atores envolvidos; e regular as operações. Cada um dos múltiplos atores dentro do governo tem seus próprios objetivos. Assim, para a governança efetiva, é preciso definir objetivos coerentes e alinhados entre todos os envolvidos na implementação da estratégia para que os resultados esperados possam ser alcançados. A obtenção de resultados para a nação exige, cada vez mais, que as organizações públicas trabalhem em conjunto. Do contrário, a fragmentação da missão e a sobreposição de programas tornam-se realidade generalizada no âmbito do governo e muitos programas transversais deixam de ser bem coordenados.”

O diálogo entre órgãos especializados contribui para a maturidade do processo decisório relativo às decisões sobre a matéria e é fundamental para uma atuação coordenada entre eles, tidos como partes integrantes de uma só estrutura governamental. Se determinada empresa estatal é criada para atender a um relevante interesse coletivo relacionado à saúde pública, é mais do que natural que o Ministério finalístico responsável pela área da saúde tenha contribuído com a provocação para a constituição de uma estatal e, em paralelo, implemente ações e programas na sua esfera com o objetivo de integrar medidas à execução daquele relevante interesse coletivo. De igual maneira, essa coordenação deve existir para o monitoramento do Estado empresário, cabendo ao Ministério finalístico, nesse caso, valorar permanentemente o impacto da estatal para os objetivos públicos declarados.

A respeito do diálogo entre órgãos da Administração Pública, há no ordenamento jurídico brasileiro recente inovação legislativa, veiculada pela Lei nº 14.210/2021, que dispõe sobre a decisão coordenada no âmbito da administração pública federal.²³¹ A analogia com esse instituto é pertinente e demonstra a valorização, em sede legal, do diálogo entre os órgãos públicos participantes de determinado processo de tomada de decisão. A ideia por detrás da decisão coordenada é reduzir os custos e conflitos decorrentes da falta de unidade do processo decisório, mediante a coordenação de todos os atores competentes em um único processo decisório.²³² Assim como no instituto da lei de processo administrativo no âmbito federal, a comunicação entre os variados órgãos

²³¹ “Art. 1º. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida do seguinte Capítulo XI-A: Art. 49-A. No âmbito da Administração Pública federal, as decisões administrativas que exijam a participação de 3 (três) ou mais setores, órgãos ou entidades poderão ser tomadas mediante decisão coordenada, sempre que: I - for justificável pela relevância da matéria; e II - houver discordância que prejudique a celeridade do processo administrativo decisório. § 1º Para os fins desta Lei, considera-se decisão coordenada a instância de natureza interinstitucional ou intersetorial que atua de forma compartilhada com a finalidade de simplificar o processo administrativo mediante participação concomitante de todas as autoridades e agentes decisórios e dos responsáveis pela instrução técnico-jurídica, observada a natureza do objeto e a compatibilidade do procedimento e de sua formalização com a legislação pertinente. [...]”

²³² Cite-se trecho de artigo de autoria de Egon Bockmann Moreira sobre o assunto: “Como se constata, portanto, a decisão coordenada tem a finalidade de permitir a participação/integração de todos os interessados/legitimados na futura decisão administrativa, a fim de acelerar e conferir unidade a processos decisórios complexos, que digam respeito a mais de um órgão ou entidade administrativa federal. Por um lado, incrementa o diálogo e a participação democrática na formação dos atos administrativos; por outro, diminui os conflitos (e respectivos custos), harmonizando perspectivas e soluções consensuais.”. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/breves-notas-sobre-a-decisao-coordenada-04102021>>. Acesso em: 4 de abril de 2023.

públicos impactados com a atuação de determinada estatal deve ser estimulada como medida voltada a garantir que as ações governamentais – encaradas na sua totalidade – caminhem de maneira coordenada para a consecução do objetivo público almejado.

Tão importante quanto esse diálogo é garantir que o órgão dentro da estrutura do Estado a que seja dada competência para conduzir a gestão do Estado empresário seja dotado de autonomia e independência para realizar as suas principais incumbências – monitoramento, avaliação e direcionamento – de maneira técnica, isso é, sem cooptação político-ideológica. Afinal, a instituição de uma governança pública contaminada por questões dessa natureza seria incapaz de produzir os resultados almejados, representando, ao contrário, nessa hipótese, uma perigosa ferramenta para legitimar uma gestão deficiente do Estado empresário.

Outro aspecto de suma importância para se garantir a efetividade deste mecanismo de filtragem constitucional quanto à atuação estatal na economia diz respeito a necessidade de que o sistema e os *standards* de governança estejam previstos em atos normativos qualificados, a fim de se evitar que o governo de turno possa, a partir de um juízo próprio sobre o papel do Estado, alterá-los a seu bel prazer. Daí a importância de se implementar o mecanismo de governança em lei, que goza de relativa estabilidade, sobretudo quando comparado aos decretos e atos infralegais.

Esta tese não tem a pretensão de propor um modelo universal de governança pública sobre o Estado empresário, em especial pela impossibilidade de se pensar em uma estrutura única e ideal para todos os entes da Federação brasileira, cada qual com as suas particularidades. Entretanto, na ordem das diretrizes, assegurar a autonomia funcional do órgão responsável pela gestão do Estado empresário é fundamental, pois é ela que evitará a captura do trabalho técnico a ser empreendido por quem de direito, juntamente com a necessária estabilidade normativa do próprio sistema de governança pública.

4.3.2 A avaliação do Estado empresário

Avançando sobre as diretrizes do modelo de governança pública do Estado empresário, tem-se que a avaliação – outro elemento intrínseco quando se fala em

governança – está diretamente conectada com o monitoramento. A avaliação do Estado empresário se justifica, primeiramente, pela necessária obediência ao texto constitucional, que preceitua as hipóteses em que o Estado está autorizado a explorar diretamente atividade econômica. É o texto constitucional, ainda, que prevê o dever de a Administração Pública buscar a eficiência em sua atuação, a exigir dos gestores públicos não apenas o fiel cumprimento da juridicidade, mas a adoção de medidas que promovam resultados alinhados com os interesses da sociedade e com a otimização de recursos públicos.

A avaliação é o meio pelo qual a atuação do Estado empresário pode ser analisada criticamente à luz do texto constitucional e dos objetivos públicos perseguidos com cada estatal. Para que a avaliação aconteça, é preciso, como visto, que existam critérios previamente estabelecidos e que sejam capazes de medir, sob a perspectiva do Estado, os resultados alcançados pela empresa vis-à-vis as metas preestabelecidas.

O primeiro passo a ser implementado pelo modelo de governança proposto é o estabelecimento de regras que exijam, no momento de criação de uma nova estatal, a densificação do pressuposto constitucional previsto no art. 173 da CRFB/88 e a previsão de mecanismos de controle para garantir que essa tarefa será cumprida. A transparência de todo o processo de tomada de decisão acerca da criação de uma estatal, incluindo-se aí os contornos dados ao texto constitucional no caso concreto, é elemento central para as atividades vindouras do sistema de governança pública proposta, em especial a de avaliação e monitoramento.

O segundo passo a ser dado é a previsão de mecanismos que assegurem que os objetivos e impactos esperados pelas ações da estatal estejam devidamente explicitados, pois, junto com o passo anterior, esses dados e informações servirão de ponto de partida para as demais funcionalidades do sistema de governança pública. Para as estatais já constituídas, em que essas informações não estejam disponíveis de forma clara, recomenda-se que sejam fixadas metas a partir do cenário atual, observando-se os estritos limites estabelecidos no instrumento normativo que autorizou a sua criação.

Bem estabelecidas essas informações – a densificação do pressuposto constitucional, os objetivos e metas com a estatal –, a governança pública disporá de

elementos basilares para o seu funcionamento, caminhando no sentido de uma gestão do Estado empresário pautada mais por evidências, e não puramente por questões de cunho político-ideológico.

Em um cenário de recursos escassos do Estado e demandas crescentes da população, as políticas públicas devem, cada vez mais, ser estruturadas a partir de dados e fontes confiáveis que permitam ao governante de turno melhor alocar os recursos públicos, ciente de que determinadas escolhas representam, quer queira ou quer não, renúncias em outras esferas.

É mais do que natural que as prioridades na alocação de recursos públicos oscilem conforme o plano de governo que esteja em vigor. Entretanto, à luz do texto constitucional, não há espaço jurídico para afastar o governante, independentemente da concepção ideológica que pregue, do dever de obediência ao princípio da eficiência. Sob essa perspectiva, a eficiência – encarada, como deve ser, como um guia norteador da gestão pública – pode ser tratada como uma espécie de freio e contrapeso da discricionariedade de que dispõe o governante de turno para planejar e implementar políticas públicas. Não no sentido de interditar a legitimidade democrática que desfruta, mas sim na perspectiva de exigir do governante de turno racionalidade em suas decisões e na ponderação entre alternativas decisórias disponíveis.

A racionalidade decisória deriva da análise de dados, estudo e evidências, e não por palpites, achismos ou simplesmente preferências pessoais do governante. É daí que exsurge a crescente atenção dirigida ao aprimoramento dos processos de criação e planejamento de políticas públicas, sendo exemplo disso o guia de construção de capacitação para elaboração de políticas informadas por evidências, elaborado pela OCDE (2020a, p.12), que assim discorre sobre a importância de se agregar qualidade às decisões em torno de políticas públicas:

Evidência tem um papel crítico a desempenhar na melhoria da qualidade, capacidade de resposta e acessibilidade dos serviços públicos. Pode desempenhar um papel central ao longo das fases do ciclo político e é cada vez mais reconhecido como uma parte crítica da boa governança. A formulação de políticas informadas por evidências pode ser definida como um processo pelo qual várias fontes de informação, incluindo estatísticas, dados e incluindo as melhores evidências e avaliações de pesquisa disponíveis, são consultadas antes

de tomar uma decisão para planejar, implementar e (quando relevante) alterar políticas públicas, programas e prestar outros serviços públicos de qualidade.²³³

Fica mais claro, a partir daí, que a avaliação, pensada isoladamente, não necessariamente promoverá ganhos de governança sobre a gestão do Estado empresário, estando o seu grau de efetividade atrelado ao modo como a avaliação é conduzida. Nesse ponto, a instituição de um sistema de governança pública sobre o Estado empresário deve não só implementar uma rotina de avaliação sobre a matéria, mas igualmente estabelecer o modo como ela irá ocorrer, dedicando-se a internalizar questões técnicas, dados e evidências, com vistas a enriquecer a função avaliadora da governança.

O produto de uma avaliação guiada por múltiplas perspectivas técnicas e análises de dados pode contribuir significativamente para com os governantes no processo de tomada de decisões relevantes sobre a matéria, em especial decisões pela constituição de uma estatal, pela sua desestatização ou pela mudança da forma de intervenção do Estado no nicho empresarial. Uma boa governança é composta por avaliações baseadas em evidências que permitam ao gestor tomar decisões informadas, mesmo quando essas sejam influenciadas por questões político-ideológica. Afinal, não é missão do sistema de governança pública proposta nesta tese erradicar esse tipo de influência, até mesmo pela sua importância para a materialização da democracia. É seu objetivo, entretanto, aprimorar a gestão do Estado empresário e, mais especificamente, as decisões públicas sobre a matéria. Nesse sentido, reforça-se o que foi dito no tópico anterior no que se refere à importância de se garantir a autonomia funcional daqueles a quem for incumbida a tarefa de promover essas atividades, em reforço à estabilidade normativa do sistema de governança a ser instituído.

No âmbito federal, houve um aceno para a implementação de uma rotina de avaliação do Estado empresário com a edição do Decreto nº 10.263/2020²³⁴, embora, sob

²³³ Texto original: “*Evidence has a critical role to play in improving the quality, responsiveness and accessibility of public services. It can play a role throughout the key stages of the policy cycle and is increasingly recognised as a critical part of good governance. Evidence-informed policy-making can be defined as a process whereby multiple sources of information, including statistics, data and including the best available research evidence and evaluations, are consulted before making a decision to plan, implement, and (where relevant) alter public policies, programmes and deliver quality public other services.*”

²³⁴ “Art. 1º O Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 10, § 6º. O CND, para fins da recomendação de inclusão de empresas no PND, ressalvada a prerrogativa

a ótica da governança pública, alguns comentários podem ser feitos no sentido de aprimorar a mecânica introduzida pelo referido Decreto. Primeiramente, o instrumento normativo foi construído com viés voltado para a desestatização de estatais, na medida em que estabelece competência avaliatória ao Conselho Nacional de Desestatização (CND) voltada à recomendação de inclusão de empresa no Programa Nacional de Desestatização (PND). Um modelo de governança pública não deve ter as suas funções direcionadas para um único resultado, mas sim para o aprimoramento e implementação de boas práticas de gestão. Isso significa que a mecânica introduzida pelo Decreto em referência não se harmoniza com a essência dos mecanismos de governança pública, mais se aproximando de um instrumento de política pública voltado à desestatização do que um modelo voltado a avaliar, monitorar e direcionar o Estado empresário.

Apenas para contextualizar a afirmação anterior, e sem a pretensão de entrar em discussões de índole político-ideológica, o Decreto em referência foi instituído por governante que criou, dentro da estrutura do Ministério da Economia, uma Secretaria Especial de Desestatização e Desinvestimento.²³⁵ A estruturação de uma Secretaria com o explícito objetivo de desestatizar é reflexo do programa de governo democraticamente eleito voltado para essa finalidade. É preciso, porém, segregar o que é programa de governo e o que é um mecanismo de governança pública, de forma que um não invada o espaço do outro.

A criação de competência para determinado órgão público avaliar as estatais para fins de recomendação de inclusão da empresa no PND, nesse contexto, sugere que essa segregação pode não ter sido inteiramente observada. É certo, por outro lado, que um juízo negativo em uma avaliação com esse viés é plenamente possível e, inclusive, foi o que aconteceu com todas as estatais federais quando da realização da primeira avaliação com essa finalidade.²³⁶ Na ocasião, o CPPI simplesmente registrou em ata a apresentação

de exercício a qualquer tempo da competência de que trata o inciso I do caput, deverá: I - avaliar, quadrienalmente, a sustentabilidade econômico-financeira de todas as empresas estatais com controle direto da União, além de verificar se permanecem as razões de imperativo à segurança nacional ou de relevante interesse público que justificaram a sua criação; e II - avaliar, bianualmente, a sustentabilidade econômico-financeira de todas as empresas estatais dependentes, observado o disposto no inciso III do caput do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, além de verificar se permanecem as razões de imperativo à segurança nacional ou relevante interesse público que justificaram a sua criação.”

²³⁵ Vide art. 2º do Decreto nº 9.745/2019.

²³⁶ Vide item VI – Outros Assuntos da ata da 17ª reunião do CPPI de 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/arquivos/?input_from=&input_from_submit=&input_to=&input_to_submit=&setores=&tipo_de_arquivo=Ata+de+Reuni%C3%A3o+CPPI#>. Acesso em: 4 de abril de 2023.

do balanço sobre a sustentabilidade econômico-financeira de determinadas estatais para fins do cumprimento do disposto no Decreto nº 10.263/2020, deixando de recomendar a inclusão daquelas no PND, embora, ao final, tenha sido registrado que 5 (cinco) empresas poderiam vir a ser incluídas no referido programa.²³⁷ Esse dado atenua a sugestão anterior no sentido de que a segregação entre programa de governo e mecanismo de governança pública não tenha ocorrido, mas, ainda assim, não retira a importância de o sistema de governança proposto ser estruturado como um sistema de Estado e indiferente aos programas de governo de turno.

Mais do que isso. Um programa de governança infenso aos vieses ideológicos tende a ter maior durabilidade, já que, ao pender para determinado espectro, tenderia a ser repellido e sofrer mais resistência quando o governo de turno detiver um posicionamento político-ideológico diferente daquele materializado no programa.

Além disso, esse Decreto estabelece que as avaliações das estatais ocorrerão quadrienalmente ou bienalmente, a depender da classificação da estatal como dependente ou não dependente. Se uma das principais diretrizes da governança pública é direcionar ações para a busca de resultados alinhados com as demandas da sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades²³⁸, a periodização estabelecida tem poucas chances de assegurar a tempestividade da avaliação e de medidas que porventura se façam necessárias para ajustar a atuação do Estado como empresário, no sentido de mantê-la alinhada com os reais interesse da sociedade, uma vez que as mudanças experimentadas em um contexto político-econômico são dinâmicas e de efeitos imediatos.

²³⁷ Eis a íntegra do registro sobre esse tema: “VI – OUTROS ASSUNTOS. Apresentação da sustentabilidade econômico-financeira das empresas estatais / Cumprimento ao Decreto nº 10.263/2020, de 5 de março de 2020. A Secretária Especial do PPI, Sra Martha Seillier, apresentou um balanço sobre a sustentabilidade econômico-financeira de 23 empresas estatais, com base em informações e análises fornecidas pelos respectivos Ministérios aos quais as referidas empresas estão vinculadas. A medida cumpre ao disposto no Decreto n. 10.263/2020, de 5 de março de 2020, que determina que o CND, para fins de recomendação de inclusão de empresas no Programa Nacional de Desestatização (PND), deve avaliar a sustentabilidade econômico-financeira de todas as empresas estatais com controle direto da União a cada quatro anos; e de todas as empresas estatais dependentes (observado o disposto no inciso III do caput do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000) a cada dois anos, bem como verificar se permanecem as razões de imperativo à segurança nacional ou de relevante interesse coletivo que justificaram a criação dessas empresas. A Secretária observou que cinco empresas, todas elas vinculadas ao Ministério da Infraestrutura, poderão ser incluídas em breve no PND para fins de desestatização.”

²³⁸ Em sintonia com o art. 4º, I, do Decreto nº 9.203/2017.

Por essa razão, é preferível que o sistema de governança pública sobre o Estado empresário não tenha marcos fixos para fins de realização da avaliação. Intervalos fixos, mais ou menos espaçados, criam lacunas temporais que dificultam a plena absorção da atualidade do momento para fins de avaliação da atuação das empresas estatais. A solução que aparenta ser mais efetiva e que, a um só tempo, enfrenta os riscos associados à incerteza sobre a titularidade da competência pela avaliação é a estipulação da atribuição de avaliar o Estado empresário, em caráter permanentemente, a determinado órgão, sem qualquer menção a períodos em que isso deve ocorrer. Com isso, a avaliação do Estado empresário passa a ser dinâmica e atual, assim como são as mudanças de conjecturas dos nichos empresariais em que as estatais atuam. Sob a ótica jurídica, a avaliação permanente reduz o risco de inconstitucionalidade da atuação do Estado como empresário derivada de sua inércia em reestruturar o seu comportamento na economia.

Vale registrar, ainda, que o aceno para a implementação de uma rotina de avaliação periódica se deu por Decreto, instrumento normativo dotado de intrínseca fragilidade, eis que suscetível de revogação a qualquer tempo, pelo próprio governante que o editou ou por seu sucessor. Se a intenção é estabelecer uma abordagem intertemporal e consistente sobre a atuação do Estado como empresário, é preferível que a sua positivação ocorra por instrumento dotado de maior hierarquia e, dessa maneira, disponha de maior estabilidade.

No que se refere à titularidade da competência para avaliar o Estado empresário, recomenda-se que seja dada a órgão/entidade central dentro da estrutura governamental, com ampla capacidade de diálogo e interlocução. Isso porque o órgão/entidade responsável pela avaliação precisa, para bem exercer a sua incumbência, se relacionar com variados atores dentro da estrutura da Administração, tais como órgãos e entidades a fim de obter dados e informações relacionadas às políticas públicas ligadas ao objetivo social da empresa, impactos (de toda natureza) da estatal na sociedade, sustentabilidade econômico-financeira, alternativas de intervenção do Estado na economia, dependência financeira de recursos do ente público acionista, dentre outras. Esse tipo de informação, por regra, se encontra dispersa dentro da estrutura governamental e, por isso, a importância de o órgão/entidade avaliador estar em uma posição central no governo.

Sobre a definição do formato do órgão/entidade para realizar essa tarefa, vale recordar que a decisão por constituir, desestatizar ou readequar a forma de intervenção do Estado na economia é, em regra²³⁹, concentrada na sua pessoa, como autoridade máxima do Poder Executivo e responsável por exercer a direção da Administração Pública, na forma do art. 84, II, da CRFB/88. Dessa forma, o órgão/entidade deve, a um só tempo, estar próximo do tomador final de decisão, simplificando o diálogo entre eles e desburocratizando a troca de informações sobre o tema, porém distante o suficiente para exercer de maneira autônoma as funções que lhe cabem. Isso é, a proximidade com o chefe do Poder Executivo não pode ser interpretada como subserviência ao programa de governo daquele, pois isso importaria em uma avaliação do Estado empresário cooptada por questões político-ideológicas. Sem a pretensão de sugerir um modelo estático para garantir esse equilíbrio, o órgão/entidade a que for atribuída essa competência deve ser dotado de autonomia funcional para não ser capturado, uma vez que a sua marca distintiva é exercer trabalho técnico com independência.

Nesse sentido, seja como uma Agência ou mesmo como outra entidade da Administração Pública dotada de autonomia e independência²⁴⁰, o mais importante é dar os meios para que a avaliação do Estado empresário possa ser feita de maneira imparcial no que se refere ao programa do governante de turno, inclusive como forma de garantir que o arcabouço de governança represente uma política de Estado, e não de governo.

Retomando a análise do Decreto acima referenciado, em terceiro lugar, o escopo de avaliação definido pelo referido instrumento normativo é restrito à sustentabilidade econômico-financeira da estatal e à análise da permanência das razões de imperativo à segurança nacional ou do relevante interesse coletivo que tenha justificado a criação da estatal. Não que esses fatores não sejam importantes para a avaliação do Estado empresário. Talvez sejam dos mais relevantes, inclusive, pois englobam aspectos jurídicos e econômicos, mas são insuficientes para uma avaliação completa da estatal. Explique-se: é certo que, se dessa avaliação, for constatado que não mais permanece a

²³⁹ A constituição de uma estatal é uma das exceções, considerando que a CRFB/88 exige o aval do Poder Legislativo, por meio de lei autorizativa, para concretizar o desejo do Poder Executivo de criar uma empresa estatal.

²⁴⁰ É possível se cogitar, por exemplo, da criação de uma empresa estatal com vistas a gerir todas as participações empresariais detidas pelo ente da Federação, funcionando como uma *holding*. A rigor, uma entidade como essa disporia de autonomia para exercer a gestão dos ativos empresariais do Estado.

razão constitucional que serviu de base para a constituição da estatal, a avaliação sequer precisa avançar para as demais dimensões, considerando que a solução é a retirada do Estado da exploração direta de atividade econômica. Porém, se a avaliação constatar a sua presença, um escopo mais amplo pode, eventualmente, apontar para a necessidade de mudanças de postura que melhor reflita os reais interesse da sociedade, como, por exemplo, a modificação do modo de intervenção do Estado na economia, o que, com o limitado escopo estabelecido no Decreto em referência, aquela avaliação não consegue detectar.

Apenas para exemplificar a hipótese descrita anteriormente, basta pensar em uma estatal que se dedique a atender relevante interesse coletivo e que, passados alguns anos, o mercado em que atua tenha adquirido maturidade suficiente para atender plenamente as demandas sociais, momento em que a estatal passa a não ser mais essencial para a garantia daquele objetivo. Nesse caso, a avaliação do Estado empresário deve ser capaz de acompanhar essas mudanças e servir de instrumento para decisões sobre a atualidade e pertinência do papel do Estado nesse nicho empresarial, sendo o caso, por hipótese, de refletir sobre a desestatização da empresa e a assunção de um papel de agente normativo ou regulador, com foco na fiscalização e planejamento do setor, nos moldes do art. 174 da CRFB/88.

A avaliação deve ser capaz de medir não só a atualidade da juridicidade e os aspectos econômico-financeiros da estatal, embora sejam esses os elementos centrais da avaliação do Estado empresário. Sem a pretensão de exaurir o escopo da avaliação, propõe-se que o modelo de governança pública proposto faça: (i) uma análise minuciosa dos resultados promovidos pela estatal vis-à-vis as metas perseguidas, (ii) uma avaliação comparativa de outras formas de intervenção do Estado na economia e de não intervenção, que contemple os benefícios e prejuízos de cada uma delas e (iii) uma avaliação da pertinência e representatividade da estatal para alcançar os objetivos públicos perseguidos. Considerados todos esses elementos, pode-se dizer que a instituição de uma governança pública sobre o Estado empresário fornecerá todos os subsídios para que os processos decisórios sobre a matéria sejam pautados em evidências e, com isso, as decisões a serem tomadas sobre o direcionamento da posição do Estado empresário sejam mais informadas e em conformidade com os interesses da sociedade.

Vale registrar, ainda sobre o Decreto em referência, que a governança pública do Estado empresário deve ser, preferencialmente, estabelecida por instrumento normativo dotado de maior estabilidade, como uma lei ordinária. A veiculação via Decreto presidencial acaba por aproximar a medida a um plano de governo, com finalidade específica e maiores chances de sua duração estar vinculada ao mandato do governante de turno. Sendo a governança pública um sistema despolitizado, voltado a avaliar, direcionar e monitorar a gestão pública, a veiculação de suas regras e diretrizes deve ser por outro instrumento normativo que não o Decreto presidencial.

A estipulação da governança pública do Estado empresário via lei ordinária é, ainda, mais benéfica do que através de decreto na medida em que define competências, podendo estabelecer a proibição de delegação, se for pertinente, e atribuir responsabilidades por eventuais desvios no exercício das competências aos órgãos e agentes envolvidos nessas tarefas. Sob a ótica da legalidade, a veiculação desses elementos por lei ordinária confere maior força normativa para a exigibilidade e cumprimento dos comandos para o funcionamento dos mecanismos da governança pública.

4.3.3 O direcionamento do Estado empresário

Por fim, para encerrar as etapas fundamentais da governança pública (avaliar, monitorar e direcionar), cabe tecer algumas considerações sobre como a governança pode direcionar as posições assumidas pelo Estado no que diz respeito às suas participações empresariais, de maneira a contribuir para que a exploração de atividade econômica pelo Estado promova resultados alinhados e positivos para a sociedade, seja eficiente e, ainda, atenda os contornos estabelecidos na CRFB/88.

Em termos de direcionamento, a preocupação central da governança pública proposta deve ser igualmente o aprimoramento da gestão do Estado empresário, considerando o diagnóstico apresentado nesta tese que indica a existência de deficiências no processo de criação de estatais e em momentos subsequentes, notadamente pela carência de mecanismos de avaliação e controle sobre a compatibilidade da atuação da

empresa com o texto constitucional e sobre a avaliação, em sentido amplo, de sua eficiência e alinhamento com os interesses da sociedade.

Uma das formas que a governança pública pode vir a facilitar o direcionamento do Estado empresário e encarar as deficiências anteriormente relatadas é por meio da elaboração de guias, manuais e o uso de *checklist* para a gestão do Estado empresário. O estabelecimento de boas práticas a serem seguidas e a definição de um percurso a ser trilhado pelos atores envolvidos na gestão da matéria contribuem para que o direcionamento traçado seja observado. Se pensarmos no uso de *checklist*, ferramenta muito comum em auditorias²⁴¹, a sua incorporação ao processo de criação de estatais pode ser fundamental para assegurar a necessária transparência sobre o pressuposto constitucional que se pretende ver atendido, os objetivos esperados com a criação da empresa, os impactos e a sua importância para o desenvolvimento de determinado objetivo público, entre outros. De igual forma, o *checklist* pode ser utilizado pelos responsáveis pela gestão do Estado empresário para monitorar e avaliar o desempenho das estatais em atividade, condensando dados e informações extraídas dessas tarefas e, dessa maneira, simplificar a análise a ser empreendida para fins de instrução de decisões a serem tomadas sobre a matéria.

Adicionalmente, pode-se pensar na previsão de o Estado divulgar, obrigatoriamente, um documento anual, elencando as metas, impactos na sociedade e resultados almejados com a atuação de cada uma das estatais em exercício²⁴², a partir de uma visão macro do Estado e à luz das demais políticas públicas vigentes. A transparência sobre esses elementos fixa as balizas sobre as quais o monitoramento e a avaliação do Estado empresário acontecerão e, ao mesmo tempo, dá publicidade à sociedade e até mesmo para os corpos diretivos das estatais sobre os objetivos públicos desejados pelo acionista majoritário da empresa, a ser preparado pelo Estado, por meio do órgão competente.

²⁴¹ Destaque-se, a propósito, o *checklist* de deliberações elaborado pelo TCU, com a finalidade de “melhorar suas propostas de deliberações, e se propõe a funcionar como ferramenta de apoio à qualidade dos encaminhamentos.”. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/checklist-de-deliberacoes.htm>>. Acesso em: 1 de abril de 2023.

²⁴² Tudo dentro dos contornos delineados pela lei que autorizou a criação da estatal.

O mais importante para fins de governança pública do Estado empresário é que sejam estabelecidas diretrizes destinadas a assegurar transparência e efetiva gestão sobre a matéria, evitando que a atuação do Estado empresário fique refém dos efeitos da dependência da trajetória, de questões puramente político-ideológicas ou qualquer outro fator que despreze o texto constitucional, as evidências e as demandas da sociedade. Por isso, é fundamental que o direcionamento dado pela governança pública do Estado empresário seja capaz de estabelecer diretrizes para orientar o processo decisório acerca dos movimentos do Estado no que se refere à exploração direta de atividade econômica, compreendendo, dentre outras, as decisões sobre constituição de novas empresas e decisões de desestatização.

Essas diretrizes não buscam, como advertido anteriormente, interditar o espaço democrático dado aos governantes de turno para preencherem os pressupostos constitucionais que autorizam o Estado a explorar diretamente atividade econômica, em especial o relevante interesse coletivo, mas sim contribuir para a densificação desses pressupostos, tanto no momento de constituir uma nova estatal quanto posteriormente na avaliação de sua compatibilidade com o texto constitucional.

A abertura do texto constitucional no que se refere ao Estado empresário não justifica as deficiências, em termos de governança, nos processos de criação de novas estatais e no monitoramento, avaliação e direcionamento delas. Porém, reforça a importância de se propor a implementação de um sistema de governança pública destinado a enfrentar os desafios e fragilidades diagnosticados nesta tese, aprimorando a gestão do Estado empresário e, com isso, mantê-la em conformidade com a CRFB/88, com os interesses da sociedade e em busca da eficiência.

5. CONCLUSÃO

A expressão “Estado empresário” é, historicamente, cercada de acirrados debates de natureza político-ideológica, os quais acabam por impregnar a matéria com as rivalidades existentes naquele campo. Entretanto, o Direito Constitucional e o Direito Administrativo que balizam a ordem econômica não devem se render a essas rivalidades, cujo principal efeito negativo é interditar a evolução, sob diversas dimensões, que o assunto merece. É papel dos devotos dessas disciplinas propor saídas para essa contaminação político-ideológica e propor ferramentas e mecanismos para que a atuação do Estado como empresário não seja um reflexo da rivalidade quase que futebolística entre as variadas e distintas visões políticas sobre o assunto.

Para que se tenha clareza dessa rivalidade, que ainda rege a temática, basta lembrar que, no curso do presente trabalho, mencionou-se as disposições do Decreto nº 10.263/2020, o qual veicula uma sistemática de avaliação do Estado empresário com certa tônica que o distancia de uma medida de governança, o aproximando de um programa de governo voltado à desestatização, na medida em que fixa a atribuição ao CND de avaliar as estatais para fins de recomendação de inclusão das estatais no PND, e não simplesmente com a finalidade de provocar uma avaliação sem viés específico. Em reforço, vale registrar que, pouco antes de esta tese ser concluída, cerca de 3 anos depois da vigência do Decreto acima referenciado, foi editado, em 6 de abril de 2023, o Decreto nº 11.478/2023, excluindo diversas estatais do PND de uma só vez, exteriorizando sinais muito mais próximos de um programa de governo do que uma medida pautada em análises, estudos e evidências.

Ou seja, em um intervalo de aproximadamente apenas 3 anos, porém intercalado por eleições que elegeram 2 Presidentes da República que se encontram em espectros bastantes distintos, houve a edição de 2 Decretos presidenciais em direções praticamente opostas uma da outra, cada qual trazendo a marca do programa do governante de turno no que se refere ao papel do Estado na exploração direta de atividade econômica.

Esta tese pretendeu fugir – espera-se que com êxito – dessas amarras ideológicas que cercam o tema e, a partir do diagnóstico de como o Estado toma decisões relativas à constituição de empresas estatais, responder à pergunta de pesquisa, propondo, para tanto,

solução consistente na incorporação de um sistema de governança público voltado a aprimorar a gestão do Estado empresário e, com isso, as tomadas de decisões como as de criar uma empresa estatal ou de desestatizá-la.

Relegar as discussões em torno do Estado empresário para uma arena política significa desprezar a própria natureza jurídica das participações acionárias detidas majoritariamente pelo Estado acionista no capital social das empresas estatais. São, em essência, bens públicos, representando, portanto, patrimônio público que, como tal, deve ser gerido com vistas à maximização de seu valor e ao seu alinhamento com os interesses da sociedade, assim como em sintonia com as disposições constitucionais, aspectos que a condução exclusivamente sob critérios políticos acaba por ofuscar ou mesmo ignorar.

Ao mesmo tempo, buscou-se, nesta tese, concentrar as discussões em dimensão distinta daquela que centraliza o debate sobre qual seria o papel que o texto constitucional vigente outorgou ao Estado no campo da economia. Embora debates dessa natureza sejam importantes e tragam ricas discussões, inclusive comentadas ao longo deste trabalho, o autor tentou reposicionar o cerne da questão para responder à pergunta de pesquisa, qual seja, como a Constituição poderia ser interpretada para estabelecer uma abordagem intertemporal e mais consistente em relação à atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas?

Enfrentando essa indagação, foi promovido um resgate histórico do processo de constituição das estatais federais em atividade, com vistas a identificar como deliberações dessa natureza foram tomadas e refletir criticamente sobre a compatibilidade das atividades desenvolvidas pelas empresas com o texto constitucional vigente e com a sua interpretação atual. A conclusão a que se pôde chegar é que existem várias deficiências nos processos de constituição de estatais, inclusive após a promulgação da Lei das Estatais, a qual, em tese, teria reforçado o rigor exigido no que se refere à transparência e clareza sobre o pressuposto constitucional que justificaria a criação da empresa. Identificou-se, nesse contexto, dificuldade na obtenção de documentos relativos à constituição das estatais, obscuridade sobre o pressuposto constitucional utilizado e ausência de objetivos claros a serem perseguidos pela empresa e os impactos esperados para a sociedade com a sua criação.

Essas deficiências comprometem não só a transparência dos atos administrativos relacionados à criação de uma estatal, mas também a análise da juridicidade da atuação da empresa sob a perspectiva do Estado empreendedor – quando de sua criação e em momentos subsequentes –, a clareza sobre o direcionamento desejado pelo Estado em relação àquela estatal, além de dificultar o monitoramento e a posterior avaliação pelo próprio Estado acerca da pertinência da continuidade de sua atuação como empresário ou da conveniência de se modificar a forma de intervenção na economia. Cria-se, ainda, um cenário de indesejada insegurança jurídica no que diz respeito ao modo como o Estado gere o seu braço empresarial, considerando que não é possível extrair qualquer previsibilidade sobre os comportamentos estatais na matéria, visto que o voluntarismo ideológico dos governantes de turno nem sempre caminha na direção esperada e tampouco no tempo previsto.

Embora não seja possível estabelecer uma relação de causalidade direta entre essas deficiências e a constatação da predominância de posições políticas na condução das decisões relativas ao Estado empresário, é certo que essas falhas são sinais que exteriorizam que a força motriz sobre a matéria é de coloração política. Reforçam essa associação os impactos que a mudança de governantes, cada qual com seu programa de governo, promove nas decisões relativas à expansão ou retração do Estado na economia, simbolizada muito claramente nos recentes Decretos presidenciais, ora voltados à uma política desestatizante, ora inclinados para a criação de novas estatais e manutenção das já existentes, do que são exemplos os Decretos nºs 10.263/2020 e 11.478/2023.

Ainda nesse contexto, verifica-se que, historicamente, não há no ordenamento jurídico e nas práticas e costumes administrativos a previsão de mecanismos voltados a ordenar a gestão do Estado empresário, o que, à míngua de qualquer arcabouço sobre a matéria, acaba por impulsionar a já forte ingerência político-ideológica que paira sobre a matéria. Na prática, é como se o governante de turno recebesse um cheque quase que em branco para gerir as participações empresariais do Estado, cuja única restrição – se é que assim pode ser chamada – é dada pelos conceitos jurídicos indeterminados empregados pelo texto constitucional. Isso porque, como visto, as falhas identificadas no processo de constituição das estatais e a ausência de uma rotina de avaliação, monitoramento e direcionamento do Estado empresário à luz do texto constitucional estabelecida

legalmente ou, quando menos, costumeiramente, fragilizam a medição da força normativa da Constituição no que se refere aos pressupostos autorizativos para o Estado empreender.

É importante, mais uma vez, registrar que esta tese não teve a pretensão de eliminar a influência de fatores políticos-ideológicos sobre a gestão do Estado empresário, mas sim diagnosticar as externalidades negativas derivadas de uma gestão ao arbítrio exclusivo desses fatores e, a partir daí, propor uma interpretação sistêmica da Constituição e a implementação de estruturas de governança pública com a finalidade de, a um só tempo, aprimorar sua gestão, dar mais garantias da conformação jurídica da atuação do Estado como empresário, da sua eficiência e de um maior alinhamento entre ela e os interesses da sociedade. A proposta busca, portanto, ordenar a gestão da matéria, criando ferramentas, rotinas e tarefas para contribuir, enriquecer e organizar os processos decisórios relativos ao tema.

Questões político-ideológicas continuarão tendo peso nas decisões públicas a respeito do Estado empresário e não há nada de mau nisso, eis que sinaliza que a democracia rege o funcionamento dos governos, permitindo àquele que se sagre vencedor implementar as pautas de seu respectivo programa no que tange ao papel do Estado na economia. Na acepção desta tese, o problema reside em não existir qualquer espécie de mecanismo com enfoque na avaliação, monitoramento e direcionamento da posição assumida pelo Estado na temática da exploração de atividade econômica.

O Estado deve avaliar a sua vertente empresarial baseado, cada vez mais, em evidências, de maneira transparente, pautado pela eficiência e alinhado com os interesses da sociedade, inclusive como forma de assegurar a compatibilidade da atuação do Estado como empresário com as regras constitucionais.

A concentração da gestão da posição assumida pelo Estado como empresário em 2 únicos e isolados atos – de criação da empresa e de sua eventual desestatização –, desacompanhada de uma permanente avaliação, monitoramento e direcionamento pelo próprio Estado acerca das participações empresariais por ele titularizadas, é representativa do problema central enfrentado nesta tese, pois simboliza, com clareza, como a gestão do Estado empresário é conduzida de maneira passiva e alheia às evidências, ao princípio da eficiência, à juridicidade e aos interesses da sociedade.

A implementação de ferramentas e mecanismos de governança pública para o Estado empresário tem a capacidade de suprir essas carências na gestão da matéria, mediante a internalização de rotinas, avaliações, estudos, indicadores e prognósticos voltados a avaliar, monitorar e direcionar a atuação do Estado como empresário. A adoção das engrenagens de um sistema de governança pública impõe a execução de variadas atribuições pertinentes à gestão, passando a exigir do Estado que se posicione de maneira ativa e dinâmica no que concerne às empresas estatais, em sintonia com a dinâmica própria do mercado em que essas atuam. Os sinais de passividade no que se refere à matéria, identificados ao longo desta tese, não combinam com o ritmo das relações econômicas.

A propósito, a noção de dependência da trajetória, desenvolvida no capítulo 2 desta tese, bem evidencia os malefícios de não ter, no meio público, estruturas sólidas de governança que organizem e estipulem a realização de tarefas voltadas a assegurar que a gestão sobre determinada matéria (Estado empresário) seja ativa, permanente e ininterrupta. A repetição automática do curso até então trilhado, ainda que sem más intenções dos responsáveis pela reprodução, tem potencial de provocar inúmeras externalidades negativas ao Estado e, por consequência, à sociedade. Basta pensar no risco de que a exploração de determinada atividade empresária não se adeque mais ao pressuposto constitucional que a validou, o risco de ineficiências se concretizarem sem serem noticiadas, dentre outras que igualmente produzem resultados indesejados para todos.

Assistir passivamente os efeitos que a dependência da trajetória provoca representa, por si só, uma ineficiência estatal, pois revela a inaptidão de o Estado reagir conforme surjam mudanças oriundas do simples decurso do tempo. Sob essa perspectiva, o contínuo acompanhamento das posições assumidas pelo Estado no campo empresarial é corolário do princípio da eficiência, cuja obediência é obrigatória pelo texto constitucional, e decorre da própria dinamicidade do ambiente das relações econômicas.

Uma gestão comprometida com a eficiência não compactua, ainda, com a indiferença quanto aos dados e elementos concretos que formam as evidências sobre o objeto gerido. No campo empresarial, significa dizer que o Estado tem o dever, em

conformidade com a eficiência, de perquirir evidências em torno de sua atuação como empresário, buscando e avaliando, permanentemente, informações sobre o mercado em que cada estatal atua, os resultados alcançados pelas estatais *vis-à-vis* os resultados almejados, a capacidade da estatal de produzir os impactos esperados, a pertinência da intervenção do Estado na economia e a adequação da forma de intervenção, dentre outros.

Nesse sentido, o paralelo com as avaliações *ex ante* e *ex post*, institucionalizadas no âmbito das políticas públicas, demonstra como estudos e avaliações antes e depois de implementada a política pública, assim como diagnósticos e prognósticos baseados em evidências, podem colaborar com decisões públicas relevantes, municiando o gestor público de elementos sólidos para tomada de decisões de maneira informada e com base em evidências documentadas em processos bem instruídos. Isso tudo sem infringir a liberdade dada ao governante para implementar ações e programas com a tônica do seu respectivo programa de governo.

Tão grave quanto o comprometimento do princípio da eficiência, em um cenário de ausência de governança pública, há de ser mencionado o risco de a atuação do Estado como empresário que, outrora, possuía respaldo constitucional, deixar de ter respaldo naquele pressuposto constitucional que a validava. É que, como visto, os pressupostos que autorizam o Estado a constituir empresas (“relevante interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional”) não são atemporais, refletindo, ao contrário, a sensibilidade e a relevância dada pela própria sociedade ao tempo da decisão pela criação da estatal. Aquilo que é compreendido como de relevante interesse coletivo hoje não necessariamente o será amanhã. E aquilo que, hoje, não é de relevante interesse coletivo pode, amanhã, sê-lo. Tudo a exigir o devido acompanhamento pelo Estado das posições assumidas para que, se necessário, reposicioná-las, pouco importando, nesse contexto, a direção do reposicionamento; a questão central, aqui, é o Estado se reposicionar de maneira informada e tempestiva, guiado pela juridicidade, eficiência e com os interesses da sociedade.

A absoluta inércia do Estado em reavaliar o seu papel como empresário pode, dessa maneira, tornar a exploração direta de atividade econômica incompatível com o texto constitucional, a revelar hipótese de inconstitucionalidade superveniente,

consubstanciada na falta de amparo material aos pressupostos autorizativos para o Estado empreender.

Como é possível antever, a proposta de implementação de um sistema de governança pública, com as suas ferramentas, busca equacionar as falhas existentes na gestão do Estado empresário sob distintas dimensões, dentre elas a jurídica, a de eficiência da gestão pública e a de legitimidade (aqui compreendida como o alinhamento com os interesses da sociedade).

A instituição de estruturas de governança pública, notadamente a incorporação das tarefas de permanente avaliação, monitoramento e direcionamento, tem a capacidade de reposicionar a forma como o Estado encara, por exemplo, as decisões relativas à constituição de novas estatais, de mudança de forma de intervenção na economia e de desestatização. A preocupação em implantar governabilidade nesses relevantes processos decisórios é compartilhada por inúmeros países e instituições responsáveis pela disseminação de boas práticas de governança, sendo crescente o movimento de internalização de políticas, manuais ou mesmo regras para melhor regulamentar como o Estado deve exercer a sua propriedade sobre empresas estatais.

No tópico final desta tese (4.3), buscou-se apresentar proposições concretas para a implantação de um modelo de governança pública voltado a contribuir para a gestão do Estado empresário, mais especificamente nas decisões relativas às posições assumidas pelo Estado na matéria. Para fins de conclusão, consolida-se a seguir, de maneira resumida, algumas das principais ideias que precisam ser consideradas e incorporadas, com as devidas adaptações, pelos entes federativos que desejem implementar uma governança sobre o tema:

(i) Transparência total às decisões (e respectivos documentos) relativas ao Estado empresário, mediante a adoção de todos os mecanismos possíveis para facilitar o acesso às informações a respeito do tema, atendendo ao princípio da publicidade e, ao mesmo tempo, qualificando os debates públicos sobre a matéria;

(ii) Atribuição de responsabilidade a um único órgão/entidade para coordenar a governança pública do Estado empresário, inclusive como forma de garantir *accountability* dos trabalhos a serem empreendidos para essa finalidade, o qual deve ser

dotado de autonomia funcional para exercer as suas funções, afastando-se o risco de captura por visões político-ideológicas;

(iii) Instituição de mecanismos que permitam ao Estado monitorar e avaliar permanentemente o desempenho das empresas estatais, o que pode ser feito com a utilização de indicadores capazes de avaliar os resultados alcançados pelas empresas, seus respectivos custos, dentre outras variáveis relevantes para as decisões a serem tomadas pelo Estado. A preocupação central aqui é evitar que os efeitos da dependência da trajetória se sobreponham na gestão do Estado empresário;

(iv) Exigir plena transparência na densificação do pressuposto constitucional que servirá de base para a criação de cada empresa estatal e, igualmente, dos resultados esperados com cada delas, de maneira a garantir que a criação de cada empresa seja precedida de um planejamento prévio e, ao mesmo tempo, estabeleça claramente o elemento de vinculação (pressuposto constitucional) e os contornos de como a empresa será analisada futuramente;

(v) A previsão de avaliação periódica sobre o posicionamento do Estado como empresário, tanto para apoiar decisões direcionadas à criação de uma nova empresa quanto para avaliar as estatais já existentes, sendo que, nessa última hipótese, a avaliação deve ser pautada por evidências e critérios que meçam os impactos na promoção do(s) objetivo(s) que serviram de base para a criação de cada uma das estatais;

(vi) O estabelecimento de ferramentas com o objetivo de obrigar o Estado a divulgar, com alguma periodicidade (anual, por exemplo), o direcionamento que se pretende dar a cada uma das estatais, com a indicação de objetivos e impactos almejados, observando os estritos limites definidos na lei que autorizou a criação de cada uma das estatais; e

(vii) A garantia de que o sistema de governança pública implantado seja despido de conotação político-ideológica, configurando um instrumento de Estado para aprimorar a gestão de sua vertente empresarial, não se confundindo com um programa de governo. Recomenda-se, nesse sentido, que o sistema de governança seja estabelecido em instrumento normativo dotado de rigidez suficiente para minimizar os riscos de desconstrução desse arcabouço de Estado por visões passageiras de natureza político-ideológicas.

A principal pretensão desta tese é provocar reflexões a respeito de como o Estado deve se comportar e se posicionar quando o assunto é o exercício, por ele, de atividade

empresarial. Por óbvio, as propostas veiculadas nesta tese não se apresentam como um antídoto para todas as mazelas da gestão do Estado empresário. Sabe-se que a instituição de uma governança pública sobre a matéria pode implicar na criação de novos problemas e custos até então inexistentes, mas é igualmente sabido que algum avanço em termos de governança precisa ser dado. Deixar a gestão do Estado empresário jogada ao léu para as forças políticas decidirem o seu rumo, sem qualquer espécie de controle, e assistir passivamente os efeitos deletérios da dependência da trajetória não deveria ser uma opção para uma Administração Pública que deve obediência à juridicidade, à eficiência e que deve nortear as suas ações em busca da maximização dos benefícios à sociedade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber Moura. **A política econômica como instrumento para a realização da constituição econômica**. R. Fórum Dir. fin. e Econômico, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, p. 161-184, set. 2018/fev. 2019.

ALEMANHA. Federal Ministry of Finance. *Principles of Good Corporate Governance and Active Management of Federal Holdings*. 2020. Disponível em (versão em inglês): <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Press_Room/Publications/Brochures/principles-good-corporate-governance.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em: 14 de março de 2023.

ALMEIDA, Walisson Alan Correia de. **Organização do Estado** — Recaptura, manutenção ou desestatização de empresas estatais dependentes. Fórum Administrativo - FA, ano 21, n. 142, p. 65-80, dez. 2012.

AMARAL, Paulo Osternack. Lei das estatais: espectro de incidência e regras de governança. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 59-70.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História Constitucional do Brasil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresa público-privada**. Revista dos Tribunais, n. 890, p. 33-68, dez. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade**. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, set. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites**. Interesse Público - IP, ano 23, n. 102, p. 45-55, mar./ abr. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Tatiana Soares de; BEDNARSKI, José Luiz. O sistema econômico na Constituição de 1988. In: **Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988**. Coord. LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Barueri (SP): Minha Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 7 de abril de 2023.

BERCOVICI, Gilberto. Os princípios estruturantes e o papel do estado. In: Cardoso Jr., José Celso (org.). **A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social**. v. 1. Brasília: Ipea, 2009.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. A resignificação da eficiência nas empresas estatais à luz da Lei 13.303/2016. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimaraes (Org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 73-90.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9ª ed. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRASIL (2018a). Casa Civil da Presidência da República e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante**, volume 1. Brasília: Ipea, 2018.

BRASIL (2018b). Casa Civil da Presidência da República. **Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post**, volume 2. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL (2018c). Presidência da República. **Guia da política de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. Edição nº 3. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **1988: Segredos da Constituinte**. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

COELHO, João Gilberto Lucas; OLIVEIRA, Antonio Carlos Nantes de. **A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes**. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

COSTA, Francisco Lustosa da; MIANO, Vítor Yoshihara. **Estatização e desestatização no Brasil: o papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico**. Revista de Gestión Pública, Santiago, v. II, n. 1, p. 145-181, jan./jun. 2013. Disponível em:

<<https://revistas.uv.cl/index.php/rgp/article/download/2327/2289/8270>>. Acesso em: 6 de abril de 2023.

COSTA RICA. Unidad Asesora de la Propiedad Accionaria del Estado. **Protocolo de Entendimiento de las Relaciones entre el Estado y las Empresas Propiedad del Estado**. 2019. Disponível em: <<https://documentos.mideplan.go.cr/share/s/pdA9jT8rSZKqMqWruw86jw>>. Acesso em: 14 de março de 2023.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. **Constituição, Governo e Democracia no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 21, n. 61, p. 41-62. São Paulo: jun. 2006

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CYRINO, André Rodrigues. **Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica da art. 173 da Constituição**. Fórum administrativo, v. 16, n. 185, p. 9-23, jul. 2016.

DAVID, Tiago Bitencourt de. **Eficiência, economicidade e direitos fundamentais: um diálogo necessário e possível**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 67, p. 87-115, set.– dez. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008**. Revista CEJ, Brasília, v. 13, n. 47, p. 37-50, out./dez. 2009.

FERNANDES, Ana Luiza Jacoby. Aspectos históricos e principais conceitos da Lei das Estatais. In: FERNANDES, Murilo Jacoby (Coord.). **Empresas Estatais: Lei Nº 13.303/2016 – Doutrina e Jurisprudência para Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista, Subsidiárias e Sociedades de Propósito Específico**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 39-58.

FINLÂNDIA. Prime Minister's Office. **Government Resolution on the State Ownership Policy**. 2020. Disponível em: <https://vnk.fi/documents/10616/1221497/State+Ownership+Policy_08042020.pdf/581f2a9c-ca52-83ac-44e6-0d6684950125/State+Ownership+Policy_08042020.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2023.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, João Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA, Sérgio. As privatizações no atual contexto jurídico constitucional brasileiro. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela (Org.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 371-394.

GUIDI, Silvio. **Discricionariedade e motivação**. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, jan./abr. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240279>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2023.

GUIMARÃES, Marcello. **Uso político de estatais pelo acionista controlador em prejuízo dos direitos dos acionistas minoritários**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HÄBERLE, Peter. Zeit und Verfassung. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. **Probleme der Verfassungsinterpretation**. Nomos, Baden-Baden, 1976.

HANSON, A. H. **Public Enterprise and Economic Development**. 1ª ed. Routledge, 2021.

IBGC. **Políticas de Propriedade Estatal**. São Paulo: IBGC, 2022.

IFAC. *International Federation of Accountants*. **The international framework: good governance in the public sector**, 2014. Disponível em: <<https://www.ifac.org/knowledge-gateway/supporting-international-standards/publications/international-framework-good-governance-public-sector>>. Acesso em: 8 de abril de 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, ordem econômica e Constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 212, p. 109-133, abr./jun. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 - lei das estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira ; STRAIOTTO, Raquel Maia. **O princípio da eficiência na jurisprudência do STF**. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 13, n. 277.2, p. 107-148, maio/ ago. 2018. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/31736/79140>>. Acesso em: 1 de fevereiro de 2023.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Fernando, MENDONÇA, José Vicente de (org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LOFRANO, Isabella Cristina Serra Negra. **Soberania econômica em turbulência: o caso Boeing-Embraer**. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFFE, ano 10, n. 16, p. 273-285, set./ fev. 2019.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República)**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 25, n. 32, p. 163-200, abr./ jun. 2008.

MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. **A implementação de um governo aberto no Executivo federal brasileiro: próximos passos e novos desafios**. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 2, p. 85-125, jul./dez. 2022.

MALUF, André Luiz. **O regime jurídico da omissão inconstitucional nas Constituições Estaduais e o controle administrativo da omissão**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, ano 14, n. 54, p. 101-129, jul./ set. 2016.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARRARA, Thiago. Bens de uso comum, de uso especial e dominicais. *In*: MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de direito administrativo - Direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade**. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84-99.

MARSHALL, Carla (org.). **Direito empresarial público**. vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil - eficiência e legitimidade**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle judicial**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Em defesa do consequencialismo**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequencialismo>>. Acesso em 1 de fevereiro de 2023.

MENDONÇA, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcellos. **PPSA, a estatal endógena do pré-sal: cinco controvérsias e um quadro geral**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, n. 39, p. 99-123, jul./set. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, v. 243, p. 13–28, set./dez. 2006.

MORAES, Antonio Carlos Robert. (org.). **Ratzel**. Ática: São Paulo, 1990

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição para o conceito de Constituição Económica**. Boletim de Ciências Económicas, vol. XVIII. Coimbra: Editora Limitada, 1975.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Intervenção estatal sobre o domínio econômico - Livre iniciativa e proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 224, p. 285–299, abr./jun. 2001.

OCDE (2020a). *Building Capacity for Evidence-Informed Policy-Making: Lessons from Country Experiences*. *OECD Public Governance Reviews*. OECD Publishing: Paris, 2020.

OCDE. **Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais**. Edição de 2015. *OECD Publishing*: Paris, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

OCDE (2020b). *OECD Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Brazil*. *OECD Publishing*: Paris, 2020. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/soe-review-brazil.htm>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2023.

OTERO, Paulo. **Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1998.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **As sociedades de economia mista e as empresas estatais perante a Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo, v. 177, jul./set. 1989.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin (org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

PIERSON, Paul. *Increasing returns, path dependence, and the study of politics*. *American Political Science Review*, v. 94, p. 251-267, 2000.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988**. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINHO, J. A. G. de; SACRAMENTO, A. R. S. **Accountability**: já podemos traduzi-la para o português?. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1.343-1368, 2009. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6898/5471>>. Acesso em: 4 de março de 2023.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **A atuação empresarial do Estado e o papel da empresa estatal**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 48, n. 151/152, p. 256-280, jan./dez. 2009.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regulação econômica e empresas estatais**. Revista de Direito Público da Economia, v. 4, n. 15, p. 131-148, jul./set. 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; FRANÇA, Nathalia Penha Cardoso de; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo líquido e crise Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

RAMANADHAM, V. V.. **The Economics of Public Enterprise**. 1ª ed. Routledge, 2021.

RIBEIRO, Mauricio Carlos. **Atividade econômica estatal, subsidiariedade e interesse público**. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 64, p. 247-257, 2009.

RODRIGUES, Bruno Leal. Estatais no direito internacional. In: _____(coord.). **Direito administrativo empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11-31.

SADDY, André. **Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do caput do art. 173 da Constituição brasileira**. Revista de Direito Administrativo, n. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015.

SANTOS, Cristiana Espírito Santo Rodrigues. **A excepcionalidade constitucional do estado-empresário brasileiro**. Revista Controle - RTCE, ano 17, n. 9.1, jan./ jun. 2011. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/161/21019/36559?searchpage=1&keywords=seguran%C3%A7a%20nacional>>. Acesso em: 25 de março de 2022.

SANTOS, Douglas Marcelino dos. **Empresas estatais federais e o relacionamento financeiro com a União, entre 2010 e 2020**. Orientação: Cláudio Hamilton Matos dos Santos. p. 118. Dissertação (mestrado) – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Desenvolvimento, área de concentração em Economia, Brasília, 2021.

SARMENTO, Daniel. Lei de Segurança Nacional, crise democrática e Constituição: por que remover o entulho autoritário. In: SARMENTO, Daniel. **Crise democrática e a luta pela Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 61-79.

SCAFF, Fernando Facury. **A Constituição Econômica brasileira em seus 15 anos.** *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 19, n. 3, p. 67-101, jul./ set. 2003. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20778/32289>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Novas anotações sobre as empresas estatais.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 209-240, jan./mar. 2005.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O Estado acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal.** São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, A. P.; SANTOS, L. dos; SILVA, J. Giraldini Barbosa da.; SILVA, D. J.; GUARNIERI, F. H. E. **Teoria da governança econômica dos bens públicos: uma técnica possível para a gestão ambiental.** *Conexão Política*, Teresina, v. 9, n. 2, p-79-94, jul./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.ufpi.br/index.php/conexaopolitica/article/view/10617/pdf>>. Acesso em: 5 de março de 2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação.** 4ª ed. rev. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual: licitações e contratos administrativos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Criação e função social da empresa estatal: a proposta de um novo regime jurídico para as empresas sob controle acionário estatal. In: ____ (coord.). **Direito Administrativo Empresarial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1-10.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **A experiência brasileira de Constituição Econômica.** *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 102, p. 21-48, abr./jun. 1989.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma Administração Pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de (Coord.). **Controle da Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 39-61. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1456/1510/12890>. Acesso em: 5 de fevereiro de 2023.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação e princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 709-741.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo.** Disponível em: <<https://sbdp.org.br/publication/cheга-de-axe-no-direito-administrativo/>>. Acesso em: 7 de abril de 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André; YASSER, Gabriel. **Responsabilidade pública nas intervenções econômicas anômalas com empresas estatais**. Interesse Público, Belo Horizonte, v.19, n.105, p.47- 63, set. 2017.

SZYFMAN, Daniel. O artigo 173 da Constituição Federal de 1988 e o regime das empresas estatais na leitura do STF. In: ZANETTI, Andrea; FEFERBAUM, Marina; DANTZGER, Afranio Carlos Camargo (Org.). **Direito dos negócios em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. **Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCIVIL, ano 5, n. 21, p. 61-86, jul./ set. 2019.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TÜRNER, Cláudia. **Livre-iniciativa e Estado – Em busca do equilíbrio perfeito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, ano 19, n. 47, p. 25-53, jul./ set. 2014.