



O RELEVANTE INTERESSE COLETIVO NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS DAS EMPRESAS ESTATAIS APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.303/2016 (“ESTATUTO JURÍDICO DAS ESTATAIS”)

Carolina F. Dolabela Chagas¹
Maria Tereza Fonseca Dias²

RESUMO

Desde a promulgação da CRFB/88 muito se tem discutido acerca do alcance do conceito “relevante interesse coletivo” previsto em seu art. 173, como requisito para atuação econômica das empresas estatais. Com o advento da Lei nº 13.303/2016, a expressão ganhou contornos mais objetivos. O objetivo do trabalho foi demonstrar que esse “relevante interesse coletivo” requisito para intervenção direta do estado no domínio econômico deve ser interpretado de maneira diversa nas estatais criadas antes e depois da lei. A vertente de pesquisa utilizada foi a dogmática jurídica, sendo as fontes de pesquisa a legislação e a bibliografia pertinentes.

Palavras-chave: Empresas Estatais. Relevante Interesse Coletivo. Atividade Econômica. Intervenção estatal no domínio econômico. Serviços públicos.

THE “OUTSTANDING COLLECTIVE INTEREST” AS A LEGAL REQUIREMENT FOR BRAZILIAN STATE-OWNED COMPANY’S INTERVENTION IN ECONOMIC DOMAIN (STATE-OWNED COMPANY’S ACT)

ABSTRACT

Since the enactment of the Brazilian Constitution, the meaning of “outstanding collective interest” - as a legal requirement for State-owned company’s intervention in economic domain - has been much discussed. The Act nº 13.306/2016 established objective requirements and procedures conditioning the validity of claims concerning this state of affairs. This paper argues that “outstanding collective interest” must be interpreted – regarding the direct intervention of the government in the economic domain – differently when applied to State-owned companies’ created before and after the Act. The research used the legal dogmatic methodological approach and the sources used were legal texts and literature.

Keywords: State-owned company. Outstanding collective interest. Economic Activity. Direct intervention of the government in the economic domain. Public utilities.

¹ Mestranda em Instituições sociais, direito e democracia pela Universidade Fumec. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Newton Paiva e em Direito Municipal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. E-mail: <carolinadolabela@yahoo.com.br> Curriculum Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3025073449992014> >

² Mestre e Doutora em Direito Administrativo pela UFMG. Professora Associada do Departamento de Direito Público da UFMG. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Fumec. Pesquisadora de Produtividade do CNPq. E-mail: <mariaterezafdias@yahoo.com.br>



1. INTRODUÇÃO

A atuação do Estado na ordem econômica é um dos temas mais polêmicos e debatidos em diversos ramos do direito público, notadamente pela dificuldade de se estabelecer os fundamentos e os setores econômicos em que deve atuar, bem como qual o regime jurídico deve ser aplicado às atividades desenvolvidas. Entre as várias questões que são objeto de discussão, talvez uma das mais candentes e cercada de controvérsias resida na atuação do Estado na economia por meio das empresas estatais. (PETHECHUST; RIBEIRO, 2015)

O presente artigo dedica-se ao estudo da atuação econômica das empresas estatais e sua conformação com a norma constante no *caput* do art. 173 da Constituição da República – CRFB/88, segundo o qual “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos *imperativos da segurança nacional*³ ou a *relevante interesse coletivo*, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 2017, grifos acrescentados)

A Lei nº 13.303/2016 - que estabeleceu o estatuto jurídico das Estatais - quanto a esse aspecto, determinou expressamente, no § 1º, do seu art. 2º, que a constituição da empresa estatal dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da CRFB/88. (BRASIL, 2016)

A importância da demonstração do “relevante interesse coletivo” como mecanismo justificador da atuação da empresa estatal em regime concorrencial no domínio econômico resolve ainda, por via reflexa, a “crise de identidade” pela qual passam diversas empresas estatais que, atreladas à dicotomia serviço público/atividade econômica acabam olvidando o que é de fato relevante: a percepção do “relevante interesse coletivo” motivador da exploração da atividade econômica pela Estatal.

A dicotomia sedimentada pela doutrina⁴ de que empresas estatais são unicamente prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não

³ Não foi abordado neste artigo a discussão mais pormenorizada da expressão “imperativos de segurança nacional”, por se tratar de “relevante interesse coletivo”, segundo o magistério de Alexandre Aragão. Para o citado autor, “[...] a menção à segurança nacional será despidienciada por obviamente já ser um ‘relevante interesse coletivo’.” (ARAGÃO, 2017)

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 183) afirma haver duas espécies de empresas na Administração Indireta que atuam como auxiliares do Estado. As que exploram atividade econômica e as que prestam serviços públicos, tendo, por conseguinte, regimes jurídicos distintos, sendo no primeiro caso mais próximo possível das pessoas jurídicas de direito privado e no segundo, quando concebidas para prestar serviços público ou



é mais adequada para determinar a pertinência da intervenção da estatal no domínio econômico, haja vista a complexidade da atuação das Estatais contemporâneas.

Para a adequada percepção do “relevante interesse coletivo” na definição da natureza jurídica das atividades realizadas pela Estatal, é importante que a análise do *caput* do artigo 173 da CRFB/1988 seja realizada não sob o enfoque da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica a que se submetem as empresas, mas sim tendo em vista o regime jurídico da atividade que desempenham e sua relação com o interesse público que motiva o desenvolvimento de tal atividade.

Assim, a análise da pertinência da atividade desempenhada e a finalidade de sua atuação na ordem econômica perpassam diretamente pela análise desse conceito jurídico indeterminado⁵ na delimitação e no atendimento ao interesse público, bem como na observância dos ditames constitucionais e legais.

O problema da pesquisa foi buscar os limites do conteúdo hermenêutico e da interferência do conceito de “relevante interesse coletivo” na definição do objeto de atuação da estatal, quando exploradora de atividade econômica.

Também foi investigado se esse “relevante interesse coletivo” guarda apenas relação direta com o objeto social expresso nas leis de criação das empresas estatais ou se está atrelado à finalidade que o objeto social alcança. Assim, delimitou-se como objeto do estudo apenas o conceito de “relevante interesse coletivo” naquelas hipóteses em que a atividade se encontra em área nebulosa, na qual a aferição desse interesse não é flagrante, ou seja, naquelas situações em que a atividade se encontra em área híbrida ou intermediária, com opiniões favoráveis e contrárias ao atendimento do relevante interesse coletivo no seu desenvolvimento. (ARAGÃO, 2017, p.99)

Quanto aos aspectos metodológicos, o trabalho desenvolvido foi realizado segundo abordagem teórica. A vertente de pesquisa utilizada foi a dogmática-jurídica, tendo sido utilizadas como fontes de pesquisa, a legislação vigente sobre o tema e a literatura sobre o

desenvolver quaisquer atividades de índole pública, sofrem maior influxo dos princípios e regras de direito público.

⁵ Segundo a perspectiva adotada nesse trabalho, a ser desenvolvida no decorrer do trabalho, os conceitos jurídicos indeterminados conferem ao administrador liberdade de escolha quando concedidas soluções alternativas decorrentes de qualquer palavra imprecisa da lei (discrição mais ampla) ou de conceitos indeterminados denominados de “conceitos de valor”, que dependem de uma escolha valorativa da Administração diante das opções reveladas nas situações de fato - casos concretos ou quando decorrentes de um juízo de prognose (discrição menos ampla). (BIANCHINI, 2017, p. 108)



assunto, por meio de pesquisa bibliográfica. Os dados coletados não tomaram por base o estudo de casos concretos, mas a interpretação das normas aplicáveis em situações fáticas presentes e futuras.

Para a adequada análise do problema proposto, foi realizado recorte temporal da situação jurídica das empresas criadas antes da Lei nº 13.303/2016 e daquelas que serão instituídas após o seu advento.

Além desta introdução, o trabalho foi estruturado em três partes.

No item 2, demonstrou-se a relevância da discussão acerca da atuação econômica das empresas estatais nos dias atuais, sobretudo para tratar da perda da efetividade prática do estabelecimento da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica como delimitação da intervenção das empresas estatais na ordem econômica, em regime concorrencial.

No item 3, foi discutido o significado do conceito jurídico indeterminado “relevante interesse coletivo” sob o enfoque do art. 173 da CR/88, objetivando-se realizar análise quanto à aplicação da expressão nas empresas criadas antes da Lei nº 13.303/2016 e as interferências da expressão na definição das atividades econômicas da empresa com o advento da nova Lei, uma vez que passa a haver aderência expressa entre as atividades constantes no objeto social da companhia e o interesse coletivo almejado com o exercício de cada uma. Foi abordada a possibilidade jurídica do interesse público motivador da atuação dessas entidades, em determinados casos, estar atrelada indiretamente à consecução do interesse coletivo.

No item 4 foram debatidas a aplicação da expressão “relevante interesse coletivo” nas empresas estatais criadas antes e depois da Lei nº 13.303/2016 e as consequências jurídicas daí advindas.

Por fim, foram apresentadas conclusões acerca da interferência do “relevante interesse coletivo” na delimitação do objeto social das empresas e mais ainda, a sua relação com as finalidades almeçadas pela instituição, analisando-se a relação e importância do conceito na justificativa da ingerência direta na economia pela empresa estatal.

A concepção de atividade econômica em sentido estrito, de Eros Roberto Grau, e seu reflexo no conceito jurídico indeterminado “relevante interesse coletivo” foi adotada como referencial teórico na compreensão preliminar da ordem econômica na Constituição de 1988.



2. POR QUE DEBATER A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA POR MEIO DAS EMPRESAS ESTATAIS?

Cada vez mais as empresas estatais têm se aproximado do mercado concorrencial, aumentando sua atuação na exploração da atividade econômica de forma a fazer frente aos objetivos institucionais de sua criação, precipuamente o atendimento ao interesse público.

Contudo, nem sempre a atuação dessas empresas na ordem econômica teve relação clara e indubitável com seu objeto social e, por conseguinte, com a finalidade de interesse público que motiva tal desempenho.

Por isso é importante, principalmente tendo em vista a recente publicação da Lei nº 13.303/2016 que estabeleceu o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, que seja investigada a atuação dessas entidades no domínio econômico sob o enfoque da relação de seu objeto social com as finalidades ligadas ao interesse público objetivado com aquela atuação.

2.1. As estatais e a intervenção direta do Estado na economia: falência da dicotomia serviço público *versus* atividade econômica.

Há muito discute-se a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico por meio de empresas estatais tendo em vista a natureza da atividade por elas desempenhada: se serviço público ou atividade econômica. Há, portanto, dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas.

Tradicionalmente, a doutrina⁶ e a jurisprudência⁷ pátrias procuram definir o regime jurídico das empresas estatais a partir da atividade desenvolvida, que deve ser classificada no âmbito da dicotomia prestação de serviço público ou exploração de atividades econômicas.

Eros Roberto Grau (2003, p.253) em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” explicita a dificuldade em realizar-se a segregação entre os conceitos, demonstrando

⁶ Confira-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, p.205 e ss.

⁷ À título de exemplo citem-se os casos do Recurso Extraordinário 220.906-9/DF e do Recurso Extraordinário 220.907/RO, relacionados à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e que consagram a ideia da aproximação das empresas prestadoras de serviço público do regime próprio da Administração Pública. (BRASIL, 2018)



inclusive que descaberia essa separação, na medida em que são conceitos que se entrelaçam, estando a expressão serviço público subsumida à atividade econômica.⁸

Afirma o autor categoricamente que atividade econômica é gênero do qual são espécies o serviço público e a atividade econômica *stricto sensu*, sendo certo, no entanto, que o art. 173 da CR/88 apenas poderia ser aplicado às empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, estando excluídas as empresas estatais que prestam serviços públicos. (GRAU, 2003, 93-94)⁹

No entanto, conforme afirma Vitor Rhein Schirato, impossível com a evolução dos tempos afirmar que tal entendimento, ainda hoje, se amolde à realidade de diversas empresas estatais que, apesar de prestadoras de serviço público, acabam exercendo atividades econômicas em sentido estrito, na medida em que atuam no mercado concorrencial.¹⁰ (SCHIRATO, 2016, p.57).

Segundo Vitor Rhein Schirato (2016, p.57) essa dicotomia há tempos não se verifica na prática. Descabe hoje, portanto, pretender realizar qualquer classificação estanque entre as empresas estatais em função das atividades por elas desempenhadas. E isso se dá por duas razões muito simples: de um lado, não há uma linha divisória clara entre serviço público e atividade econômica, e, de outro, há atividades empreendidas pelas empresas estatais que não são serviços públicos nem atividades econômicas.

Schirato conclui que:

No atual grau de desenvolvimento do Direito Administrativo Econômico, tem-se uma linha divisória muito tênue entre os serviços públicos e as demais atividades econômicas. Como resultado, as empresas estatais criadas anteriormente para prestar determinado serviço público passaram a atuar em contexto significativamente distinto, no qual deixaram de prestar ao menos parcela de suas atividades em regime exclusivamente privado. (SCHIRATO, 2016, p.57).

⁸ Daí o pressuposto conceitual de Eros Grau, de que “[...] o gênero – atividade econômica – compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero.” (GRAU, 2003, p.92)

⁹ Complementando a ideia desenvolvida, Grau ainda argumenta que: “[...] os redatores da proposta da emenda – ou teriam eles se dado conta disso? – de que, tratando-se o *caput* do art. 173 da *atividade econômica em sentido estrito*, seu §1º haveria de abranger exclusivamente empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram *atividade econômica em sentido estrito*, estando excluídas as que prestam *serviço público*.” (GRAU, 2003, p. 93-94)

¹⁰ A título exemplificativo podemos mencionar as empresas estatais atuantes no setor elétrico, constituídas para explorar suas atividades em regime de monopólio e, a partir de suas reformas ocorridas na década de 1990, passaram a atuar em regime de competição e, em alguns casos, passaram a desempenhar atividades classificadas como atividades econômicas, como ocorreu com a comercialização de energia elétrica, que foram excluídas - ao menos parcialmente - do regime de serviço público. (Cf. SCHIRATO, 2016, p.57-58)



Isso se deve em certa medida ao agigantamento das estatais na perseguição de interesses privados pela Administração Pública, sobretudo considerando a alta rentabilidade que podem ter as empresas estatais em seus respectivos campos de atuação. Para o citado autor, trata-se de caso clássico de desvio de finalidade das estatais (SCHIRATO, 2016, p.28) em que pese tais atividades servirem para seu financiamento próprio e para a manutenção de suas atividades. Assim, a definição do regime jurídico da empresa estatal tendo em vista a dicotomia entre serviço público e exploração de atividade econômica tornou-se obsoleta, já que hoje a prestação de serviços públicos cada vez mais se imiscui no exercício de atividade econômica, sem por isso retirar-lhes o caráter de essencialidade.

Nesse sentido, o *caput* do art. 173 da Constituição da República deve deixar de ser interpretado sob o enfoque do serviço público ou atividade econômica a que se subordinam as empresas, passando a se relacionar com o regime jurídico da *atividade que desempenham* e seu nível de abertura com a livre iniciativa.

A aproximação das empresas estatais do mercado da livre concorrência, sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, e, por conseguinte, dada a impossibilidade da manutenção da citada dicotomia para definição do regime jurídico das empresas, coloca, o papel das empresas estatais no centro das discussões jurídicas principalmente com a publicação da Nova Lei das Estatais (Lei n.º 13.303/16). Trata-se, portanto, de investigar o interesse público que motiva sua existência, impondo a necessidade premente de revisão de alguns conceitos enraizados na compreensão do tema.

Por isso, imprescindível que se retome, consideradas as premissas aqui estabelecidas do conceito jurídico indeterminado **relevante interesse coletivo**, que fundamenta a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, de acordo com o art. 173 da CRFB/1988. (BRASIL, 2017; grifos acrescidos).

A redação do citado artigo apresenta uma restrição constitucional, já que o Estado apenas estaria legitimado a atuar no mercado concorrencial de forma excepcional, quando presente os imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, mas não confere subsídios para a determinação de sua amplitude ou mesmo de seus limites.

Eros Grau (2003, p.252), ao apresentar delimitações aos conceitos jurídicos indeterminados – “imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo”, entende



que devem pautar-se no interesse público, finalidade que justifica a exploração da atividade econômica.

Para o autor, com base nesses conceitos, o Estado estaria autorizado a atuar nas seguintes hipóteses, que constituem manifestações de relevante interesse coletivo:

(a) atuação para suprir insuficiência da oferta de determinados bens ou serviços; (b) para suprir insuficiência de oferta de determinados bens ou serviços; (c) para coibir situação de monopólio de fato; (d) para implementar a função social da propriedade (empresa) e a promoção do pleno emprego. A noção de relevante interesse coletivo é, todavia, bem mais ampla do que atinente ao “caráter suplementar da iniciativa privada”. (GRAU, 2003, p.251)

O autor explicita que a definição da situação – como de monopólio ou de participação – na qual atuará o Estado na exploração de atividade econômica em sentido estrito, há de ser informada pelo tipo de interesse que a justifique. Quanto à hipótese de imperativo de segurança nacional, o monopólio, em regra, se imporá. Variadas, no entanto, podem ser as manifestações de relevante interesse coletivo, sendo bem mais ampla do que atinente ao “caráter suplementar da iniciativa privada.”

3. SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO “RELEVANTE INTERESSE COLETIVO” DO ART. 173 DA CRFB/88

Os pressupostos de intervenção direta do Estado no domínio econômico – *relevante interesse coletivo e imperativos de segurança nacional* – por se tratarem de conceitos jurídicos indeterminados e que, portanto, estariam sujeitos à discricionariedade do administrador público na sua aplicação, proporcionam graus distintos de elasticidade, que precisam ser, em certa medida, objetivados por fundamentos que demonstrem a pertinência da intervenção, especialmente considerando-se as finalidades alcançadas com tal atuação.

Nesse sentido, Schirato afirma que

Haverá sempre uma pluralidade de interesses coletivos legítimos que deverão ser analisados e sopesados na construção da decisão estatal. Nesse trilhar a constituição e o funcionamento de uma empresa estatal dependerão, sempre, da identificação e da ponderação dos interesses coletivos legítimos existentes, para se verificar a conveniência da existência da empresa e de seus ramos de atuação, sendo obrigatória, em qualquer caso, a fundamentação da razão que levou a Administração Pública a optar por constituir a empresa e a determinar onde atuar. (SCHIRATO, 2016, p.169)

No tocante aos conceitos jurídicos indeterminados, Di Pietro (1988, p. 83-92) e Dinorá Grotti (1999, p. 112) aceitam que o legislador conferiu liberdade à Administração ao dispor



nas leis o que chamam de “conceito de valor”, devendo o administrador atuar com suas escolhas subjetivas no “caso concreto” segundo os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Regina Helena Costa (1989), após classificar os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de experiência e conceitos de valor, chega até mesmo implementar uma diferenciação das atividades cognitivas e volitivas ao registrar que:

Por certo que tanto a interpretação quanto a valoração envolvem uma apreciação do agente. O que as distingue, essencialmente, são os critérios que utilizam para proceder a essa apreciação: aquela emprega critérios objetivos, externos, anteriores à apreciação que se realiza; esta, se vale de critérios subjetivos, próprios do agente, que diante da situação fática que lhe é posta deve decidir qual a melhor alternativa para o caso concreto. (COSTA, 1989)

A concepção da discricionariedade atrelada aos conceitos jurídicos indeterminados possibilitou, no regime jurídico anterior à Lei nº 13.303/2016, como será visto a seguir, que “relevantes interesses coletivos” dos mais diversos puderam ser justificados na criação das estatais ou na ampliação de seu objeto societário. Isso significou que a definição do objeto social dessas empresas estatais na exploração da atividade econômica perpassou, em certa medida, pela oportunidade e conveniência econômica na exploração da atividade, sem que necessariamente a exploração econômica tivesse relação direta com o interesse coletivo.

Assim, mesmo que, nos termos do art. 173 da CR/88 a intervenção direta do Estado na economia seja subsidiária, já que admissível apenas nos casos em que a própria Constituição autoriza, há situações em que é evidente a possibilidade de atuação de empresa estatal como exploradora de atividade econômica, mas na maioria das vezes há uma zona cinzenta em que, diante do caso concreto e de suas conseqüentes especificidades, a noção de relevante interesse coletivo será elástica e difícil de ser definida de forma objetiva. (SCHIRATO, 2016, p. 168).

Evidentemente que será ineficiente, portanto, qualquer conceituação ou mesmo delimitação do conceito de “interesse coletivo” já que não se trata de um conceito estanque e dissociado do contexto social e econômico que o fundamenta, devendo, por conseguinte, ser analisado à luz do caso concreto.

Ressalte-se que não se está aqui dizendo que a história e as conseqüentes modificações sociais e econômicas serão unicamente determinantes para o conceito de interesse coletivo, já que há amarras intransponíveis que precisam ser consideradas em sua delimitação, como o objeto social que vincula a criação da empresa estatal e a finalidade de interesse público



almejada com a escolha. Assim, a definição do conceito de interesse coletivo perpassa pela análise de todos esses elementos, vinculando-se obrigatoriamente a análise do caso concreto em dado momento histórico.

Segundo Schirato (2016, p.168) um primeiro aspecto fundamental a ser observado como parâmetro de limitação (no sentido de confinamento) da atuação das empresas estatais consiste no dever de cumprimento de uma finalidade.

Como classicamente afirmou Ruy Cirne Lima, “[...] o fim – e não à vontade – domina todas as formas de administração” (CIRNE LIMA, 1939, p.22), de tal modo que toda e qualquer forma de atividade empreendida pela Administração Pública deva, a todo tempo, ser vinculada a uma finalidade de interesse público.

Assim o que deve ser verificado no interesse coletivo que autoriza a intervenção da empresa estatal no domínio econômico é a finalidade vinculada ao interesse público almejada com a atividade empreendida.

Para a adequada análise do relevante interesse coletivo das Estatais, passa-se a analisar as diferenças de sua aplicação nas empresas criadas antes e após a vigência da Lei nº 13.303/2016.

4. O “RELEVANTE INTERESSE COLETIVO” NAS EMPRESAS ESTATAIS ANTES E APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.303/2016

4.1. Aplicação do conceito nas Empresas Estatais criadas antes do advento da Lei n.º 13.303/2016

O problema e, por conseguinte, a maior dificuldade encontrada para a aplicação do conceito de “relevante interesse coletivo” encontra-se, sem sombra de dúvidas, nas empresas estatais criadas antes da Lei n.º 13.303/2016, momento em que o “relevante interesse coletivo” sequer foi observado ou foi considerado implícito nos objetos sociais das empresas. Até o advento do Estatuto Jurídico das Estatais apresentou-se como conceito indefinido e eivado de subjetivismos – haja vista a noção de discricionariedade desses conceitos, como descrito acima - e, portanto, de difícil análise quanto à pertinência da atuação empresarial na ordem econômica devidamente autorizada constitucionalmente.



Tal realidade acabou favorecendo um maior apego do regime jurídico dessas empresas à dicotomia serviço público X atividade econômica, como se fosse a “tábua” salvadora a determinar ou não a possibilidade de atuação das estatais na esfera concorrencial, o que, conforme já demonstrado, não configura critério jurídico satisfatório.

Assim, nas empresas criadas antes da Lei n.º 13.303/16, o relevante interesse coletivo muitas vezes mostra-se implícito em seu objeto social que, diante das mudanças econômicas e sociais ao longo do tempo, ocasiona inevitável revisão das atividades por elas desempenhadas, redundando, por conseguinte, na revisão de seu papel na consecução das finalidades públicas objetivadas dentro da sua esfera de atuação.

Na prática, o que se percebe, muitas vezes, são intervenções dessas empresas na esfera econômica de forma dissociada da relação direta com o interesse coletivo que permeou tal escolha, ficando na seara discricionária do gestor tal decisão.¹¹

Verdade é que tal construção teórica, quando confrontada com a realidade, traz dificuldades ao operador do Direito, na medida em que encontrar o substrato jurídico desse interesse público é tarefa árdua e até mesmo inglória.

Na tentativa de construção de uma noção de interesse público, foi comum a atribuição ao título de “público” aos interesses próprios da Administração Pública, principalmente nos momentos de ampliação das áreas de atuação do Estado. Segundo Shirato, passou-se a considerar como públicos, interesses que não apresentavam caráter de coletivos, transindividuais, mas eram simplesmente interesses da Administração Pública. (SCHIRATO, 2016, p. 176)

Pode-se afirmar, assim, que a intervenção no domínio econômico, em regra, observava apenas a pertinência genérica da atividade em relação ao objeto social da Companhia e, evidentemente, a lucratividade perquirida com aquela intervenção, sem que houvesse uma finalidade ou pertinência direta entre o objeto e o interesse coletivo almejado com a atuação.

Nesse contexto, ressalte-se que não se deve considerar, pelo menos *a priori*, a atividade exercida como inapropriada ou até mesmo inconstitucional, desde que em seu

¹¹ Como demonstra Shirato, “[...] a questão mais relevante que aqui se coloca é sobre o art. 173 da Constituição Federal e a exploração, por empresas estatais, de atividades econômicas em sentido estrito, visto que referido dispositivo constitucional comporta diferentes aplicações que implicam formas de atuação estatal radicalmente distintas. Como já tivemos oportunidade de advertir, a redação do art. 173 da Constituição Federal é permeada por conceitos jurídicos indeterminados, que, portanto, conferem ao administrador público certa margem de liberdade quando de sua aplicação. (SCHIRATO, 2016, p. 166)



exercício sejam observados os princípios e direitos fundamentais que norteiam a Ordem Econômica na Constituição da República para que possam ser aplicáveis os remédios jurídicos cabíveis, obrigando que a finalidade pública seja efetivamente alcançada.

Necessário aqui o enfrentamento de situação na qual o objetivo da realização de determinada atividade econômica pela Estatal seja essencialmente a obtenção de lucro, para que, com esse lucro, seja possível o financiamento de atividades diretamente relacionadas aos anseios da sociedade.

Trata-se, nessa hipótese, de “relevante interesse coletivo” apto a justificar o exercício da atividade econômica pela estatal.

Aragão, por sua vez, discorda dessa interpretação, ao afirmar que o:

[...] mero interesse na obtenção de lucro não pode justificar a atuação do Estado na economia com base no art. 173 da CF porque, tecnicamente, se assim admitíssemos, estaríamos, por via hermenêutica, invertendo a lógica do dispositivo: ele deixaria de ser um permissivo para o Estado excepcionalmente exercer atividades econômicas, para passar a franquear ao Estado que, desde que com base em lei, exercesse qualquer atividade econômica, já que qualquer atividade econômica é potencialmente lucrativa e o Estado está sempre carente de recursos para prover suas atividades-fim de forma ótima. (ARAGÃO, 2017, p. 103).

E continua:

Menor rigor deve a nosso ver existir no aproveitamento para mera obtenção de lucro de oportunidades ancilares a atividades econômicas exercidas pelo Estado que já possuam “relevante interesse coletivo”: o Estado exerce uma atividade econômica que já é em si de interesse da sociedade e, ao exercê-la, poderá, dentro dela, aproveitar oportunidades de negócios acessórios ou complementares, inclusive em razão dos princípios da economicidade e eficiência. (ARAGÃO, 2017, p. 104).

Assim, dada a indeterminação conceitual que permeia a expressão “relevante interesse coletivo” especialmente nas empresas criadas até o advento da nova Lei das Estatais, a análise de sua observância, necessariamente, precisa levar em consideração não só a pertinência direta de sua atuação em relação ao seu objeto social mas, principalmente, o atendimento ao interesse público alcançado com aquela atuação que, inexoravelmente deve proporcionar, mesmo que por meio do resultado “lucro”, a consecução de políticas públicas que agreguem resultados positivos para a sociedade.

4.2. O relevante interesse coletivo na nova Lei das Estatais



A regra do art. 37, XIX¹² da CR/88 estabelece que apenas por lei específica poderá ser autorizada a criação de sociedade de economia mista e empresa pública. Ainda, de forma cumulativa tem-se o art. 173 da CR/88, já citado, que autoriza a exploração econômica pelas empresas estatais desde que demonstrado relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional.

A nova Lei das Estatais em seu art. 2º¹³ conjuga ambos os dispositivos constitucionais ao estabelecer que a exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, estabelecendo ainda em seu §1º a necessidade de que, junto à lei que autoriza sua criação, haja indicação *expressa* do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justifique sua atuação junto ao mercado.

Assim, conforme preceitua Marçal Justen Filho (2016, p. 47) se uma lei futura pretender autorizar a criação de uma empresa estatal destinada a explorar atividade econômica sem indicar, de modo claro, o relevante interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional que o justifique, haverá inconstitucionalidade por infração aos arts. 37, XIX, e 173, *caput*, da CR/88. Para o autor e, conforme defendido no item anterior deste trabalho, não é o que se verifica nas empresas existentes, em que o interesse coletivo fica subentendido no objeto social constituído.

Dessa forma, as leis que vierem a autorizar a constituição de empresas estatais a partir da vigência da Lei nº 13303/16, devem prever, expressamente, o relevante interesse coletivo que subsidia a pertinência de sua construção, tendo em vista as atividades atinentes ao objeto social estabelecido. Conforme preceitua o citado autor,

Isso significa a vedação a previsões genéricas e indeterminadas, que não esclareçam cristalinamente o pressuposto invocado. Não é suficiente a mera repetição da regra

¹² Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação (BRASIL, 2017)

¹³ Art. 2º: A exploração da atividade econômica pelo Estado será exercida por meio de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

§1º A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.



constitucional. Assim, por exemplo, é inválida a autorização legal que simplesmente invoque um relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional, sem explicitar seu conteúdo. É necessário que a lei indique os pressupostos fáticos específicos, subsumíveis aos conceitos constitucionais em questão. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 49).

Tal previsão *a priori* pode parecer uma mudança pouco relevante diante da situação anterior na qual não havia essa previsão expressa na Lei. Contudo, ao contrário, a exigência de previsão expressa do conceito de interesse coletivo no caso concreto da constituição de uma empresa explícita a inevitável aproximação dessas empresas com a finalidade pública que deve motivar o exercício de suas atividades.

Ao se exigir a previsão expressa do interesse coletivo objetivado com a exploração econômica de determinada atividade prevista no objeto social da empresa estatal está-se, na realidade, promovendo, à posição de destaque, a demonstração do interesse público motivador da escolha da atividade econômica e sua relação com a finalidade perquirida pela Administração Pública.

Reforça a posição aqui defendida o fato de a Lei n.º 13303/16, ao regulamentar o §1º do art. 173 da CR/88, não insistir na superada dicotomia entre serviço público X atividade econômica. Ao contrário, analisa a atividade concorrencial da empresa estatal à luz do interesse público motivador de sua exploração.

Assim, com a exigência de apresentação clara do relevante interesse coletivo quando da autorização para criação da empresa estatal prevista no art. 2º, §1º, da Lei nº 13.303/2016, ao se estabelecer as atividades que irão compor seu objeto social, deverá ser previsto, independentemente se a atividade precípua da empresa seja a prestação de serviço público ou exercício de atividade econômica, aquelas atividades que sejam atinentes à atuação da estatal em mercado concorrencial, sendo devidamente fundamentado o interesse público motivador de tal interferência.

Diante disso, pode-se afirmar que o disposto no art. 2º do Estatuto Jurídico das empresas estatais propiciou maior vinculação do objeto social às finalidades previstas com o exercício de determinada atividade, de forma a se restringir ainda mais a seara de atividades econômicas que visem lucro e que guardem relação indireta com o objeto social da empresa. Contudo, vislumbra-se a possibilidade do exercício dessas atividades nas hipóteses em que reste atendido o interesse social alcançado com tal atividade.

Pode-se vislumbrar, nesse contexto, que nas empresas criadas após o advento da Lei nº 13.303/13, o planejamento e objetivos para sua criação precisarão ser melhor analisados pelo



Poder Legislativo, tendo em vista que, de antemão, deverão estar previstos em todas as atividades constantes de seu objeto social, o interesse coletivo que justifica sua atuação na esfera econômica. Tal determinação objetiva sobremaneira o conceito jurídico indeterminado “relevante interesse coletivo”, de forma a favorecer o controle de sua atuação tanto no que concerne a sua pertinência com a finalidade de sua criação, bem como em relação ao respeito ao direito fundamental da livre iniciativa.

Verifica-se que a dicotomia empresa prestadora de serviço público e ou que desenvolva atividade econômica perde, com a Lei 13.303/2016, relevância, na medida em que, o importante passa a ser a aderência do objeto social com o interesse coletivo que motiva sua criação, independentemente se a atividade seja conceituada como serviço público ou atividade econômica. Assim, irrelevante que uma mesma empresa preste serviço público e, por meio do exercício de tal atividade, passe a concorrer no mercado, no âmbito da atividade econômica.

5. CONCLUSÃO

Neste artigo analisou-se o alcance e pertinência da atuação das empresas estatais que exercem atividade econômica sob o enfoque da expressão relevante interesse coletivo, levando-se em consideração inclusive, a amplitude do conceito para as empresas criadas antes da Lei nº. 13.303/16 e naquelas criadas após o advento dessa Lei.

A dicotomia serviço público *versus* atividade econômica mostra-se ineficiente e sem efetividade prática na delimitação da interferência das empresas estatais enquanto exploradoras de atividade econômica em regime concorrencial, o que reforça a importância da demonstração, em cada caso concreto, do “relevante interesse coletivo” motivador da atuação.

A expressão “relevante interesse coletivo” prevista no caput do art. 173 da CR/88 deve, além de guardar relação com o objeto social expresso nas leis que autorizam a criação das empresas estatais, ter intrínseca relação à finalidade pública que o objeto social alcança.

Para a adequada verificação da importância da expressão “interesse coletivo” como requisito justificar da intervenção do Estado na atividade econômica procedeu-se um recorte temporal para análise da aplicação do conceito nas empresas criadas antes da Lei n.º 13.303/16 e naquelas instituídas depois dessa Lei.



Nas empresas estatais criadas antes da Lei n.º 13.303/16, o relevante interesse coletivo encontra-se implícito em seu objeto social que, dadas as mudanças econômicas e sociais ocorridas nas últimas décadas, mostrou-se necessária a revisão das atividades desempenhadas por essas empresas estatais, ocasionando a necessária readequação do papel do relevante interesse coletivo na consecução da finalidade pública objetivada com sua atuação.

Muitas vezes, nas empresas criadas antes da Lei n.º 13.303/16, o relevante interesse coletivo se encontra implícito em seu objeto social e dissociado da relação direta com o interesse público primário, havendo apenas relação entre a finalidade lucrativa e a natureza das atividades desempenhadas pela Estatal.

Com o advento da nova Lei das Estatais, a expressão “relevante interesse coletivo” ganha contornos de protagonismo na medida em que seu art. 2º, §1º prevê que a lei que autorizar constituição de empresas estatais deve prever de forma clara o relevante interesse coletivo que fundamenta a atuação da empresa.

Ao se exigir na lei que autoriza a criação da empresa estatal, a demonstração do interesse coletivo objetivado com a exploração econômica de determinada atividade, está-se garantindo que haja correlação entre a intervenção do Estado na economia e a finalidade pública motivadora de sua existência, de forma a se evitar seu agigantamento desmedido e, por conseguinte, garantindo-se a observância do princípio constitucional da livre iniciativa.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime constitucional da atuação direta do estado na economia**. São Paulo: Forense, 2017. p.95.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Princípios de governança pública**. Brasília: CGU, 2015.

BRASIL. Lei n.º13.303 de 30 junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm> Acesso em: out. 2016.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recursos Extraordinários nº 2002/220.906-9/DF e 2001/220.041-5/RS, RE 2002/225.011/MG. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: abr. 2018.

BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade. **A interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e a sindicabilidade judicial sob a ótica da teoria neoinstitucionalista do processo.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2017. 167p.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**, São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Primeiras questões sobre a lei 13.303/2016:** o estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171-198. v. 974.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **O estatuto jurídico das empresas estatais (Lei 13.303/216) sob a ótica da Constituição da República de 1988.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/o-estatuto-juridico-das-empresas-estatais-lei-133032016-sob-a-otica-da-constituicao-da-republica-de-1988>> Acesso em: maio17.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, 242 p.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de derecho administrativo.** 7. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1999. v. 1 .

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O regime jurídico das empresas estatais. In: WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa (Org). **Direito público:** estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais:** comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Estatuto jurídico das empresas estatais:** a lei 13.303, a criação das empresas estatais e sua participação minoritária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do direito administrativo brasileiro.** Porto Alegre: Globo, 1939.

MUKAI, Toshio. **O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.



PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, Ano 15, n. 62, p.99-121, out/dez. 2015.

SHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.