

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO
ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I**

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves; Gina Vidal Marcilio Pompeu – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-325-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Economia. 3. Sustentavel. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Incrivelmente, chegamos à segunda metade do mês de junho de 2021. De especial?... a vida! Comemorar a vida, pois, indubitavelmente, somos sobreviventes, até aqui, de uma das maiores tragédias sanitárias mundiais dos últimos cem anos, ainda, relevados os tempos da “Gripe Espanhola” no início do Século passado. No dia 19 de junho de 2021, no Brasil, verificou-se a triste marca de 500.800 mortes por COVID-19 que, para além, de um número inaceitável em pleno Século XXI, é a prova de que ainda estamos fracassando no objetivo de preservar nossa humanidade. São tempos difíceis em que o Planeta sofre as agruras da incompreensão, da destruição, da desarmonia e do egoísmo insano para a acumulação; por fim, insólita, em à medida que caminhamos, a passos largos, rumo a um futuro catastrófico e de incertezas. Nesse cenário de um Planeta em mutações climáticas, ambientais e comportamentais, assim como, em vista dos perigosos e avassaladores avanços da COVID-19, não resta outra possibilidade de avanço pela vida que não a Ciência. Destarte, também, para nós, operadores e pesquisadores do Direito, compete o empenho para o crescimento da estabilidade Institucional no País, para a busca da justiça e para o necessário e oportuno desenvolvimento da doutrina pátria com vistas à inarredável contribuição para implementação de um processo legislativo oportuno e da benfazeja tomada de decisão no Judiciário. Vimos, então, novamente, registrar nossa humilde contribuição para a Ciência do Direito, nesta ímpar oportunidade do III Encontro Virtual do CONPEDI. Registram-se, portanto, aqui, os esforços de pesquisadores de toda parte do nosso Brasil que se dedicam ao tão apreciado, por todos nós, Direito Econômico, agora, ombreado pela Análise econômica do Direito e o ambientalismo para o desenvolvimento. Para além da vida, então, urge como necessário registrar que estamos, já, no III Evento Virtual do CONPEDI que possibilita, mais essa novel oportunidade para que nos encontremos nos GT’s I e II de Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (DEDES). Fomos e somos resilientes e, aqui, estamos novamente para registrar os esforços de tão seletivo grupo de iniciados e pensadores do Direito Econômico e da Análise Econômica do Direito para a busca do desenvolvimento sustentável. Por ora apresentamos os seguintes trabalhos e seus autores divididos em 05 Subgrupos de apresentação a saber: a) ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (LaE); b) DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO; c) DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL; d) DIREITO ECONÔMICO DA EMPRESA e; e) DIREITO

AMBIENTAL ECONÔMICO. Destarte, se passa a enaltecer e convidar o atento público para análise dos seguintes artigos, propedeuticamente organizados nos citados grupos de temas. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: A ESSÊNCIA TRANSDISCIPLINAR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO de autoria de Luiz Eduardo Dias Cardoso e Everton das Neves Gonçalves apresenta aspectos propedêuticos para os iniciantes no estudo da LaE enfatizando a interdisciplinaridade com a Microeconomia decorrente da simbiose entre o Direito e a Ciência Econômica peculiar à AEDI e os aspectos históricos; O MARKETPLACE TECNOLÓGICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO escrito por Fabiano Nakamoto, Fabio Fernandes Neves Benfatti e Iuri Ferreira Bittencourt descreve a possibilidade de um “lugar de mercado” que pode e deve ser analisado a partir da LaE, vez que as interações comerciais e empresariais cada vez são mais dinâmicas e virtuais; DIREITO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO: REFLEXÕES SOBRE O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NA INTERRELAÇÃO ENTRE O INDIVÍDUO E O MERCADO CAPITALISTA elaborado por Claudio de Albuquerque Grandmaison e Carla Abrantkoski Rister trata do papel do Direito Econômico frente ao Sistema Capitalista Neoliberal na perspectiva do Princípio da Dignidade Humana como vetor de otimização de interpretação das normas jurídicas segundo visão humanista e deontológica com foco na liberdade do ser humano; A LIBERDADE ECONÔMICA NO ESTADO SOCIAL ECONÔMICO: DESENVOLVIMENTO QUE NÃO DISPENSA A PRESENÇA ESTATAL de autoria de Cleide Sodre Lourenço enfatiza a atuação do Estado enquanto ator indispensável ao desenvolvimento econômico e social cunhado na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88); DECRESCIMENTO COMO ALTERNATIVA AO DESENVOLVIMENTO apresentado por Ana Amélia Lobão analisa a Teoria do Desenvolvimento baseada na Teoria francesa do Decrescimento relacionada com a redução de consumo e com as práticas sustentáveis atendendo a demanda da tutela coletiva de um desenvolvimento inclusivo; DIREITO ECONÔMICO E INTERVENÇÃO ESTATAL: APONTAMENTOS SOBRE A REGULAÇÃO ESTATAL DOS PREÇOS PRIVADOS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19 trazido ao CONPEDI por Leonardo de Andrade Costa verifica os contornos jurídicos dos principais instrumentos regulatórios e limites da interveniência Estatal sobre a liberdade dos agentes econômicos para estabelecerem os preços privados no Brasil, a partir do contexto desenhado pela Pandemia da Covid-19; O AUXÍLIO EMERGENCIAL COMO MEDIDA INTERVENCIONISTA DIANTE DA CRISE PELA COVID-19: O PENSAMENTO KEYNESIANO E A CRFB DE 1988 criado por Talita Danielle Costa Fialho dos Santos, Suzy Elizabeth Cavalcanti Kouri e Ana Elizabeth Neirão Reymão destaca as políticas públicas de transferência de renda em tempos de crise, como é o caso da pandemia pela COVID-19, notadamente o Auxílio Emergencial; ASPECTOS DETERMINANTES NA IDENTIFICAÇÃO DO DUMPING SOCIAL INTERNACIONAL E SUA RECEPÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

elaborado por Joana Stelzer, Monique de Medeiros Fidelis e Michele de Medeiros Fidelis explana acerca do Dumping Social, mormente, quanto aos aspectos que caracterizam e auxiliam na identificação do dito Dumping Social no âmbito internacional, especialmente quanto à recepção na legislação brasileira; DIREITO ECONÔMICO DA EMPRESA: CLEANTECHS: VALORES DE COMPENSAÇÃO PELA ENERGIA RETORNADA NA REDE SOBRE PAINÉIS SOLARES criado por Richard Bassan e Cristiana Carlos do Amaral Contídio pensa as possíveis alternativas sustentáveis a partir das startups e o problema da tarifação das contas de energia e a possibilidade de utilização do sistema de compensação de energia como forma de redução da conta a partir do excedente de energia da micro e minigeração; CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA E A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DO CADE COMO FORMA DE PREVENÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA de autoria de Fábio André Guaragni, Maria Victória Esmanhoto e Karla Helenne Vicenzi responde ao questionamento sobre a necessidade de intervenção do CADE em contratos de transferência de tecnologia como prevenção aos crimes contra a ordem econômica; EMPRESA ESTATAL: ANTIGOS DILEMAS, A LEI 13.303/16 E NOVOS HORIZONTES apresentado por Aline Zaed de Amorim estuda o manejo na extensão conceitual do interesse público perseguido pelas empresas estatais e a discricionariedade político-administrativa, já com o advento da Lei 13.303/16; FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL, PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA VISÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL escrito por Douglas de Oliveira Santos aborda o papel da empresa e do empresário para o desenvolvimento do Estado segundo novel visão sobre os meios de produção, compliance e Responsabilidade Social Empresarial; CORRUPÇÃO, CAPITAL CÍVICO E EDUCAÇÃO de parte de Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni que analisam o fenômeno da corrupção a partir do conceito de “capital cívico” apontando a educação em Direitos Humanos voltada para a cooperação e para a cidadania como forma de reduzir a corrupção; DIREITO AMBIENTAL ECONÔMICO: A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO PATRIMÔNIO GENÉTICO AMBIENTAL BRASILEIRO E A BIOPIRATARIA apresentado por Renato Zanolla Montefusco estuda a proteção ao seu patrimônio genético ambiental e punição da biopirataria; A RELAÇÃO ENTRE NEOLIBERALISMO E MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: OS IMPACTOS DA MUDANÇA DE PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL trazido por Ligia Ohashi Torres e Suzy Elizabeth Cavalcanti Koury destaca os impactos que o modelo de Estado neoliberal gera na efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Desejando a todos (as) profícua leitura, reiteramos nossos votos para que todos (as) mantenham-se saudáveis e resilientes para que vençamos as agruras da Pandemia de COVID-

19 e todas as desafiadoras experiências que teimam em nos fazer perder a maravilhosa dádiva de poder estar vivo e feliz. Que venhamos, todos (as) a nos reencontrar no IV Evento do CONPEDI Virtual.

Junho de 2021.

Everton Das Neves Gonçalves

Prof. Dr. Titular da Universidade Federal de Santa Catarina

Gina Vidal Marcilio Pompeu

Profa. Dra. Da Universidade de Fortaleza

EMPRESA ESTATAL: ANTIGOS DILEMAS, A LEI 13.303/16 E NOVOS HORIZONTES

STATE-OWNED ENTERPRISES: OLD DILEMMAS, THE LAW 13.303/16 AND NEW HORIZONS

Aline Zaed de Amorim ¹

Resumo

Por muito tempo relegou-se à discricionariiedade politico-administrativa o manejo na extensão conceitual do interesse público perseguido pelas empresas estatais. Com o advento da Lei 13.303/16 essas questões foram endereçadas tonando-se mais tangível o escopo de sua atuação, bem como valorizou-se os órgãos internos da sociedade como centro de decisões. Nesse contexto, analisa-se o controle exercido pelo poder Executivo na condução de suas estatais, bem como os limites na consecução de políticas públicas implementadas por estas empresas, tendo por base as melhorias de governança inauguradas pela Lei 13.030/16 e outras recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE

Palavras-chave: Empresas estatais, Interesse coletivo, Controle, Políticas públicas, Lei 13.303/16

Abstract/Resumen/Résumé

For a long time the conceptual extension of the public interest pursued by State-Owned Enterprises was relegated to political-administrative discretion. With the advent of Law 13.303/16, these issues were addressed, making the scope of its operations more tangible, and the company bodies more relevant. Within this context, the control exercised by the Executive Branch in the conduct of its State-Owned Enterprises is analyzed, as well as the limits in the achievement of public policies implemented by these companies, based on the governance improvements by Law 13.030/16 and other recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development - OECD.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State-owned enterprises, Collective interest, Control, Public policy, Law 13.303 /16

¹ Mestranda em Direito da Regulação, FGV DIREITO RIO

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer com certo consenso que, no panorama constitucional brasileiro, o art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB) inaugurou uma nova forma de atuar do Estado, pela qual este retira o chapéu de interventor direto na economia e se qualifica como agente normativo e regulador, passando a atuar principalmente por meio da produção de normas. Por outro lado, ainda remanesce ao Estado a possibilidade de atuação como partícipe direto das relações econômicas, desde que limitadas às hipóteses expressamente autorizadas no art. 173 da CRFB (MOREIRA, 2014).

Na prática, o que se verificou nesses anos desde a entrada em vigor da CRFB foi que, apesar do seu art. 174 ter sido a base constitucional para o modelo de agência instituído pelo legislador infraconstitucional, o qual reestruturou diversos setores da economia nacional, este não significou a supressão da atuação direta do estado na economia por meio das empresas estatais (MOREIRA, 2014).

As amplas possibilidades de combinações possíveis para a atuação do Estado, no que toca a maior ou menor intervenção direta deste na economia, conviveram e se alternaram a depender do momento político vigente ou da realidade concreta demandada por cada setor. Há, dessa forma, certa convivência harmônica entre os artigos 173 e 174 da CRFB, de modo que podemos afirmar que a envergadura constitucional possibilitou ao Estado formas múltiplas de atuação.

No tocante às empresas estatais, valendo-se da clássica alusão ao movimento pendular, estas são frequentemente reposicionadas no ordenamento jurídico brasileiro, ora em franca ascensão, como motor de desenvolvimento nacional, ora em declínio, vistas como ultrapassadas e desnecessárias. Dentre as forças motrizes que movem este pêndulo de um extremo ao outro, destaca-se a persecução à eficiência como elo de interseção entre visões antagônicas. Explica-se: ao mesmo tempo em que a eficiência é utilizada para conduzir o argumento da diminuição do papel do Estado na economia (PEREIRA, 2007), também é utilizada para a escolha estatal de uma indumentária privada que lhe conceda maior flexibilidade de atuação (FONTE, 2015; SCHWIND, 2017).

Nesse sentido, a eleição pela constituição de uma empresa estatal, nos termos constitucionalmente autorizados, não é certa ou errada em si mesma (MENDONÇA, 2018), é apenas uma das opções do Estado, na busca da concretização dos fins públicos, cuja opção ou não

pela sua utilização residirá em um juízo político acerca da melhor arquitetura institucional, seja para um setor específico do Estado ou todo ele.

Desse modo, uma atuação racional do Estado deve ser pautada por escolhas contextualizadas e analisadas em relação ao seu resultado (OLIVEIRA, 2015), sendo certo que a roupagem empresarial, por si só, não garante resultados (SCHWIND, 2017). Contudo, as questões mais polêmicas perpassam aos seguintes questionamentos: até que ponto a forma empresarial adotada suporta a busca de uma missão pública? Quais seriam os limites dessa missão pública que, inclusive, justificou a criação da estatal? Quem exerce esse controle finalístico de sua atuação?

Nesse contexto, a Lei nº 13.303/16 (Estatuto das Estatais ou Lei das Estatais), ao se preocupar com as boas práticas de governança nessas empresas, endereça, de certa forma, os questionamentos acima. Para tanto, prestigiou o uso das ferramentas empresariais disponíveis para fins de mitigar ingerências políticas sofridas. Nessa toada, antigas formas de controle pautadas por um dirigismo estatal exógeno cedem lugar aos órgãos internos da empresa estatal na condução dos seus atos sociais, inclusive no que toca a consecução de sua missão pública. Ademais, a Lei das Estatais demarcou as fronteiras para a sua utilização como promotora de políticas públicas no âmbito da sua finalidade institucional, incrementando, portanto, importantes ajustes ao então figurino empresarial utilizado pelo Estado.

Nesse sentido, o primeiro item deste artigo busca analisar o relacionamento entre o Estado e as empresas estatais, sob a ótica do controle exercido pelo Poder Executivo na condução destas empresas. Para tanto, abordar-se-á quais as formas de que dispõe o Executivo para direcionar a empresa estatal na consecução de suas finalidades institucionais, fazendo referência a uma ordem de prevalência de controle, considerando a roupagem privada escolhida pelo Estado. O segundo item adentra-se às dificuldades e conflitos em balizar os limites do uso da empresa estatal na consecução de sua missão pública institucional. O terceiro item coteja as respostas apresentadas pela Lei das estatais para os problemas identificados nos dois tópicos iniciais bem como outras melhorias que sucederam à referida lei. Por fim, será apresentada a conclusão.

2 O CONTROLE DO PODER EXECUTIVO NO DIRECIONAMENTO DA EMPRESA ESTATAL

Conquanto, sob a ótica do organograma do Estado, as empresas estatais enquadram-se como entidade da administração indireta, sob a ótica da atividade (economicamente organizada) que desempenham, são classificadas como empresas, cuja racionalidade econômica orienta-se para a percepção de lucros. Esse duplo enfoque de controles representa a “confluência de prerrogativas” (ARAGÃO, 2018, p. 329) que possui o poder executivo na sociedade estatal, o qual, ao mesmo tempo em que exerce poder de controle via mecanismos inerentes às leis societárias, também controla por meio da clássica supervisão ministerial¹ ou tutela administrativa, incidente nos entes da administração indireta.

Numa análise meramente descritiva do art. 26 do Decreto-lei nº 200/1967, pode-se dizer que a supervisão ministerial abarca desde o controle político via indicação de dirigentes, passando pelo controle financeiro, até chegar ao controle administrativo finalístico, este último destinado a verificar o cumprimento de objetivos e programa governamental, inserindo-se aqui as políticas públicas (BRASIL, 1967).

No aspecto macroeconômico, o controle finalístico da empresa estatal via tutela administrativa, poderia fazer sentido quando o Estado era a mola propulsora da economia, pois cabia primordialmente a ele a coordenação econômica típica dessa atividade. Com a emancipação da iniciativa privada, liberalização dos mercados e sofisticação das formas de financiamento, esse papel da empresa estatal perde relevância e mostra-se inadequado para a consecução de implementação macroeconômica (PINTO JUNIOR, 2013). Daí porque, hoje em dia, a condução da empresa estatal para políticas macroeconômicas, sob o manto da perseguição ao interesse público que lhe autorizou a criação, soa excessivo e flerta com o desvio de finalidade.

Por outro lado, considerando a finalidade institucional da empresa estatal e a possibilidade de sua utilização como vetor de políticas públicas microeconômicas setoriais, a princípio, justifica-se uma coordenação setorial governamental, da qual faz parte a empresa estatal. Isso porque a própria ideia de política pública pressupõe iniciativas coordenadas de atuação, haja vista que, não rara as vezes a sua construção é fragmentada. “Atende-se uma demanda aqui; apaga-se um incêndio acolá; testam-se soluções diferentes para os mesmos problemas e desenvolvem-se novas medidas para novos desafios” (ROSILHO; SUNDFELD, 2014, p. 53).

¹ Na esfera federal a tutela administrativa ocorre via supervisão ministerial.

Contudo, mesmo sob o viés publicista da atividade estatal, há limites impostos pela forma empresarial escolhida, de modo que a sincronização governamental para consecução da política pública não pode impor sacrifícios financeiros exorbitantes. Aqui o limite justifica-se sob um duplo aspecto: (i) se estivermos falando de estatal com participação acionária privada, os acionistas que foram chamados a investir na sociedade tem expectativa legítima de rentabilidade financeira, considerando a forma empresarial adotada, e (ii) a própria realização do objeto social da empresa para atendimento de sua finalidade pública só será atendida se a empresa tiver condições materiais para isso, o que implica, portanto, em ter a saúde financeira da empresa preservada.

Dessa forma, esse equilíbrio da atuação na sociedade estatal, deve ser filtrado pelos órgãos societários da própria companhia, cabendo aos administradores da sociedade coordenar os interesses lucrativos da empresa e direcionar sua atuação também para a consecução das finalidades institucionais da sociedade:

A solução para os dilemas que afligem o controle governamental pressupõe a valorização do papel dos conselhos de administração e fiscal da empresa estatal, que devem ser integrados por pessoal profissionalmente competente e comprometidos com a causa pública. (PINTO JUNIOR, 2013, p. 137)

Nesse sentido, a opção pela perseguição de objetivos públicos via empresa estatal também impele que os inevitáveis controles incidentes sobre esse tipo de sociedade devam ser, na medida do possível, o mais parecido com o de uma empresa privada, evitando-se assim interferências externas excessivas do Poder Executivo controlador. Se o que se busca é a maior flexibilidade na condução por meio do ferramental de atuação disponível à iniciativa privada, não faz sentido neutralizar esses ganhos de autonomia por imposição de rédeas burocráticas típicas dos controles administrativos (MARQUES NETO, 2010). O centro de decisão deve ocorrer por meio dos órgãos internos da sociedade. Em outros termos: a supervisão ministerial não pode significar a supressão dos órgãos societários da empresa estatal (FONTE, 2015).

Desse modo, visando à composição pela preservação dos interesses públicos perseguidos pelo Estado, e a forma privada eleita para tal desiderato, deve haver uma ordem de preferência dos instrumentos de ingerência do Estado nas empresas estatais, pautado por um “princípio” da primazia dos controles societários sobre a tutela administrativa (FONTE, 2015).

Há que se acrescentar também que, não raras vezes, o controlador da empresa estatal é também o poder concedente do setor regulador em que atua, ainda que indiretamente via alguma

autarquia. Nesses casos, haverá um vínculo contratual com o ente federativo controlador, sendo certo que os parâmetros que norteiam o relacionamento entre concedente e concessionária, bem como os termos específicos da concessão, no que inclui também o seu marco regulatório, estarão delimitados no contrato firmado e aplicam-se a todas as empresas reguladas do setor.

Nesses casos, chama-se atenção para o fato de que

ingerências do Estado, através de mecanismos de controle societário ou supervisão ministerial, só podem ser cogitadas se os mesmos objetivos não puderem ser alcançados através das prerrogativas inerentes ao poder concedente e autorizante. (ARAGÃO, 2018, P. 344)

Desse modo, em atenção à paridade de regime estabelecida pelo art. 173 da CRFB haverá prevalência de controles regulatórios sobre os demais, e a ordem de incidência seria: controle regulatório, controles societários e controles de tutela administrativa. Assim, por exemplo, se uma determinada medida pode ser alcançada via ato regulatório do poder concedente – fazendo jus às mesmas condições e garantias de qualquer concessionário - não deve o Estado se valer de suas prerrogativas de controlador, nem de supervisão administrativa, para impor a medida à estatal (ARAGÃO, 2018, p. 344).

A sequência estabelecida justifica-se na medida em que: (i) parte-se do controle mais condizente com o regramento de empresas privadas, haja vista que o título habilitador do controle regulatório – o contrato de concessão ou a autorização- é estabelecido em bases consensuais², aplicáveis indistintamente a todos os atores que atuam no mesmo setor; (ii) passa-se ao controle societário, o qual opera sob a lógica privada, via deliberação dos órgãos societários (iii) até chegar a instrumentos típicos de controle burocrático, tal qual a tutela administrativa ou supervisão ministerial.

Deve-se ter em mente que a ordem de primazia acima faz com que a incidência de um controle deva ter o condão de afastar o outro sobre a mesma hipótese, evitando sobreposição de controles, os quais fatalmente aumentariam o custo de gestão dessas empresas estatais (FONTE, 2015).

Busca-se, dessa forma, que a modulação da empresa estatal ocorra prioritariamente via centros de decisões internos da companhia, em sintonia com a legislação societária e seu

² Aqui no sentido de possuir o contrato natureza de acordo de vontade no momento da formação. Ou seja, não foi imposta a obrigação de contratar.

ferramental disponível. Visa-se, assim, coibir excessos de ingerências políticas que podem levar a decisões arbitrárias, ao mesmo tempo em que se valoriza a autonomia operacional da sociedade, necessária para a realização do seu objeto social e seus fins institucionais, por meio de mecanismos mais apropriados à forma empresarial adotada.

Quando o direito administrativo ignora o papel dos órgãos societários da companhia e coloca a ênfase no controle exógeno para modular a ação empresarial, faz com que os órgãos de administração sejam meramente figurativos diminuindo a sua importância. Dessa forma, possibilita que funcionem como balcões de barganhas políticas e sejam ocupados por representantes do governo sem expertise, descompromissados com os fins institucionais da sociedade. “Com isso perde-se o foco dos negócios, diminui-se a autonomia da sociedade e abre-se um espaço excessivo para a influência política nas suas relações internas” (FIDALGO, 2017, p. 350).

3 LIMITES DE ATUAÇÃO DA EMPRESA ESTATAL E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Subjaz por de trás de qualquer sociedade empresária a racionalidade econômica, consubstanciada em uma atividade economicamente organizada para a percepção de lucros. Tratando-se de empresa estatal, contudo, o pleito da racionalidade econômica, traduzida como busca pela maximização de lucro, sofre os temperos das suas finalidades institucionais, determinadas por lei, as quais, mais do que orientar sua atuação, legitimam a sua existência³.

A dificuldade reside em encontrar o equilíbrio entre a racionalidade estritamente econômica, ínsita à forma empresarial de atuação, e a finalidade pública que justificou sua instituição, haja vista que esta normalmente mitiga aquela.

Isso porque o norte balizador desse conflito deveria estar nas leis de criação das empresas estatais (PINTO JUNIOR, 2013). Tratando-se de sociedades estatais, contudo, as finalidades institucionais normalmente mencionadas de forma genérica na lei de criação, são insuficientes para se identificar os parâmetros de seus limites de atuação. Possibilita-se, assim, que o poder diretivo do Estado conduza a estatal para realização de objetivos sociais amplos categorizados como

³ De acordo com o art. 173 da CRFB: “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” (BRASIL, 1988).

políticas públicas que vão desde políticas setoriais com objetivos tipicamente regulatórios, até políticas macroeconômicas amplas indistintamente aplicadas. Atuam, desse modo, numa permanente e tênue fronteira entre uma ilegítima ingerência política que deturpa a racionalidade econômica da empresa de forma desproporcional e a concretização de virtuosas políticas públicas que se deseja alcançar, amparadas nas suas finalidades institucionais.

Voltando-se para políticas macroeconômicas, a doutrina vem refutando a possibilidade de utilização da empresa estatal para implementação de políticas públicas amplas e genéricas focadas em objetivos macroeconômicos (ARAGÃO, 2018, p. 365; PINTO JUNIOR, 2013, p. 246). Isso porque a amplitude do interesse perseguido nesses casos⁴ não possibilita a identificação do setor produtivo em que a estatal se insere, salvo quando o próprio objetivo setorial da estatal possui caráter macroeconômico tal como ocorre com os bancos públicos.

Por sua vez, em relação à forma de atuação para implementação de sua missão pública, esta vai além da simples correção de falhas de mercados. Dessa forma, pode a estatal implementar desde políticas redistributivas no âmbito de sua atuação setorial, até utilizar sua posição qualificada no mercado para atuar como indutor de comportamentos, no que se denomina *endorregulação* (MOREIRA, 2013). Apesar do planejamento por meio de diretrizes normativas ser apenas indicativo para o setor privado, tal como expresso pelo art. 174⁵ da CRFB, é possível que o Estado atue diretamente em um “constrangimento material” de viés econômico e não jurídico para influenciar economicamente o comportamento dos demais participantes do mercado, não se sujeitando, assim, às limitações impostas pelo art. 174 da CRFB (BRASIL, 1988; ARAGÃO, 2018).

Dessa forma, na prática, a aferição das finalidades institucionais da empresa estatal relaciona-se a verificações de pertinência de sua atuação com o setor econômico em que está inserida (ARAGÃO, 2018). Por conseguinte, a análise do interesse público que ensejou a criação da sociedade, legitimador da mitigação de sua racionalidade econômica, acaba sendo casuística, orientando-se por técnica de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados para se inferir a razoabilidade da atuação estatal.

⁴ Por exemplo, controle de inflação ou controle de câmbio.

⁵ De acordo com o art.174 CRFB: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988)

O certo é que se o interesse público é conceito dinâmico, os propósitos de criação da empresa estatal também devem ser ajustados aos novos cenários em que a estatal se insere, admitindo-se assim uma interpretação evolutiva de sua finalidade. Assim, por exemplo, se antes a sociedade estatal atuava de forma monopolística em um setor para garantir suprimentos de produtos e passa a atuar em regime de mercado, suas políticas públicas devem ser alteradas (PINTO JUNIOR, 2013).

Desse modo, diante da fluidez da noção de interesse público, cuja suficiência conceitual escapa a uma objetivação precisa, as soluções de caráter procedimental aparecem como respostas destinadas a conferir legitimidade decisória. “Nesse caso, a ênfase recai sobre a organização do processo decisório, cuja legitimidade requer instituições fortes e bem estruturadas, capazes de assegurar transparência e ampla participação dos grupos de interesse diretamente vinculados” (PINTO JUNIOR, 2013, p. 477).

A organização pelo processo talvez tivesse tido o condão de, se não resolver, ao menos mitigar alguns dos casos paradigmáticos já enfrentados no tocante ao embate do legítimo atuar do controlador sob o manto do interesse público e eventual excesso ou desvirtuamento da empresa fora da lógica econômica empresarial.

A título de ilustração referencia-se o caso da prorrogação das concessões do setor elétrico no âmbito da Medida Provisória nº 579/2012, convertida na Lei nº 12.783/2013, em que se instaurou controvérsia na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) acerca de abuso de poder de controle por voto em situação de conflito de interesse da União. Em breve síntese, a proposta de prorrogação da concessão inserta nos supracitados dispositivos previa a renovação antecipada dos contratos de concessão de geração e transmissão de energia elétrica em troca do aceite de condições econômicas supostamente menos vantajosas sobre a indenização dos ativos não amortizados no término do contrato de concessão, bem como diminuição do preço da tarifa de energia.

Em que pese a CVM não ter se imiscuído no mérito da política pública objetivada pelo controlador, a comissão considerou que o voto majoritário do acionista controlador foi pautado por interesse patrimonial, dado que, ao votar pela renovação antecipada das concessões, a União não teria que despender recursos para os pagamentos de indenizações devidas ao final da concessão. Desse modo, esse interesse de caráter meramente patrimonial da União (interesse público

secundário) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2015)⁶ não estaria amparado no âmbito do art. 238⁷ da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas) de forma autorizar eventual mitigação da racionalidade econômica na condução no direcionamento da empresa. Esta decisão foi revertida em 2017 por meio de recurso voluntário apresentado pela União ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), em que foi sustentado que a União não poderia votar contra o interesse público que justificou a sua criação, bem como o fato de que, caso optasse pela não renovação e não se sagra-se vencedora nos futuros leilões a própria continuidade da empresa estaria comprometida (CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, 2017).

Percebe-se das discussões que surgiram em torno do caso que, no limite, o embate circunda a análise de se o interesse público que justificou a criação da companhia se coaduna com a política pública implementada, bem como se o sacrifício financeiro imposto à companhia para a consecução desse interesse se justificava. Dessa forma, a tentativa de enfrentamento do mérito da questão não deixa de ser, de algum modo, orientada por uma percepção⁸ de razoabilidade e proporcionalidade, a qual pode oscilar bastante a depender do contexto sociopolítico da análise.

Tal como apontando por Mario Engler Pinto Junior (2016), a justificativa da decisão da Administração deveria ter sido pautada por razões de interesse público ao invés de buscar amparo e razões econômicas mal estruturadas já que a continuidade das concessões no longo prazo implicava para a Eletrobras a sua proeminência no setor elétrico e a capacidade de influenciar comportamento dos demais agentes econômicos do setor, indo ao encontro, portanto, de sua missão pública.

Dessa forma, mais do que se embrenhar na tormentosa conceituação material do interesse público, deve-se perseguir um processo bem estruturado de motivação e transparência na tomada de decisão:

A identificação do legítimo interesse público em contextos específicos equivale à tomada de uma decisão empresarial razoavelmente discricionária, sujeita ao princípio do *business judgment rule*. Daí porque a atenção do regulador ou

⁶ A decisão faz menção expressa à dicotomia entre interesse público primário e secundário.

⁷ Segundo o art. 238 da Lei das Sociedades Anônimas, “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.” (BRASIL, 1976)

⁸ O julgamento do recurso terminou empatado e foi decidido pelo voto de minerva da presidente do Conselho a qual era de indicação da Fazenda

aplicador da lei deveria se voltar para a lisura do procedimento decisório interno da companhia mista (e não propriamente para o controle de mérito). É a solução procedimental que confere legitimidade ao posicionamento adotado pelos órgãos de administração. (PINTO JUNIOR, 2016, p.8).

4 A RESPOSTA DA LEI DAS ESTATAIS E OS NOVOS HORIZONTES

A Lei das Estatais veio atender ao pleito de racionalização e eficiência na demanda por práticas de governanças mais acuradas, voltadas à integridade e à profissionalização de sua gestão. Tal constatação pode ser inferida da exposição de motivo da lei que dispôs ser “fundamental que a lei imponha padrões de governança a serem observados na gestão das empresas estatais, estabelecidos por decisão de Estado, e que não estejam submetidos aos sabores dos interesses de Governos.” (Projeto de Lei, 2015).

Assim é que, por meio de seu art. 90, a Lei das Estatais ressaltou a necessidade da gestão independente, vedando interferência do ente público controlador nas competências societárias (BRASIL, 2016b). Ademais, a Lei das Estatais⁹, além de estabelecer qualificações técnicas para integrantes da administração da sociedade, também impôs vedações de atividades partidárias a estes, mitigando, assim, o controle político exercido sobre a empresa estatal. Ao fazer isso, a Lei das Estatais capacita e prestigia os órgãos internos da sociedade, tornando-os, ao menos em tese, aptos a desempenhar a importante função decisória que lhes cabe na sociedade.

Se por um lado a lei sinalizou uma predisposição do Estado em prol do aperfeiçoamento da governança das empresas estatais, ao estabelecer critérios técnicos para integrar a administração das empresas estatais, seria precipitado dizer que a Lei das Estatais reconheceu a prevalência do controle acionário da empresa estatal sobre as demais formas de controle.

Explica-se: no âmbito da Administração Pública Federal o procedimento de verificação de requisitos e vedações mencionadas da Lei das Estatais foi regulamentado por meio dos arts. 21 e 22¹⁰ do Decreto nº 8.945/16, o qual atribuiu aos órgãos internos e Comitês de Elegibilidade das

⁹ Conforme os arts. 17; 20; 22, § 1º e 26º, § 2º da Lei das Estatais, bem como o art. 8º do Decreto n.º 8.945/2016, que regulamentou a Lei das Estatais.

¹⁰ No mesmo sentido preceitua o art. 1º da Resolução nº 24/2018 da Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União – CGPAR: “Art. 1º Para fins do cumprimento do art. 22, inciso II, do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, deverão ser enviados à Casa Civil da Presidência da República, para aprovação prévia, os nomes e dados de todos os representantes indicados pela Administração

próprias empresas estatais a função de analisar a compatibilidade dos requisitos legais para desempenho do cargo (BRASIL, 2016a). Contudo, o envio do nome para avaliação do referido comitê de elegibilidade deverá ocorrer somente após a aprovação formal da Casa Civil e também da Secretaria de Governo da Presidência da República. Tal análise prévia¹¹ ocorre via Sistema Integrado de Nomeações e Consultas (Sinc), instituído pelo Decreto nº 9.794/19. É no âmbito desse aparato de normas que uma das formas de controle político das indicações para a estatal se materializa. O referido sistema aprova ou rejeita a indicação feita pela sociedade com base na conhecida “conveniência e oportunidade” (BRASIL, 2019), sem a necessidade de fundamentação de negativa. Ademais, a indicação de cargos diretivos para a estatal está vinculada à indicação do Ministério em que a estatal está inserida. Tal sistemática alinha-se a uma gestão descentralizada de controle acionário estatal, na qual o poder de controle do Estado responde a vários ministérios ou órgãos (PINTO JUNIOR, 2013).¹²

Por outro lado, é pertinente mencionar que a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest), em 2020, elaborou estatuto-modelo objetivando a incorporação de diretrizes recomendadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) relativas à governança corporativa de empresas estatais, dentre as quais está justamente o

Pública Federal direta e indireta para cargos de Administradores e Conselheiros Fiscais em Empresas Estatais Federais ou em empresas em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação minoritária.”

¹¹ Conforme o art. 22 do Decreto nº 8.945/16, “[o] órgão ou a entidade da administração pública federal responsável pelas indicações de administradores e Conselheiros Fiscais encaminhará:

I - formulário padronizado para análise do comitê ou da comissão de elegibilidade da empresa estatal, acompanhado dos documentos comprobatórios e da sua análise prévia de compatibilidade; e

II - nome e dados da indicação à Casa Civil da Presidência da República, para fins de aprovação prévia. (...)” (BRASIL, 2016a).

¹² A título de exemplificação, a Lei nº 4.904/65, que trata da organização do Ministério das Minas e Energia - MME, dispõe em seu art. 27 que “compete ao Ministro de Estado a designação de representante de uns e outros órgãos integrantes do Ministério ou submetidos à sua jurisdição”, de forma que, na prática, o membro a ser indicado para integrar a Administração das estatais será indicado do MME, após a aprovação da Casa Civil.

aprimoramento do processo de seleção de administradores¹³. Na visão da OCDE, o modelo centralizado de controle nos órgãos societários da empresa é o mais adequado¹⁴

Dessa forma, além dos requisitos técnicos já enumerados pela Lei das Estatais, o estatuto-modelo das estatais institui um Comitê de Pessoas, Elegibilidade, Sucessão e Remuneração que visará a assessorar os acionistas e o Conselho de Administração nos processos de indicação, de avaliação, de sucessão e de remuneração dos administradores, conselheiros fiscais e demais membros de órgãos estatutários. Trata-se de mecanismo que visa a atender à recomendação da OCDE no sentido de dar mais autonomia aos órgãos decisórios da sociedade. Na prática, contudo, pelo quadro normativo vigente, com destaque a sistemática vigente do Sinc, permanece uma espécie de poder de veto da indicação feita o que pode frustrar algumas das expectativas em conceder maior autonomia aos órgãos sociais das empresas estatais.

Por sua vez, no que toca aos limites de atuação da empresa estatal, o art. 8º do Estatuto das Estatais trouxe relevante inovação, ao balizar a controversa delimitação das políticas públicas perseguidas pelas estatais. Nesse sentido, o art. 8ª, I da Lei das Estatais ganha relevo ao exigir a “elaboração de carta anual (...) com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas (...) em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações” (BRASIL, 2016b). Tem-se, assim, um direcionamento importante, se não para fixar a fronteira material entre o permitido e o excessivo, ao menos serve para exteriorizar o parâmetro adotado. Em outros termos: se os motivos

¹³ Consta na página oficial do governo federal: “A Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (Sest) – vinculada à Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados (SEDDM), do Ministério da Economia – divulgou o novo estatuto social modelo a ser observado pelas empresas estatais federais. O documento busca promover a adoção das melhores práticas de governança corporativa e está alinhado às diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).” Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/economia-divulga-novo-estatuto-modelo-de-governanca-das-estatais>>.

¹⁴ “Boards of directors should have the power to appoint and remove the CEO. This would not only protect SOEs from being used for political patronage, but also enhance the board’s authority to supervise the performance of senior executives.

Improve the rules and procedures for nominating and appointing directors and senior executives. The nomination process, although long and complex, continues to rely on the personal preferences of the Minister responsible for supervising the SOE. Notably, the eligibility committee required by the SOE Statute has proved ineffective in many cases. Likewise, while counting on private sector experience and diversity of educational backgrounds, SOEs’ boards still lack gender balance, international experience and, in some cases, expertise in accounting and auditing issues. Among possibilities to improve the selection procedure would be the use of independent experts (“head hunters”) or the creation of a pool of qualified candidates developed through an open and competitive process. (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 2020). Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/SOE-Review-Brazil.pdf>>.

públicos que determinaram a criação das estatais implicam na realização de políticas públicas, que por vezes mitigam a sua rentabilidade econômico-financeira, deve haver então um espaço próprio onde seja possível verificar *ex-ante* tais objetivos, sem que se fique ao sabor das oscilações políticas.

Desse modo, o parágrafo 1º do art. 8º da Lei das Estatais elegeu a carta anual subscrita pelos membros do Conselho de Administração da empresa estatal como sendo esse “espaço” em que será possível identificar o interesse público (BRASIL, 2016b). Confere-se, assim, tangibilidade aos alicerces justificativos que embasaram a criação da empresa estatal, bem como possibilita a análise de sua permanência ou mutabilidade, dado que a periodicidade da carta é anual.

Merece destaque também a determinação inserida no art. 8º da Lei das estatais para que sejam feitas avaliações de impacto econômico-financeiro¹⁵, mensuráveis por indicadores objetivos, referentes às políticas públicas que estejam a cargo da estatal. Constata-se, assim um conclave à racionalidade nas motivações possibilitando, além da transparência, que as decisões sejam tomadas sob o crivo da eficiência, ou ao menos de alguma eficiência objetivamente demonstrável. Assim, por meio da parametrização estabelecida no âmbito do artigo 8º da Lei das estatais, dificulta-se a utilização da estatal em políticas públicas temerárias, na medida em que exige a “definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.”.

Percebe-se, assim, que art. 8º da Lei das Estatais, ao impor a identificação prévia dos objetivos públicos, protege a estatal de direcionamentos informais da empresa estatal em prol de questionáveis objetivos públicos encartados em justificativas vagas e genéricas. Ademais, ao exigir uma análise baseada em critérios quantificáveis, incrementa a racionalização, prestigiando a eficiência ao mesmo tempo em que dificulta o seu uso em voluntarismos regulatórios. Opta-se, dessa forma, pela possibilidade de controle pelo processo, via aferição de razoabilidade das

¹⁵ Nesse ponto, Alexandre Aragão traça paralelo com a AIR “Para tanto, extrai-se do art. 8º do Estatuto das Estatais que a inserção de objetivos de interesse público deve conter uma análise de impacto econômico, análogo ao que se exige das medidas regulatórias com a Análise de Impacto Regulatório – AIR, com vistas a se explicitar adequadamente e se quantificar o máximo possível o seu impacto na economia da empresa estatal, para que “a escolha da forma de intervenção seja fundamentada e considere os seus riscos e possíveis alternativas (como que em uma análise de impactos da intervenção), bem como determinar uma avaliação, pelo Estado, da eficiência dos meios por ele escolhidos para o atendimento dos fins almejados, a fim de evitar o desperdício de recursos públicos”. ARAGÃO, Alexandre, Santos de. Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 346.

escolhas as quais devem estar, além de fundamentadas, embasadas em dados quantificáveis objetivamente.

Ponto paradigmático veio com o parágrafo segundo do art. 8º ao estabelecer a necessidade de prefixação – seja em lei, contrato ou congêneres - de obrigação assumida por estatais em condições distintas às de outra empresa do setor privado, com seus custos e receitas discriminados e divulgadas de forma transparente. A questão reside em saber se tal identificação prévia possibilitaria a compensação caso seja veículo de política pública em condições desfavoráveis a empresa.

Nesse ponto, não se pode desconsiderar o viés normativo da Lei das Estatais em prol das boas práticas de governança, transparência e integridade, a qual estabeleceu a observância de requisitos procedimentais objetivos para a promoção de políticas públicas pelas estatais (BRAGAGNOLI, 2019). Ademais o inciso VII do art. 8º é expreso ao prevê a elaboração de uma política de partes relacionadas orientada por comutatividade. Assim parece que a quantificação determinada pela lei, de fato tem mais que um caráter meramente informativo de dar transparência, passando a ensejar também a compensação por meio de instrumento negocial que venha a ser firmado.

Questão mais sensível, entretanto, diz respeito à extensão dessa compensação. Ou seja, tratar-se-ia de compensação apenas em caso de obrigação de política pública deficitária ou abarcaria também a necessidade de ressarcimento pela diferença do praticado abaixo do valor de mercado?

Parece-nos excessivo defender que todo investimento da empresa estatal seja pautado pela mesma lógica de lucratividade de uma empresa privada de mercado, haja vista que a sua razão de existir é pautada por um interesse público, cuja implementação por vezes dissocia do racional estritamente econômico. Assim, há na equação financeira da estatal variável peculiar, a qual enseja uma composição diferenciado. Impele-se ao Estado transparência na condução dos seus objetivos públicos via empresa estatal, sendo certo, contudo, que o investidor de uma empresa estatal deve conhecer que seus objetivos públicos por vezes mitigam a desejada maximização de lucros. Afinal se não fossem esses objetivos públicos, ela sequer deveria existir. Nos dizeres de Mario Engler Pinto Junior:

A ponderação entre lucratividade e objetivos de política pública deve levar em conta a sustentabilidade financeira da companhia no longo prazo, considerando o retorno propiciado pela totalidade dos negócios sociais, e não a rentabilidade de cada operação específica. Nem todo investimento realizado pela empresa estatal necessita ter taxa de retorno positiva, desde que o conjunto das operações seja superavitário. Para isso, a taxa de retorno global não pode ser inferior ao custo médio ponderado de capital, sob pena de não remunerar adequadamente os recursos investidos na companhia por acionistas e credores. Quando a taxa de retorno global é superior ao custo médio ponderado de capital, significa que a companhia pode estar auferindo ganhos especulativos. (PINTO JUNIOR, 2016, p. 9)

Em que pese às considerações acima, tomando por base o estatuto-modelo¹⁶ da Sest, prevaleceu como matriz política de orientação a interpretação de que a comutatividade albergada pelo art. 8º da Lei das Estatais abarca também a possibilidade de compensação pela menor lucratividade aferida quando da implementação de objetivos públicos:

[Dispositivo exclusivo para sociedades de economia mista e instituições financeiras] Quando orientada pela União [ou controlador] nos termos do caput do dispositivo acima, a Companhia somente assumirá obrigações ou responsabilidades que se adequem ao disposto nos itens 1 e 2 do mesmo dispositivo, sendo que, nesta hipótese, a União [ou controlador] compensará, a cada exercício social, a Companhia pela diferença entre as condições de mercado e o resultado operacional ou retorno econômico da obrigação assumida, desde que a compensação não esteja ocorrendo por outros meios (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020, p. 1)

De todo modo, ainda que com algumas críticas referentes à extensão da compensação imposta, sem dúvida o art. 8º da Lei das Estatais possibilitou um incremento na transparência no que se refere ao uso da estatal nas políticas pública, possibilitando a identificação de eventual ônus financeiros que venha incidir em prol de seus objetivos públicos (ARAGÃO, 2018). Dessa forma, com os limites de atuação mais definidos e com órgãos societários mais fortalecidos espera-se uma menor intromissão política nas questões operacionais da empresa estatal (FIDALGO, 2017).

5 CONCLUSÃO

É indiscutível que a racionalidade econômica de uma empresa estatal sofre os temperos das suas finalidades institucionais, as quais constantemente voltam-se para a implementação de políticas públicas. A falta de um consenso acerca do conceito de interesse público perseguido pela estatal, bem como a sua dificuldade de identificação nas leis de criação das sociedades estatais,

¹⁶ Tal disposição já se encontra incorporada tanto no estatuto social da Petrobras quanto da Eletrobras.

relegou por muito tempo à discricionariedade político-administrativa o manejo na extensão conceitual do interesse público perseguido por estas entidades, redundando em questionáveis políticas públicas implementadas por estas. Ademais, a falta de critérios qualificadores para a ocupação de cargos na alta administração da companhia desprestigiava a função decisória dos órgãos internos da companhia em prol de direcionamentos políticos, muitas vezes conduzidos de forma informal, possibilitando negociações de cargos e uma constante “dança das cadeiras” incompatível com a necessária estabilidade que o interesse público empresarial demanda.

Nesse contexto, a Lei das Estatais veio a atender um clamor de racionalidade, privilegiando um agir mais condizente com a escolha do Estado pela forma empresarial de atuação. Assim, ao exigir qualificação e requisitos para o exercício de cargos de administradores na sociedade estatal, sinaliza preocupação com a profissionalização na condução dos seus negócios sociais, bem como prestigia a capacidade decisória dos órgãos internos da sociedade, diminuindo as ingerências políticas na sociedade. Enaltece-se, dessa forma, a prevalência da decisão dos órgãos societários da empresa em detrimento de controles pautados em tutela administrativa. Obviamente, é desejável que o ambiente institucional, no qual as estatais estejam inseridas, seja congruente e que seu arcabouço legislativo vá ao encontro da sinalização de eficiência e transparência manifestada na Lei das Estatais sinalizada também pelas orientações da OCDE e incorporada pela Sest como matriz política a ser seguida. Contudo, tal como demonstrado acima, o arcabouço normativo vigente que rege a indicação de cargos diretivos das Estatais parece ir de encontro a tais orientações.

Sob outra ótica, constata-se importantes melhorias de governança e transparência implementadas pela Lei das estatais ao estabelecer parâmetros móveis de aferição da finalidade pública perseguida, consubstanciados numa carta enviada anualmente pelo conselho de administração da sociedade. Por meio desta, parametrizou-se a finalidade pública perseguida pela estatal permitindo algum controle em bases menos fluídas, o que sem dúvida, melhora a gestão dessas sociedades. Além disso, a previsão de análise de impacto econômico-financeira ressaltou a importância de mecanismos que exteriorizem a racionalidade decisória no procedimento da tomada de decisões. A crítica aqui recai na interpretação do limite da extensão da compensação imposta quando do uso da estatal na implementação de política pública. Considera-se excessivo lastrear a comutatividade sufragada na lei à rentabilidade de mercado para compensação de eventual política

pública implementada pela estatal. De todo modo, o arcabouço normativo vigente para as estatais não deixa de ser uma tentativa de projetar tais empresas para novos horizontes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **Lei n.º 13.303/2016**: reflexões pontuais sobre a lei das estatais. Curitiba: Editora JML, 2019.

BRASIL. Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016. Regulamenta a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8945.htm>.

BRASIL. Decreto nº 9.794, de 14 de maio de 2019. Institui o Sistema Integrado de Nomeações e Consultas – Sinc no âmbito da administração pública federal. Disponível em: < [BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm\)>.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9794.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.794%2C%20DE%2014%20DE%20MAIO%20DE%202019&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20atos%20de,%C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20federal.>>.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>.

FIDALGO, Carolina Barros. **O Estado empresário**: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do Estado. São Paulo: Almedina, 2017.

FONTE, de Melo Felipe. Supervisão Ministerial e controle Societários de empresas estatais. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. **Fórum de Contratação Pública** – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/10/desafios-controle.pdf>>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Ministério da Economia. Estatuto Modelo – Estatais de Grande Porte Sest. 14 de edzembro de 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/empresas-estatais-federais/publicacoes/estatuto-modelo/novo-estatuto-modelo-estatais-de-grande-porte-sest-14dez2020/view.>>

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE I**, Belo Horizonte, ano 11, n.44, p.87-118, out /dez 2013.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: ROSILHO, André; SUNDFELD; Carlos Ari. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Democracia, estado social e reforma gerencial. Intervenção no VI Fórum da Reforma do Estado. Rio de Janeiro, 1º. de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/07.17.DemocraciaEstadoSocialEReformaGerencial.28.2.08.pdf>>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Review of the Corporate Governance of State-Owned Enterprises: Brazil*. 2020 Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/SOE-Review-Brazil.pdf>>.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Exercício Do Controle Acionário Na Empresa Estatal Comentários a Decisão Da CVM No Caso Eletrobrás. **FGV Direito SP Research Paper Series** n. 144, April, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2716310>>.

Projeto de lei. Governança das estatais: Exposição de motivos. 2015. Disponível em: <<http://static.psdb.org.br/wp-content/uploads/2015/06/expomotivos.pdf>>

ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito e Políticas Públicas: Dois mundos? In: ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. São Paulo. Ed. Malheiros, 2014.

SCHWIND, Rafael Wallbach. O Estado acionista e empresas privadas com participação estatal. São Paulo. Ed. Almedina, 2017.