

A GOVERNANÇA PÚBLICA COMO EFETIVAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PARA O ESTADO EMPRESÁRIO NO BRASIL

Rafael Silveira e Silva*
Bernardo Souza Barbosa**

RECEBIDO EM:	17.7.2023
APROVADO EM:	29.8.2023

- * Doutor e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), pesquisador e professor do Instituto Serzedello Corrêa (ISC) e pesquisador associado do Instituto de Ciência Política da UnB. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Senado Federal. *E-mail:* rafael.silva@idp.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7014-6935>
- ** Doutor em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e mestre em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV/SP). Professor do MBA do Ibmecc. Advogado, procurador do município de Nova Iguaçu, ex-procurador federal e ex-assessor jurídico do Ministério da Economia. *E-mail:* besb13@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9137-0482>



• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

- **RESUMO:** Este artigo avalia criticamente as disposições constitucionais referentes à exploração direta da atividade econômica pelo Estado, especialmente quanto ao caráter inercial da criação e da gestão das empresas estatais. A partir de uma pesquisa analítica realizada por meio de análise documental, buscou-se construir uma interpretação constitucional que associasse o interesse público ao princípio da eficiência e estabelecer um filtro constitucional sustentado por um sistema de governança pública que assegure meios para que o processo de tomada de decisão acerca da criação de empresas estatais, bem como de decisões subsequentes em torno de sua manutenção ou desestatização, passe a ser fundamentado por evidências, fugindo das conveniências político-ideológicas que se alternam periodicamente. Conclui-se que tais balizas densificam o entendimento constitucional sobre a matéria, elevando as possibilidades de melhor orientação do exercício da democracia representativa acerca da análise intertemporal sobre o Estado empresário, permitindo haver um debate público mais qualificado em torno da natureza da atividade empresarial do Estado mais bem orientado ao interesse público.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Estado empresário; princípio da eficiência; governança pública.

PUBLIC GOVERNANCE AS AN EFFECTIVENESS OF THE CONSTITUTION'S STRENGTH FOR STATE-OWNED ENTERPRISES IN BRAZIL

- **ABSTRACT:** This article critically evaluates the constitutional provisions referring to the direct exploitation of economic activity by the State, especially regarding the inertial nature of the creation and management of state-owned companies. Through an analytical research carried out through documentary analysis, a constitutional interpretation was constructed to associate the public interest with the principle of efficiency, and to establish a constitutional filter supported by a public governance system that ensures the means for the decision-making process regarding the creation of state-owned companies, as well as subsequent decisions around its maintenance or privatization, start to be based on evidence, escaping from the political-ideological conveniences that alternate periodically. It is concluded that such guidelines densify the constitutional understanding on



the matter, raising the possibilities of better orientation of the exercise of representative democracy regarding the intertemporal analysis of the entrepreneurial State, allowing for a more qualified public debate around the nature of the State's business activity better oriented to the public interest.

■ **KEYWORDS:** Entrepreneur state; principle of efficiency; public governance.

1. Introdução

Os debates sobre determinados temas jurídicos são, por vezes, contaminados por visões de ordem político-ideológica, religiosa, moral, entre outras. Quando se faz referência à cunhada expressão “Estado empresário”,¹ põem-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 sobre o tema, interditando o espaço acadêmico para discussões construtivas voltadas à sua evolução.

As abordagens mais clássicas sobre a administração pública indireta ajudam a explicar o acirramento dessa rivalidade. Períodos mais associados ao exercício democrático mais restrito ou mesmo de ditadura acabaram dando ênfase à exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Cardoso (1975) enfatizou o sistema de poder constituído sob a forma burocrático-autoritária, organizando projetos de forte impacto para impulsionar a economia com altas taxas de crescimento. Para Diniz (1978), o sistema de gestão fechado e excludente do período entre 1964 e 1985 teceu fortes laços com o capitalismo industrial, sem abrir mão da ampla estratégia de inserir as empresas estatais nessa estratégia. Até mesmo a Reforma da Administração Pública de 1967 reforçou a percepção da falta de discussão sobre os melhores rumos da administração das empresas estatais, favorecendo, inclusive, a contratação de empregados sem concurso público e facilitando, assim, práticas clientelistas ou fisiológicas (Bresser-Pereira, 2001). Tal perspectiva foi reforçada por

1 A expressão “Estado empresário” será utilizada neste artigo para se referir à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, na forma preconizada pelo artigo 173 da Constituição, sendo despida de qualquer conotação ideológica.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

Schneider (1994), ao estudar as instituições que promoveram a política industrial no Brasil da década de 1970, quando concluiu que o papel das relações pessoais e articulações informais na estruturação da elite governamental e na formulação e implementação de políticas públicas foi preponderante para os resultados alcançados pela política industrial.

Nota-se que esses períodos de ausência de mecanismos democráticos turvaram o debate sobre o perfil do Estado empresário, com repercussões relevantes sobre as melhores interpretações acerca de princípios norteadores desse tipo de atuação estatal. Desse modo, mesmo com a retomada da democracia, as discussões ainda apresentam sérias restrições, principalmente quando se trata de evidências e do alcance de dispositivos constitucionais ou legais.

É certo que a ciência jurídica não está livre de influxos provenientes de fatores políticos, sendo relevante 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. Ademais, é importante destacar que o próprio direito tem condições de produzir influxos sobre a própria sociedade, estabelecendo a interação necessária para o equilíbrio entre a norma e o mundo da vida, na expressão teórica habermasiana.

O problema não reside na suplantação e captura das discussões sobre o tema por vieses puramente político-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.

O efeito direto dessa sobreposição é a captura do tema pela ideologia dos governos de turno, restringindo o debate que deveria respaldar os processos decisórios à vontade das maiorias políticas vigentes. Essa lógica, ainda predominante, cerceia tentativas racionais de orientação das discussões, cada vez menos plurais, como a utilização de um sistema permanente baseado em evidência e pautado em diretrizes e critérios claros, cuja vocação seja buscar a juridicidade, a eficiência e o alinhamento da atuação do Estado como empresário com os interesses da sociedade representada nas Casas Legislativas.

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 em a própria Constituição 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 da compreensão a ser dada em cada caso concreto a respeito do conteúdo 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 essas expressões ainda carregam muitas indeterminações sobre os seus conteúdos. Nem mesmo as adjetivações que as 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.

A impossibilidade de se apontar previamente um conceito mais balizado do que se entende pelas citadas expressões cria um ambiente propício para um exercício de interpretação orientado por conveniências, 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 neste ou naquele sentido. Em ambas as situações, o resultado é problemático. No entanto, se levado em consideração que uma 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, especialmente quando se torna inviável a relação econômica proporcionada por sua existência, gerando muito mais custos do que benefícios sociais. Ressalta-se que não se trata de uma percepção *a priori*, mas que poderia ser sistemática e periodicamente objeto de avaliação, debate e ponderação não apenas criar a participação estatal em uma empresa, mas também decidir por mantê-la ou por encerrá-la.

Desse modo, parece carecer de maiores reflexões 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 artigo 173 da Constituição.

Sob a ótica da juridicidade, vale refletir que a simples mudança de contexto socio-político 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

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

o Estado a explorar atividade econômica, por conexão lógica, estão presentes tanto no momento de criação da estatal quanto durante o seu funcionamento.

Do ponto de vista metodológico, realizou-se uma análise documental das exposições de motivos e outros documentos pertinentes aos processos de constituição de estatais de controle direto da União em atividade. Trata-se, nesse aspecto, de metodologia analítica de dados públicos com enfoque sobre as empresas estatais federais em atividade.

Com os 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, este artigo tem a finalidade de avaliar os elementos constitucionais que dão respaldo e sustentabilidade ao Estado empresário, buscando construir uma interpretação que estabeleça uma abordagem mais consistente e intertemporal sobre a atuação direta do Estado na exploração de atividades econômicas.

A pretensão da abordagem a ser apresentada é dotar os processos decisórios de criação, manutenção ou encerramento dessa participação com balizas normativas que orientem o espaço democrático de exercício da representação mais condizente com a promoção e 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, derivando daí o caráter indicativo de possíveis encaminhamentos.

2. Constitucionalização da atividade empresarial do Estado

A retrospectiva voltada à análise do comportamento do Estado como empresário revela que a amplitude, o modo e a 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.

Os diversos formatos que o Estado pode assumir na economia é observada, de maneira reflexa, nos variados e distintos tratamentos jurídicos conferidos à matéria pelas Constituições e pelos agentes responsáveis pela sua aplicação ao longo do tempo. Nesse sentido, verifica-se que o ordenamento jurídico precisa oferecer espaço e refletir os valores predominantes em uma dada sociedade, de maneira que o tratamento constitucional a respeito de determinada matéria exprima o comando que a sociedade espera que seja disseminado e respeitado.

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 1934, acompanhando o movimento observado em diversos outros países no início do século XX, impulsionados, sobretudo, pela recessão econômica e pelas críticas ao modelo liberal até então predominante. A partir da Constituição de 1934, todas as Constituições brasileiras subsequentes trataram da temática econômica, com a previsão de um título para o tema. Disso defluiu 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 duas 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. 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 (Souza, 2002).

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

A previsão de um título próprio para tratar da matéria econômica traduz opção do constituinte de delinear regras, princípios, objetivos, valores, limites, entre outros, sobre o assunto, importando, por si só, em manifestação constitucional demonstrativa de uma postura ativa do Estado sobre a essa temática. 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 do constituinte de legislar sobre a matéria, com todos os efeitos que a constitucionalização do tema importa.

Não advém daí, necessariamente, que o Estado brasileiro adote, desde 1934, uma postura marcadamente intervencionista na economia. A análise do grau de intervencionismo depende não apenas do teor do texto posto, mas, sobretudo, da forma como o texto é interpretado e aplicado na prática. 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. É interessante ressaltar que a Constituição de 1988, mesmo se destacando das demais quando tem no seu texto a regra da liberdade econômica, não tolheu a presença mais ou menos intervencionista do Estado.

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.² 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 e de sustentá-las.

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

2 Normas governamentais podem ser entendidas como aquelas que refletem, essencialmente, a normatização de uma política pública inserida no plano de governo de determinado governante. As discussões em torno desse conceito estão abrangidas nos debates acerca do processo político democrático e são apresentadas por Couto e Arantes (2006, p. 47), destacando-se o seguinte trecho sintetizado 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”. As normas governamentais seriam, nessa acepção, *policy*.

espaço de tempo, com as limitações inerentes ao desenvolvimento e à evolução da própria sociedade (Häberle, 1997). Nesse sentido, a interpretação da norma jurídica ocupa espaço essencial, conciliando o texto escrito com a realidade vigente.

Como se observará nas próximas seções, o que se entendia por segurança nacional, quando da promulgação da Constituição de 1967/1969, não necessariamente refletia a mesma compreensão ao final da década de 1980, cabendo aos destinatários do texto constitucional daquela época aplicar a disposição constitucional em conformidade com o contexto sociopolítico, econômico, bem como considerando todos os demais fatores pertinentes à matéria.³ Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) na manutenção da força normativa da Constituição, o então ministro Marco Aurélio, na ADPF nº 46, de 2009, p. 91, destacou em seu voto o seguinte:

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.

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 compreenderem os contornos que balizaram a promulgação do texto, tal como em vigor.

A convocação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), com a sua posterior instalação, foi um marco relevante, em especial por ter produzido um dos textos constitucionais de vigência mais longa, ainda que com mais de centena de emendas ao texto originário. Uma das marcas do seu processo de elaboração foi a pluralidade de segmentos e agentes contribuindo, discutindo e participando ativamente dos trabalhos da construção de um então novo texto constitucional (Pilatti, 2008). Ao mesmo tempo que enfatiza o tom democrático dos trabalhos da Constituinte, o processo também

3 Por exemplo, o número de vezes que a Constituição de 1967/1969 se refere à segurança nacional na comparação com outros textos constitucionais expressa muito claramente o impacto que a tônica da ideologia dominante durante o processo de elaboração constitucional produz.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

sinaliza o caráter dialético do seu resultado, fruto não só da composição das comissões temáticas que foram criadas para elaborar o texto a ser deliberado, mas também do dissenso decorrente das visões distintas a respeito dos assuntos a serem submetidos à ANC (Coelho; Oliveira, 1989).

Sobre a temática da delimitação se o Estado deveria ou não 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. 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.⁴ Houve distintas concepções acerca da temática da intervenção estatal na economia, com posições inclinadas para a diminuição do número de empresas estatais,⁵ outras desejosas de uma rígida excepcionalidade da presença do Estado na economia⁶ e, também, aquelas que creditavam o grau de desenvolvimento do país, à época, às intervenções estatais na economia.⁷

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.

4 Reunião realizada em 27 de abril de 1987, às 17h40. Ata da reunião publicada no *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, supl. 97, p. 50-67, 18 jul. 1987. Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup97anc18jul1987.pdf#page=50>. Acesso em: 20 ago. 2023.

5 É o caso da posição de Antônio Dias Leite (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, supl. 97, p. 52, 18 jul. 1987), 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: 20 ago. 2023.

6 Cite-se trecho da fala de Mário Amato (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, supl. 97, p. 54-55, 18 jul. 1987) 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: 20 ago. 2023.

7 Nesse sentido, vale transcrever o relato de Jorge Bittar (*Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, supl. 97, p. 61, 18 jul. 1987): “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: 20 ago. 2023.

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 (Carvalho, 2017). 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 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 literalidade do artigo 173, com o uso combinado das expressões “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 artigo 170 do texto constitucional 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 (artigo 1º, inciso IV), assim como se for considerado o disposto no artigo 37, inciso XIX, o qual condiciona a criação de empresa estatal à prévia edição de lei autorizativa.

Com mais de 35 anos de vigência, o *caput* do artigo 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”.

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 seria 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.

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.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

A partir dessa premissa, os textos constitucionais brasileiros seguiram o caminho de não esmiuçar, em sede constitucional, o conceito de cada um dos pressupostos autorizativos da atuação do Estado como empresário. O significado de um conceito unívoco e estratificado de um desses pressupostos seria danoso sob a ótica democrática, quando mudanças experimentadas pela sociedade são capazes de impactá-lo diretamente, além de dificultar a adaptabilidade da Constituição às novas realidades que, pelo simples decurso do tempo, são postas à frente durante a sua vigência.

Percebe-se, novamente, a relevância da construção de uma interpretação constitucional robusta. O fato de a Constituição não ser o local adequado para especificar 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 absolutamente irrestrita.

2.1 O anacronismo dos “imperativos da segurança nacional”

Em conformidade com o texto constitucional, 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. Qualifica-se, assim, o motivo de segurança nacional, ao mesmo tempo que se reforça a atuação excepcional do Estado no campo da atividade empresarial.

Com isso, um esclarecimento merece ser feito. A segurança nacional representa uma das pautas estatais mais antigas e, ao mesmo tempo, relevantes da história, permanecendo atual no século XXI. Entretanto, o que está em questão no âmbito da aplicação do artigo 173 é o uso do(s) “imperativo(s) de segurança nacional” para 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 empresarial 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 estivessem presente(s) 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, entre várias outras, do gestor público, não existindo um dever propriamente dito de assim agir.

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 (Ávila, 2005).

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 país, derivando

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

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

Nesse último aspecto, ganham 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.⁸ 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.

Por essa razão, houve quem advogasse pela não recepção da Lei nº 7.170 de 1983, a denominada Lei da Segurança Nacional, pela Constituição de 1988, 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 Constituição e a consolidação de pilares democráticos e garantidores de direitos fundamentais (entre eles, o da liberdade de expressão), a Lei de Segurança Nacional teria perdido o seu amparo constitucional.

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 artigo 173. 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 Constituição, deixou de existir, significando, nessa hipótese, trecho constitucional (nati)morto.

Prevalendo 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. Para Lazzarini (2003, p. 141), “a segurança nacional se refere à soberania nacional no sentido de

8 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: 10 de maio de 2023.

proteção das áreas econômicas, cuja reserva deve ficar a cargo do Estado como garantia de soberania da nação brasileira”.

É importante ressaltar 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, se não o principal, que une os cidadãos de um país, o que reforça a visão de interpretação do pressuposto da segurança nacional como trecho constitucional tautológico.

2.2 A necessidade de vinculação para caracterizar “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. 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.

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 singularidade e distinção do interesse que justifica o movimento estatal com perfil empresarial. Duarte (2015, p. 36) ressalta que o conteúdo amplo previsto pelo constituinte, nos termos do artigo 173,

[...] 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.⁹

⁹ É esta 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,

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

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 que possam ser satisfeitos, como o acesso a alimentos, ao menos em regra.

É interesse coletivo, relevante, por sinal, que a população tenha acesso a 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 é suficiente para, de maneira geral, disponibilizar, por meio do mercado, o acesso da população à alimentação. Isso 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, quando se analisa o artigo 173 da Constituição, é a necessidade de o Estado empreender perante as 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.

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, aprioristicamente, da exploração pelo Estado de um centro de abastecimento, eis que são vários

relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal”.



os comércios varejistas privados existentes no país que servem satisfatoriamente a essa finalidade.

Sobre a conexão da relevância em relação ao interesse coletivo que a sucede, Aragão (2017, p. 48) assevera 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.

Quando se incorpora 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.

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.

Em levantamento realizado nas 46 empresas estatais de controle direto da União,¹⁰ baseado na exposição de motivos das propostas legislativas da respectiva criação,¹¹ foi possível verificar que, como regra, não se faz referência explícita ao pressuposto constitucional que dá amparo à criação da estatal, sejam eles os pressupostos previstos na Constituição de 1988 ou aqueles previstos nos textos constitucionais anteriores para as estatais constituídas antes de 1988. 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,

10 Número de empresas estatais de controle direto da União em atividade na data-base de 31 de dezembro de 2021.

11 Para consultar levantamento, acessar Sistematização das estatais federais: <https://cutt.ly/3woVFFOo>

- RAFAEL SILVEIRA E SILVA
- BERNARDO SOUZA BARBOSA

essa sim uma informação facilmente verificável em absolutamente todos os processos de constituição de uma estatal.

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 fundamento, disso não podem 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.

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 Constituição 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, por causa de 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 Constituição, 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.¹² Por sua vez, as leis autorizativas de criação de estatais promulgadas após a Constituição estão sujeitas à análise de inconstitucionalidade propriamente dita, dado que promulgadas sob a vigência do atual ordenamento constitucional.

O número de estatais federais em atividade é, na sua maioria, composto por empresas constituídas antes da promulgação da Constituição de 1988. 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, em especial o artigo 173, que veicula os requisitos autorizativos para o Estado atuar como empresário.¹³ Existindo compatibilidade, os atos normativos reputam-se recepcionados, ao passo que, não existindo, consideram-se revogados.

Isso significa dizer que, se o fundamento para a criação de uma estatal constituída pré-1988 for outro que não os previstos na Constituição de 1988 ou que com eles não

12 Essa é a posição do STF a respeito do fenômeno da revogação da legislação infraconstitucional não compatível com novo texto constitucional. Ver Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI nº 2. Relator: ministro Paulo Brossard. Julgamento em 6 de fevereiro de 1992.

13 Esse é o principal dispositivo constitucional utilizado para fins de análise de conformidade material da legislação pré-1988 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.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

sejam compatíveis, estar-se-á diante de uma hipótese de revogação do ato normativo que disciplinou a criação da estatal. Sob a perspectiva prática, a eventual 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.

No âmbito federal, não há qualquer declaração expressa, seja do Poder Executivo, seja do Poder Judiciário, no sentido de que lei criadora de determinada estatal federal antes da Constituição de 1988 tenha sido por ela revogada. 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 texto atual.

Com exceção da Constituição de 1967 e a de 1967/1969, 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. Isso 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 duas últimas ou mais Constituições.

Se determinada estatal foi constituída na vigência da Constituição de 1946, sob a justificativa de determinado interesse público, não é porque a Constituição de 1988 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. 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 no texto constitucional em que o Estado pode atuar como empresário.

Se houver compatibilidade com alguma dessas hipóteses, entender-se-á que a lei que a criou foi recepcionada pela atual Constituição. 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 atual

Constituição 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 do texto atual, 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 lhe assegura o mesmo prognóstico nas avaliações futuras, ainda que se trate de hipótese em que o texto normativo paradigma se mantenha o mesmo. Isso ocorre 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. Essa espécie pode ser exemplificada com a hipótese de uma estatal constituída na vigência da Constituição de 1988, 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 à 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 meio de uma releitura das disposições constitucionais, ou seja, uma interpretação ainda orientada pela conjugação de princípios presentes no texto, ou de uma reforma mais profunda, à luz da plasticidade da própria sociedade e das características de um Estado Democrático de Direito.

3. A dependência da trajetória do Estado empresário brasileiro

Segundo o levantamento realizado no âmbito desta pesquisa e os espaços interpretativos das condicionalidades impostas pelo artigo 173, é possível observar um movimento de inércia por parte dos governos brasileiros ao longo da nossa recente história quando

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

se trata de criação de estatais.¹⁴ Acrescenta-se ainda um aspecto ainda mais relevante: a inércia da criação também incentiva um movimento de não revisão ou avaliação da existência da estatal. Essa característica – inércia na condução do Estado empresário – é excepcionada, quando muito, em momentos tímidos e pontuais em que as forças políticas passam a rivalizar não só em debates gerais sobre o tema, mas sim diante de um determinado caso concreto

Nesse sentido, como já foi largamente mencionado, 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 são rendidos por essas rivalidades, que acabam por interditar a evolução, sob diversas dimensões, que o assunto merece.

Para que se tenha clareza dessa rivalidade, basta lembrar-se das disposições do Decreto nº 10.263/2020, o qual veicula uma sistemática de avaliação do Estado mais próxima de um programa de desestatização, na medida em que submete a avaliação das estatais tão somente para fins de recomendação de inclusão nesse programa, e não com a finalidade de provocar uma avaliação que venha a compreender o significado da empresa para a geração de bem-estar direto ou indireto à população. Em reforço, vale registrar que, três anos após da vigência desse decreto, foi editado o Decreto nº 11.478/2023, excluindo diversas estatais do Programa Nacional de Desestatização de uma só vez, sem demonstrar qualquer tipo de evidência pautada em análises e estudos, exteriorizando, assim, uma agenda estatizante *a priori*.

Em um intervalo de apenas três anos, intercalado por eleições que elegeram dois presidentes da República que se encontram em espectros bastantes distintos, houve a edição de diferentes decretos em direções opostas, 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.

Observam-se, então, dois movimentos inerciais relativamente à não observação dos dispositivos constitucionais: a criação das estatais sem fundamentação devidamente robusta e a manutenção ou venda sem critérios respaldados por uma interpretação consistente da constituição. Isso significa dizer que a decisão é formada de maneira

14 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 jan. 2023.

específica e sistemática pelo traçado histórico que o antecede, numa relação em cadeia causal entre diferentes estágios de uma sequência temporal, em que qual cada estágio influencia o rumo do estágio seguinte (Hathaway, 2003). Trata-se de um caso de dependência da trajetória (*path dependence*) com traços institucionais, posto que operado por agentes do Estado, cuja ação apenas infere um respeito às normas constitucionais, indicando uma práxis fortalecida em contextos de complexa interdependência social, com consideráveis efeitos de aprendizagem, de coordenação e de expectativas adaptativas, restringindo decisões futuras que possam alterar as trajetórias (North, 2005). Como se observa na história do Estado empresário brasileiro, levando-se em conta que a práxis vigente se institucionaliza, estabelecendo um padrão de legitimidade, ou seja, a instituição se reproduz porque é compreendida como legítima (Mahoney, 2000). Desse modo, há uma resistência natural nas instituições para mudanças.

Silva (2007) relaciona esses argumentos ao exercício da política, indicando aspectos que permitem verificar que a práxis e as restrições institucionais são ubíquas. O primeiro é de natureza coletiva e estratégica da política, em que as consequências das ações individuais dependem das ações dos outros. Criar condições favoráveis à ação coletiva e à coordenação é a principal questão da vida política. O segundo aspecto refere-se à densidade institucional da política, visto que a alocação de autoridade política é a principal fonte de resiliência institucional, aumentando assimetrias de poder. O último aspecto é a complexidade e opacidade da política, tendo em vista que ela envolve a busca de uma ampla gama de objetivos incomensuráveis e consiste em processos que tornam mais difícil determinar quais elementos nesse sistema complexo são responsáveis por um mau desempenho e quais ajustamentos poderiam levar a resultados melhores.

A propósito, associada à questão da complexidade, a práxis relativa à criação e à manutenção das empresas estatais foi altamente induzida pelos conceitos do artigo 173, que carecem permanentemente de valoração e de significado, deixando aos sabores das escolhas realizadas no âmbito da democracia representativa, escolhas tais, como já mencionado, que recaem em debates meramente ideológicos. A práxis, portanto, se vale de “alguma transigência na compreensão e definição dos contornos e da extensão dos interesses públicos que podem mover as estatais” (Sundfeld; Rosilho; Yasser, 2017, p. 48). Tal transigência, configurada por uma deficiência de um debate público no âmbito legislativo mais consistente e menos açodado, desafia sistematicamente a importância da motivação dos atos como elemento garantidor da possibilidade de

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

demonstrar uma ação concreta mais legitimada e bem sustentada no sentido de um alinhamento ao interesse público (Guidi, 2016).

Entretanto, a partir do conceito de dependência da trajetória, 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. Se voltarmos a analisar os pressupostos constitucionais previstos no artigo 173, 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 processos de criação das estatais federais em atividade demonstram que a obscuridade na densificação do pressuposto constitucional é uma marca comum a esses processos. O Estado brasileiro ainda não dispõe de ferramentas voltadas a, de maneira a institucionalizar, uma nova práxis, reavaliando posições assumidas. Quando muito, procede 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.

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, isso 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 no caso de decisão pela constituição de uma nova empresa estatal em seu governo. 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.

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. 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.

O fenômeno da dependência da trajetória representa, com rigor, o *status* em que a gestão do Estado empresário se encontra, em especial pela ausência de mecanismos e práticas incorporados à rotina da atividade estatal, voltada para (re)avaliar, de maneira permanente e mediante um processo estruturado, as posições assumidas pelo Estado na ordem econômica.

4. Interpretação sistemática e o princípio da eficiência no arranjo constitucional para o Estado empresário

Tanto os “imperativos da segurança nacional” quanto o “relevante interesse coletivo” reproduzem normas jurídicas de conteúdo indeterminado, ou seja,

[...] 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 (Binenbojm, 2006, p. 212).

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

Isso exige do intérprete muito mais do que uma atividade mecânica de subsunção do fato à norma, cabendo-lhe, ademais, construir o significado da norma a partir do texto contido no dispositivo, o que se aplica diretamente à conformidade constitucional da atuação do Estado como empresário.

É importante ressaltar que a elasticidade das expressões previstas no artigo 173 da Constituição 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 interpretá-las isoladamente, de maneira independente do restante do artigo 173, em relação a uma interpretação sistemática direcionada pelos parâmetros extraídos do restante do seu texto.

Em uma orientação interpretativa mais focada, Cretella Júnior (1993) e Torres (2001) compreendem que a redação do dispositivo constitucional vigente tem certo denominador comum aos textos constitucionais anteriores, no que se refere à delimitação do papel do Estado na economia, atribuindo ao Estado um espaço subsidiário ante o particular na exploração direta da atividade econômica. Interpreta-se o dispositivo constitucional 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), orientando a atuação estatal na economia e harmonizando a coexistência da figura do Estado e da iniciativa privada.¹⁵

Entretanto, Souza Neto e Mendonça (2006) visualizam que a subsidiariedade não como um princípio constitucional, mas sim como um postulado vinculado ao liberalismo econômico, que compreende a ordem econômica constitucional não ser somente liberal no sentido econômico, 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.

15 Ribeiro (2009) sustenta 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. Em contrapartida, Bercovici (2009) defende que o texto constitucional de 1988, diferentemente de outros textos anteriores, não previu a subsidiariedade estatal no nicho empresarial.

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. No STF, a existência da ideia de subsidiariedade do Estado na economia foi contrastada com dados sobre o número de empresas estatais no país:¹⁶

1. O artigo 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), [...] 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).

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 artigo 173 da Constituição, 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 já referida, noções liberais, sociais, nacionalistas, entre outras. Assim, é natural que a interpretação de tais conceitos indeterminados varie com o passar do tempo, ora ampliando o número de estatais existentes, ora diminuindo.

Superada a controvérsia da subsidiariedade, deve-se enfrentar a missão de como estabelecer os melhores contornos para que o Estado atue como empresário, sugerindo-se como caminho uma interpretação sistemática que consagra o princípio da unidade da Constituição, retratado de forma absolutamente sintética e tão proverbial por Grau (2012, p. 181): não “se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”. A afirmação reforça que o texto constitucional não pode ter seus dispositivos interpretados

16 ADI nº 5624 MC-Ref. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 6 de junho de 2019. p. 163-164.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

isoladamente, como se fossem aleatoriamente inseridos, visto que eles integram um sistema e, portanto, devem possuir uma harmonia lógica. Radicalizando a visão da Constituição como sistema, Freitas (2004, p. 19) afirma que a interpretação sistemática, “de certo modo, compreende todos os elementos exegeticos”.

De acordo com Hesse (1991), como a Constituição estabelece a estrutura e a conformação do Estado e da sociedade, jamais poderia ter seus dispositivos compreendidos pontualmente, como se cada um tratasse de um problema isolado. Portanto, na busca de uma interpretação que associe significados de diferentes dispositivos, a interpretação sistemática visa enfatizar as conexões lógicas que venham atender às necessidades coletivas e individuais. Mudanças dos contextos social e econômico podem provocar releituras do texto constitucional, e novas interpretações mantêm sua atualidade, 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, reforça-a.

Nesse sentido, 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, conforme está previsto no *caput* do artigo 37. 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.

A positivação do princípio da eficiência na Constituição se deu pela Emenda Constitucional nº 19/98. Lanius, Gico Junior e Straiotto (2018, p. 111) indicam que a expressa indicação no artigo 37 do referido princípio reforçou o dever de os gestores públicos buscarem a maximização dos resultados para a sociedade a custos menores, diante de um contexto em que os recursos públicos são limitados:

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.

Em um cenário normativo como o estabelecido pela Constituição de 1988, 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.

A eficiência será 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.

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, entre 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.

Na prática, a incorporação da eficiência 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. Ganha ainda mais importância essa análise no que se refere às estatais classificadas como dependentes, as quais, nos termos da Lei Complementar 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.

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

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, à previdência social e aos Poderes do ente federativo (Santos, 2021). 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 durante todo o seu período de gestão reflitam os principais anseios da população. 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 (Souza, 2017).

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 estão sujeitos, para avançar em *standards* na aplicação do artigo 173, 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 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 de pautas dos governantes de turno. A autocrítica do Estado acerca de sua capacidade (organizacional, financeira, técnica, entre outras) para empreender em determinado nicho empresarial também está inserida no âmbito do princípio da eficiência, reforçando o dever de aferi-la 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 orientado pelo princípio da eficiência deverá considerar esse cenário, juntamente com os demais fatores que merecem avaliação, entre eles o grau de anseio da população por uma intervenção e a essencialidade da presença do Estado para o desenvolvimento de determinado nicho empresarial.

A compatibilidade constitucional da atuação do Estado como empresário perpassa, portanto, pela permanente avaliação acerca da presença do pressuposto constitucional e por sua continuidade com o passar do tempo. A esse respeito, 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

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

Estado, assim como ao Poder Legislativo, no momento de apreciar a lei autorizativa da criação de determinada empresa estatal.

E, para isso, os agentes públicos devem ter como norte todos os princípios descritos no artigo 37 da Constituição e, com maior destaque, o princípio da eficiência. Faz todo o sentido, portanto, que uma interpretação somente apoiada nas expressões constitucionais deduzidas no artigo 173 torna-se incompatível com as boas práticas de gestão que uma administração pública compromissada com resultados deve seguir.

5. Governança pública como consolidação do filtro constitucional

Dada a forte associação observada entre os pressupostos do artigo 173 e o princípio da eficiência presente no artigo 37, distanciando-se do sentido unívoco e inflexível da leitura desarticulada da Constituição, é fundamental que o filtro constitucional a ser realizado sobre o Estado empresário deva ser contínuo, de modo a dar orientação, sustentação, densificação de preceitos aos tomadores de decisão. 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.

No centro dessa tomada decisão, encontra-se 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 à 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 – com suas vantagens e desvantagens – é para o melhor interesse público e 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.

Nesse sentido, o argumento defendido neste artigo é que a melhor forma de concretizar o filtro constitucional seja a construção de um sistema de governança pública aplicada às atividades do Estado empresário. É importante destacar que o conceito de governança tem sua origem no meio privado, quando os proprietários passaram a

gerir à distância seus bens e investimentos, delegando a terceiros autoridade e poder para administrar esses ativos (Brasil, 2013). Esse conceito foi amplamente apropriado por empresas de capital aberto, atuando com o propósito de dirigir, monitorar e incentivar as organizações às boas práticas em deferência a seus acionistas, daí a expressão governança corporativa. Ao longo do conjunto de experiências, consolidaram-se como princípios básicos de governança corporativa a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2015).

A ideia de adaptar o conceito de governança ao setor público surgiu na esteira da crise econômica e fiscal dos anos 1980, período em que foram amplamente incentivados novos arranjos políticos e econômicos em busca da eficiência (Brasil, 2013). Segundo o Banco Mundial, governança pública, então, seria o modo pelo qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país, visando ao desenvolvimento e implicando a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir suas funções (World Bank, 2008).

Esse conceito atrai uma série de sentidos e preocupações concernentes ao Estado e à administração pública. Uma governança pública teria a preocupação com a capacidade estatal, política e administrativa, para agir efetiva e decisivamente na solução de problemas sociais (Peters, 2013). Nesse sentido, ela deve apontar para o desenvolvimento de avaliação dos resultados e da aderência a critérios ou normas acordados (Bovaird, 2005), naturalmente se aplicando tal escopo sobretudo à interpretação constitucional vigente. Outro aspecto cada vez mais relevante é que a governança tem o condão de incentivar descobertas de oportunidades, de inovação e diminuição de empecilhos para uma melhor prestação de serviços à sociedade, uma vez que a melhoria do desempenho da organização, espelhando o princípio constitucional da eficiência, gera valor para a sociedade.

É importante destacar que a governança pública não pode ser confundida com a gestão, visto que ocupa uma função direcionadora, enquanto a gestão é função realizadora; a “governança se preocupa com a qualidade do processo decisório e sua efetividade [...] A gestão, por sua vez, recebe o direcionamento superior e se preocupa com a qualidade da implementação desta direção, com eficácia e eficiência” (Brasil, 2020, p. 17).

Segundo o *Referencial básico de governança organizacional para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU* (Brasil, 2020, p. 17-18), a governança pública envolve três tipos de atividade:

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

[...] a) avaliar, com fundamento em evidências, o ambiente, os cenários, as alternativas, o desempenho e os resultados atuais e os almejados. [...] b) direcionar, priorizar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e de 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. [...] 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.

Desse modo, vislumbram-se algumas características que poderiam estar presentes no amplo processo de criação, manutenção e venda/desconstituição de empresas estatais, elaborado na forma de um sistema de governança pública, com fundamento na interpretação sistemática da Constituição, sustentado na conformidade com enfoque no “relevante interesse coletivo” e no princípio da eficiência, de modo a balizar as decisões e a gestão dessas atividades econômicas tanto no âmbito do Poder Executivo, que detém a iniciativa da criação e a responsabilidade pela gestão da atividade empresarial, quanto no Poder Legislativo, que precisa avaliar e exigir a prestação de contas desse tipo de atividade estatal.

A propósito, não se deve deixar de mencionar que o estabelecimento de governança pública para os propósitos do Estado empresarial pode perfeitamente se encaixar como uma política pública, cujo tratamento, inclusive na esfera nacional, já tem sido objetivo de muitas ações e incentivos, tais como a difusão e o estabelecimento de avaliações *ex ante* e *ex post*, o que demonstra a relevância de diagnósticos e prognósticos baseados em evidências que dotem o gestor público de elementos sólidos para tomada de decisões. Isso tudo sem infringir a liberdade dada ao governante para implementar ações e programas com a tônica do seu respectivo programa de governo.

Desse modo, alguns elementos se tornam fundamentais para que possam estar presentes em um sistema de governança pública para o Estado empresário:

- a) Construção de regras eficazes para uma ampla transparência, atendendo ao princípio da publicidade e qualificando os debates públicos sobre a matéria, de modo a resguardar a 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 seu estabelecimento seja precedido 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.

- b) Instituição de mecanismos que permitam ao Estado monitorar e avaliar permanentemente, com base em evidências, o desempenho das empresas estatais, seus resultados e respectivos custos, de forma a evitar que os efeitos da dependência da trajetória se sobreponham à gestão do Estado empresário.
- c) A previsão de avaliação periódica, também baseada em evidências, 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, e, 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.
- d) O estabelecimento de ferramentas com o objetivo de obrigar o Estado a divulgar periodicamente 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) Atribuição de responsabilidade a órgão(s) para coordenar a governança pública do Estado empresário, inclusive como forma de garantir *accountability* dos trabalhos a serem empreendidos para essa finalidade, buscando resguardar mínima autonomia funcional e com processos decisórios que abram canais de maior participação social, evitando riscos de captura (especialmente das maiores políticas que ocupam os governos).

O estabelecimento de um sistema de governança para, permanentemente, avaliar, monitorar e direcionar a atuação do Estado como empresário, com as características anteriormente expostas, já poderia apresentar fortes possibilidades de romper com a práxis inercial em que o Estado simplesmente siga, acriticamente, o fluxo até então delineado na gestão da matéria, configurando o fenômeno da dependência da trajetória. Esse efeito inercial que engessa possíveis e, eventualmente, desejáveis reversões de rumo seria rompido 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.

A densificação dos pressupostos constitucionais nos casos concretos passaria a ser conduzida por um processo rigorosamente transparente na elucidação da razão para

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

a criação de determinada empresa estatal, em conformidade com a ideia subjacente à motivação dos atos estatais, o que, inclusive, serve de fundamento para a avaliação, ao longo do tempo, da compatibilidade da exploração de atividade econômica pelo Estado à luz da Constituição. A rotineira avaliação pelo Estado de sua atuação como empresário é um dos pilares do modelo de governança, com a finalidade de contribuir para uma melhor gestão dos ativos de titularidade estatal.

A implementação de um modelo de governança pública para, permanentemente, avaliar, monitorar e direcionar a atuação do Estado como empresário é fundamental para posicionar o Estado no campo da economia em conformidade com o texto constitucional, em sua visão sistemática. 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.

O importante aqui é destacar a essencialidade da implementação de uma sistematização periódica de avaliação para reverter o quadro de 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 deste artigo 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.

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. 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 funda 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 impõe, em diferentes graus, à rotina da gestão pública.

Em igual sentido, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) 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 recomendações são o padrão internacionalmente aceito sobre a maneira como os governos devem exercer a função de propriedade estatal. No primeiro tópico de recomendação, intitulado “Justificativas da propriedade estatal”, assim a organização preceitua (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2015, p. 19):

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 mencionarem que a propriedade estatal deve se submeter a uma “crítica permanente”, 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. A sugestão da OCDE 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 estes são escassos.

É interessante destacar que essa recomendação da OCDE sugere a 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

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

disso, a recomendação fixa a premissa de que a propriedade das empresas estatais pelo Estado deve ser 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 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.

Ressalta-se que a abordagem da governança corporativa já é uma realidade em várias estatais, com predomínio daquelas que possuem capital aberto. Como já foi mencionado, trata-se da iniciativa fundamental para a garantia dos direitos de acionistas e para fomentar interesse de novos investidores. Não obstante, a perseguição de boas práticas de governança corporativa, que já se ocupam com a ideia de eficiência, também é forte incentivo para um direcionamento cuidadoso das finalidades das empresas, especialmente no alinhamento ao interesse público. A maior debilidade é uma construção robusta de um sistema de governança pública geral, além das iniciativas realizadas por cada uma das empresas, uma vez que trata de decisões de gênese e de encerramento da participação do Estado em áreas da economia.

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 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 necessária 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 Constituição, criando o risco de a sua atuação não mais guardar conformidade com o texto constitucional.

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, isto 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.

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 reavaliá-la 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. 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.

- RAFAEL SILVEIRA E SILVA
- BERNARDO SOUZA BARBOSA

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

6. Conclusão

Este artigo pretendeu fugir das amarras ideológicas que cercam a posição do Estado empresário, propondo, primeiramente, uma interpretação constitucional sistemática e consistente com o caráter intertemporal do relevante interesse público em associação com o princípio da eficiência para melhor orientar decisões. Em seguida, buscou-se associar essa interpretação estabelecendo-se como filtro constitucional um conjunto de fundamentos para construção de um sistema de governança público voltado a aprimorar a gestão do Estado empresário e, com isso, subsidiar todo o conjunto de decisões envolvidas nessa atividade.

Ao mesmo tempo, buscou-se 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, procurou-se reposicionar o cerne da questão para investigar 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, foram observadas deficiências nos processos de constituição de estatais, como dificuldades 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. Tais 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.

Ainda nesse cenário, verificou-se que não há, no ordenamento jurídico e nas práticas e nos 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 ingerências político-ideológicas que pairam sobre a matéria. Na prática, é como se o governante de turno tivesse total discricionariedade para gerir as participações empresariais do Estado, tendo como única restrição os conceitos jurídicos empregados no texto constitucional, cuja interpretação dificilmente respeitaria o princípio da unidade. Isso ocorre 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 estabelecido legalmente ou, quando menos, costumeiramente fragilizam a força normativa da Constituição no que se refere aos pressupostos autorizativos para o Estado empreender.

A concentração da gestão da posição assumida pelo Estado como empresário em dois únicos 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 porque 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.

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

• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

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.

É importante registrar que este artigo não teve a pretensão de eliminar a influência de fatores político-ideológicos sobre a gestão do Estado empresário. Eles continuarão tendo espaço nas decisões públicas relativamente ao Estado empresário pelo respeito que se deve sinalizar à democracia que 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. O problema reside em não existir qualquer espécie de sistema que dê a devida relevância à avaliação, ao monitoramento e ao direcionamento da posição assumida pelo Estado na temática da exploração de atividade econômica.

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, entre elas a jurídica, a de eficiência da gestão pública e a de legitimidade (aqui compreendida como o alinhamento com os interesses da sociedade).

A preocupação em implantar governabilidade nesses relevantes processos decisórios é compartilhada por vários 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.

O desafio enfrentado neste artigo foi, portanto, apresentar elementos que reforcem o processo de tomada de decisão acerca da criação de uma estatal e as decisões subsequentes em torno de sua manutenção ou desestatização, especialmente para torná-lo mais orientado por evidências e que não seja simplesmente sequestrado por uma disputa de posições político-partidárias que se alternam no tempo. Nesse sentido, será relevante que novas pesquisas avancem sobre o formato e a construção de um sistema que consolide os princípios constitucionais orientadores do Estado empresário, associando os princípios de governança com uma estruturação governamental que tenha

competências e que funcione de forma transparente, plural e equilibrada relativamente às funções de cada Poder da República.

Deixar a gestão do Estado empresário jogada ao léu, sem que as forças políticas que atuam no âmbito de nossa democracia tenham balizas mais firmes para orientar suas decisões, e assistir passivamente aos efeitos deletérios de uma práxis quase cristalizada não deveria ser uma opção para uma administração pública. As estatais são 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 desacompanhada de uma deliberação mais robusta acaba por ofuscar ou mesmo ignorar.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 23, n. 102, p. 45-55, mar./abr. 2017.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, G. Os princípios estruturantes e o papel do estado. In: CARDOSO JR., J. C. (org.). *A Constituição brasileira de 1988 revisitada: recuperação histórica e desafios atuais das políticas públicas nas áreas econômica e social*. Brasília: Ipea, 2009. v. 1.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOVAIRD, T. Public governance: balancing stakeholder power in a network society. *International Review of Administrative Sciences*, v. 71, n. 2, p. 217-228, June 2005.

BRASIL. *Referencial básico de governança*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2013.

BRASIL. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex ante*. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018. v. 1.

BRASIL. *Avaliação de políticas públicas: guia prático de análise ex post*. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018. v. 2.

BRASIL. *Guia da política de governança pública*. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. *Referencial básico de governança organizacional para organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU*. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado, 2020.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: SACHS, W.; WILHEIM, J.; PINHEIRO, P. S. (org.). *Brasil: um século de transformações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 222-259.

CARDOSO, F. H. *Autoritarismo e democratização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.



• RAFAEL SILVEIRA E SILVA
• BERNARDO SOUZA BARBOSA

CARVALHO, L. M. 1988: *segredos da Constituinte*. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2017.

COELHO, J. G. L.; OLIVEIRA, A. C. N. de. *A nova Constituição: avaliação do texto e perfil dos constituintes*. Rio de Janeiro: Revan, 1989.

COUTO, C. G.; ARANTES, R. B. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CYRINO, A. R. Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. *Fórum Administrativo*, v. 16, n. 185, p. 9-23, jul. 2016.

DUARTE, Cláudia Turner P. *Livre Iniciativa e Estado: em Busca do Equilíbrio Perfeito*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, v. 58, p. 111. 2015.

DINIZ, E. *Empresário, Estado e capitalismo no Brasil, 1930-1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

FERNANDES, A. L. J. Aspectos históricos e principais conceitos da Lei das Estatais. In: FERNANDES, M. J. (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.

FONSECA, J. L. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, J. *Interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUERRA, S. As privatizações no atual contexto jurídico constitucional brasileiro. In: SOUTO, M. J. V. (org.). *Direito administrativo empresarial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUIDI, S. Discricionariedade e motivação. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p. 189-214, jan./abr. 2016. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=240279>. Acesso em: 1º fev. 2023.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HATHAWAY, O A. Path dependence in the law: the course and pattern of legal change in a common law system. *Law, Economics, and Public Policy Working Papers*, Paper 270, p. 100-165. 2003.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

LANIUS, D. C.; GICO JUNIOR, I. T.; STRAIOTTO, R. M. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *Revista de Direito Administrativo*, ano 13, n. 277.2, p. 107-148, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/31736/79140>. Acesso em: 1º fev. 2023.

LAZZARINI, Á. *Temas de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



- MAHONEY, J. Path dependence in historical sociology. *Theory and Society*, v. 29, p. 507-548. 2000.
- NORTH, D. C. *Institutions, institutional, change and economic performance*. Cambridge: University Press, 1990.
- NORTH, D. C. *Understanding the process of economic change*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Diretrizes da OCDE sobre governança corporativa de empresas estatais, Edição de 2015*. Paris: OECD, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.
- PETERS, G. O que é governança? *Revista do TCU*, n. 127, p. 28-33. 2013.
- PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988*. Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RIBEIRO, M. C. 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.
- SANTOS, D. M. dos. *Empresas estatais federais e o relacionamento financeiro com a União, entre 2010 e 2020*. 2021. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento) - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2021.
- SCHNEIDER, B. R. *Burocracia pública e política industrial no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1994.
- SILVA, R. S. e. *O desenho institucional do estado sob uma perspectiva temporal: o caso da política regulatória dos fundos de pensão*. 2007. 181 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- SOUZA, R. P. de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, M. A.; SOUZA, R. P. 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 fev. 2023.
- SOUZA, W. P. A. de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOUZA NETO, C. P.; MENDONÇA, J. V. S. de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação e princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A.; YASSER, G. Responsabilidade pública nas intervenções econômicas anômalas com empresas estatais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 19, n. 105, p. 47- 63, set. 2017.
- TORRES, S. F. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WORLD BANK. What is governance? 2008. Disponível em: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance>. Acesso em: 30 abr. 2023.