

Novo estatuto das empresas estatais é constitucional



Luciano Ferraz
advogado e professor

No último dia 30 de junho, a Lei 13.303/16 completou um ano de vigência,

ainda com diversas dúvidas e questionamentos. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tramita a ADI 5.624, relator ministro Ricardo Lewandowsky, movida pela Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal (Fenaee) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/CUT).

As entidades sustentam que há inconstitucionalidade formal na Lei 13.303/16, porquanto houve invasão do Poder Legislativo sobre a prerrogativa do chefe do Poder Executivo de dar início ao processo legislativo em matérias que envolvam a organização e funcionamento do Poder Executivo e o regime jurídico de seus servidores.

Quanto às inconstitucionalidades materiais, as alegações são variadas:

- a) que a lei apresenta abrangência excessiva, já que direcionadas à totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, enquanto o artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição prevê o estabelecimento do estatuto jurídico das estatais apenas para as estatais dedicadas à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços;
- b) que há incompatibilidade da norma com os artigos 25 e 30 (incisos I e II) da Constituição, uma vez que torna inviável que os estados e municípios exerçam sua capacidade de auto-organização, garantida pelos artigos 1º e 18 da Carta;



c) que as restrições previstas na lei para investidura em cargos de gestão nas empresas estatais ofendem o *caput* do artigo 5º da Constituição (princípio da igualdade). Entre os que se encontram de impedidos de integrar o conselho de administração e a diretoria das estatais estão pessoas que atuaram, nos últimos 36 meses, como participantes da estrutura decisória de partido político e aqueles que exerçam cargo em organização sindical;

d) que o estatuto impõe às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime de competição com o mercado regras que não são aplicáveis às empresas privadas que atuem no mesmo ramo, violando a disciplina do artigo 173, parágrafo 1º, II da Constituição.

Requerem as autoras a concessão de medida cautelar a fim de que seja suspensa a totalidade da Lei 13.303/2016, ou pelo menos, dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, aplicando-se interpretação conforme a Constituição para que as demais normas sejam direcionadas apenas às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Não me parece que as entidades autoras tenham razão quanto às impugnações apresentadas ao controle concentrado de constitucionalidade a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Reserva de iniciativa

A Lei 13.303/16 não fere reserva de iniciativa do Poder Executivo, prevista no artigo 61, parágrafo 1º, II, “b” da Constituição. É que ela não trata propriamente da organização administrativa do Poder Executivo, senão impõe contornos de um regime jurídico específico para tais entidades, ditando-lhes regras sobre governança, função social, licitações e contratos, controles e responsabilidade dos administradores^[1].

A referida lei foi editada com base na competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Comercial (artigo 22, I) e normas gerais de licitações e contratos administrativos (artigo 22, XXVII). Tais competências são suficientes para suportar a iniciativa legislativa da lei, sem que haja qualquer tipo de violação formal a dispositivos constitucionais de reserva de iniciativa ou à autonomia das entidades federativas, como abaixo se verá.

Nesse sentido, convém verificar que a criação das empresas estatais (que sabidamente é matéria de organização administrativa) continua a depender de lei específica de cada entidade federativa, essa sim de iniciativa reservada ao Poder Executivo, tudo nos termos do artigo 37, XIX da Constituição.

Regime jurídico de pessoal

No mesmo sentido, cabe registrar que a Lei 13.303/16 não versa sobre regime jurídico de servidores públicos. A própria letra do artigo 61, parágrafo 1º, II, “c” deixa ver que a reserva de iniciativa ali prevista é dirigida aos servidores estatutários da União e seus territórios, extensível ao regime da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, por força do artigo 39 da Constituição (com redação repristinada pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 2.135, relator ministro Néri da Silveira, relator para acórdão ministra Ellen Gracie).

As empresas estatais, que são submetidas ao regime celetista, não estão abrangidas pela restrição de iniciativa, pelo que não se vislumbra a inconstitucionalidade formal aventada pela petição inicial da ADI



5.624.

Abrangência

Relativamente à alegada abrangência excessiva da Lei 13.303/16, deveras o artigo 173, parágrafo 1º da Constituição (incluído pela EC 19/98) trata especificamente das empresas estatais que exploram atividades econômicas em sentido estrito.

Todavia, não há impedimento constitucional a que o legislador submeta também empresas estatais que prestam serviços públicos (de igual modo as que atuam no planejamento econômico e as que exercem atividade de fomento) ao mesmo regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, desde que respeitadas algumas diferenças impostas pela própria Constituição (por exemplo, artigo 37, parágrafo 6º).

Com efeito, cabe aludir que a jurisprudência do STF alinha-se no sentido de que atividade econômica é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, justificando também por isso a aproximação de regimes jurídicos (ver, a respeito, a ADPF 46, relator ministro Marco Aurélio, relator para acórdão ministro Eros Grau).

Auto-organização

A Lei 13.303/16 não trata da organização administrativa da União, estados, Distrito Federal e municípios. Em realidade, ela dispõe sobre tipos societários com a participação estatal (sociedades de economia mista, empresas públicas, subsidiárias, controladas, empresas participadas, consórcios com estatais).

As regras sobre governança, função social e controles enquadram-se no âmbito da competência legislativa em matéria de Direito Comercial (artigo 22, I da Constituição), ao passo que as regras sobre licitações e contratos derivam da competência normativa federal prevista no artigo 22, XXVII, que atribui à União competência para editar normas gerais de licitações e contratos. Esse dispositivo deve ser combinado com o artigo 173, parágrafo 1º, III (alusivo às estatais exploradoras de atividades econômicas) e pode ser aplicável também, por força da própria lei, às empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

Nesse sentido, deve-se rememorar que tanto as empresas estatais prestadoras de serviços públicos quanto aquelas exploradoras de atividades econômicas submetiam-se, com algumas peculiaridades, ao regime licitatório e contratual da Lei 8.666/93, sem que houvesse grandes divergências quanto ao tema.

Princípio da igualdade

O conteúdo normativo do princípio da igualdade não implica a imposição às empresas estatais exploradoras de atividade econômica de um regime jurídico necessariamente idêntico ao das demais empresas privadas. O pertencimento dessas empresas ao âmbito da administração pública justifica a incidência de condicionantes impostas pela Lei 13.303/16, sem que haja violação ao âmbito material de incidência do referido princípio.

Com efeito, o STF já teve a oportunidade de decidir quanto à aplicabilidade às empresas estatais, inclusive as exploradoras de atividades econômicas, da regra do artigo 37, II da Constituição, que exige a realização de concurso público para provimento dos seus empregos (confira-se o MS 21.322, relator



ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/1992, publicado no DJ 23/4/1993).

É dizer que as regras e os princípios constitucionais, bem assim as normas legais que se respaldam em princípios constitucionais, podem impor condicionamentos mais intensos às empresas estatais, se comparadas com as empresas privadas. O regime jurídico das empresas estatais não é puro, senão híbrido, comportando maiores derrogações decorrentes de opções constitucionais ou legislativas.

A disciplina da Lei 13.303/16, partidária que é do princípio da impessoalidade (artigo 37, *caput* da Constituição), estabelece parâmetros para as indicações de determinados postos de administração no âmbito das empresas estatais, sem que isso configure a alegada violação ao princípio da igualdade (artigo 5º, *caput* da Constituição).

[1] No passado, nos idos de 1999, cheguei a sustentar que o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais tratava de matéria de organização administrativa: “A partir, pois, da EC n. 19/98, cada ente federativo deverá disciplinar o estatuto jurídico de suas respectivas empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por tratar-se de matéria referente à organização administrativa” (FERRAZ, Luciano. *Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. nº 01, 1999). Algum tempo depois, alterei o meu modo de ver a questão, a partir de lições da professora Dinorá Musetti Grossi, manifestada em simpósios de Direito Administrativo e no artigo intitulado *Licitação nas Estatais em face da Emenda Constitucional nº 19*, publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, V. 6, n. 2, 2000. Sustentou a autora, convencendo-me de sua posição, que a lei referida pelo artigo 173, parágrafo 1º da Constituição deve ser nacional: “Dadas as reservas da União para legislar sobre intervenção do Estado na economia, sobre direito societário e normas gerais de licitações e contratações para a Administração Pública”.

Date Created

20/07/2017