

EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

M.D. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

A FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – FENAEE, entidade de classe de âmbito nacional constituída por Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 34.267.237/0001-55, com endereço no SRTVS Quadra 701, Centro Empresarial Assis Chateaubriand, Loja 126, Térreo II, Conj. L, Lote 38, Bloco II, Asa Sul Brasília / DF - CEP 70340-906 e a **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT**, entidade sindical de grau superior, inscrita no CNPJ/MF nº 07.847.291/0001-05, devidamente registrada e cadastrada junto ao Ministério do Trabalho (Doc. emitido pelo MTb de inteiro teor anexado à presente), com endereço na EQS 314/315, Bl. A, Asa Sul - Brasília - DF, CEP nº 70.383-400, por seus advogados infra assinados (Instr. de mandato anexado à presente), com endereço no Setor Hoteleiro Norte, Quadra 1, Lote A, Bloco F, Salas 1.401 e 1.402, em Brasília-DF, CEP 70.701-000, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com amparo nos artigos 102, I, “a” e “p”, e 103, IX, da Constituição Federal, e nos artigos 2º, IX, 10 e 11 da Lei nº 9.868/99, propor

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Com pedido de medida cautelar

em face da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que “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”, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I - DOS FATOS

A Lei nº 13.303, de 2016, que “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”, sancionada no dia 30 de junho de 2006, propõe-se a regulamentar o art. 173, § 1º da Constituição Federal, cuja redação foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Passados mais de dezoito anos da vigência do novo texto dado ao art. 173, § 1º, pendia o mesmo de regulamentação, lacuna que, inegavelmente, comprometia a efetividade da norma constitucional, em particular no tocante ao inciso III desse dispositivo, que prevê que a referida norma regulamentadora deverá, também, dispor sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública no âmbito da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Na ausência dessa regulamentação, e presentes soluções legislativas estranhas ao referido estatuto, como o art. 67 da Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997 e o Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998 – esse, editado já na vigência da nova redação constitucional – suscitaram-se dúvidas quanto à possibilidade de normas autônomas disciplinarem a matéria, ou delegarem ao regulamento a disciplina do regime de compras e contratações das empresas estatais que operam em regime de competição com o mercado. Nesse sentido, aguardam a deliberação do Supremo Tribunal, por exemplo, o RE nº 441.280, e o MS nº 25.888.

A referida Lei, porém, decorre da aprovação pelo Congresso Nacional, e da sanção pelo Presidente da República em exercício, **de proposição de iniciativa parlamentar**, sem a necessária autoria do Chefe do Poder Executivo.

Em 2015, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal adotaram o ATO CONJUNTO Nº 3, de 2 de junho, instituindo uma comissão mista composta

por quatro Deputados Federais e quatro Senadores com a finalidade de elaborar uma proposta de projeto de “Lei de Responsabilidade das Estatais” a ser examinado pelas duas Casas do Congresso. Para subsidiar os trabalhos, foi apresentada uma minuta pelos Presidentes da Câmara e do Senado.

Essa comissão foi instalada em 18 de junho de 2015, tendo como Relator o Deputado Arthur Oliveira (SD/BA), e sob a Presidência do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), tendo como prazo para conclusão de seus trabalhos 10 de julho de 2015, prazo que acabou por ser prorrogado até 21 de agosto.

Após serem realizadas audiências públicas com entidades públicas e privadas, como a Associação de Investidores no Mercado de Capitais (Amec), a Confederação Nacional da Indústria (CNI), Banco do Brasil, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM), BM&FBOVESPA e Tribunal de Contas da União, foi apresentada proposta pelo Relator, contemplando a minuta de projeto de lei finalmente aprovada pela Comissão em 26 de agosto de 2015.

Passo seguinte, a proposição foi encaminhada ao Senado Federal, para iniciar a sua apreciação, tendo sido designado relator o Senador Tasso Jereissati (extrato de tramitação no Senado Federal em anexo)

Apresentada na forma do Projeto de Lei do Senado nº 555, de 2015, já em 10 de setembro de 2015 a proposição passou a tramitar em regime de urgência, e recebeu, até o encerramento de sua tramitação no Senado Federal, em março de 2016, 107 emendas.

A proposta foi remetida em 5 de abril de 2016 à Câmara dos Deputados, na forma do Projeto de Lei nº 4.918, de 2016, ao qual foram apensadas proposições igualmente de autoria parlamentar já em tramitação naquela Casa, e aprovada pelo Plenário, em regime de urgência, em 14 de junho de 2016, com emendas.

Retornando ao Senado Federal, a proposição foi rapidamente apreciada, e finalmente aprovada, sendo enviada à sanção presidencial, que ocorreu em 30 de junho de 2016, com vetos.

Trata-se de proposição calcada, em grande medida, nas regras de Governança Corporativa aplicadas às empresas listadas no “Novo Mercado – BM&fBovespa”, assim como em recomendações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), e nos Princípios da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE sobre governança corporativa para empresas estatais, especialmente os relativos a autonomia; *accountability*; monitoramento; separação de funções do Estado como controlador e regulador; custos claros como instrumento de política pública; tratamento equitativo de

investidores; transparência; mandato e responsabilidade dos dirigentes; prevenção de conflitos de interesse; e comitês de assessoramento.

Sob tal perspectiva, o diploma legal busca, na verdade, afastar o Estado da gestão de suas próprias empresas, ou reduzir a eventual “ingerência política” nas decisões empresariais, e colocá-lo na condição de acionista-investidor, para o qual a maximização do lucro e o retorno financeiro ao capital investido se sobrepõem aos objetivos macroeconômicos ou de políticas públicas que, em muitos casos, as empresas públicas e sociedades de economia mista cumprem, mesmo quando exploradoras de atividades econômicas.

Em face desses propósitos, a proposição em discussão suscitou um áspero debate, visto contemplar uma série de restrições à organização e ao funcionamento das empresas estatais, **abrangendo o conjunto das empresas públicas e sociedades de economia mista**, e não somente as que se destinassem à exploração de atividades econômicas em sentido estrito. Tais questionamentos foram apresentados durante toda a sua tramitação, mediante emendas, destaques para votação em separado e pronunciamentos de Plenário, sem, contudo, impedir-se o curso de sua tramitação e aprovação.

A sanção da Lei, que contempla em sua totalidade **97 artigos**, divididos em três Títulos, insere no ordenamento jurídico, com efeitos imediatos ou progressivos, normas jurídicas de grande impacto sobre o regime societário, a organização e atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a composição de seus órgãos de administração, a sua função social, o seu regime de compras e contratações e as formas de prestação de contas ao Estado e à Sociedade, estabelecendo limitações e obrigações e restringindo a capacidade de gestão dos respectivos Poderes Executivos, em situação de clara ofensa à Constituição Federal, como adiante se demonstrará.

II - DA LEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE E DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARA A PRESENTE AÇÃO

As Entidades Autoras são entes de classe de âmbito nacional, representativas de trabalhadores diretamente afetados pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

A FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – FENAEE é uma entidade de classe de âmbito nacional constituída por Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal, de duração

ilimitada, e, embora não detenha natureza de entidade sindical *stricto sensu*, detém a representação estatutária dos interesses dos trabalhadores da Caixa Econômica Federal, empresa pública federal do ramo financeiro, como estabelece o art. 4º do Estatuto da FENAE (Doc. Anexo):

“Art. 4º A FENAE tem como objetivos fundamentais:

I - Exercer a representação das Associações do Pessoal e de seus sócios efetivos, assim considerados nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 2º deste estatuto, junto à Caixa Econômica Federal, à Fundação dos Economistas Federais - FUNCEF, a Associação de Previdência dos Empregados do Banco Nacional de Habitação - PREVHAB, a Caixa Seguradora SA, aos poderes constituídos, aos órgãos públicos e a outras empresas em que a Caixa Econômica Federal tenha participação.

II - Exercer a representação dos associados judicial ou extrajudicialmente, dispensadas as autorizações de assembleias nos termos da Constituição, para fins das leis de defesa do consumidor, de ação civil pública, mandado de segurança coletivo ou demais ações na condição de substituto processual para a defesa dos direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos;

III . Congregar as Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal estimulando a união, a solidariedade e a defesa dos interesses dos empregados ativos, aposentados e pensionistas, apoiando, sobretudo, suas reivindicações;

IV - Promover as ações judiciais cabíveis para a proteção dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos dos associados, podendo ajuizar mandado de segurança coletivo, ação civil pública ou coletiva, ação na condição de substituto processual, na promoção dos direitos junto à Caixa Econômica Federal. à FUNCEF, à PREVHAB ou à Caixa Seguradora SA, bem como nos demais casos previstos no Código de Defesa do Consumidor e na legislação em vigor;

(...)”

Não se desconhece o fato de que em mais de uma ocasião esse Excelso Pretório considerou não se amoldarem as associações à hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, parte inicial, da Constituição.

Essas decisões, porém, são anteriores à orientação recentemente adotada pela Corte na ADI nos julgamentos da ADI 3.702, Rel. Min. Dias Toffoli e 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, que homenagearam, que consideraram a representatividade das entidades (Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos,- ABIMAQ e ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA - ASIBAMA NACIONAL), e a necessidade

de adotar-se critérios mais abrangentes para o reconhecimento dos legitimados para proposição de ADI, em vista do fato de que “a participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

Nesse sentido, merece ser recordado o entendimento adotado na ADI 3.153, julgada em 12.08.2004, Relator para o Acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, em que a Corte reconheceu que “o conceito de entidade de classe de âmbito nacional é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito”. Tal entendimento foi reiterado, entre outras, pela decisão do STF na ADI 15, em 14.06.2007:

"ADIn: legitimidade ativa: 'entidade de classe de âmbito nacional' (art. 103, IX, CF): compreensão da 'associação de associações' de classe. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12-8-04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau -- as chamadas 'associações de associações' -- do rol dos legitimados à ação direta. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a defender." (ADI 15, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007.) (grifamos)

A **Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT** é confederação sindical inscrita no CNPJ/MF sob o nº 07.847.291/0001-05, e regularmente registrada no Ministério do Trabalho e Emprego (Doc. Anexo) com o Código Sindical nº 000.100.000.00000-7, com representação das entidades a ela filiadas, nos termos do art. 5º de seu Estatuto Social:

“Art. 5º São representados pela CONTRAF todas as Federações e Sindicatos que a ela se filiem, localizados no território nacional, detentores da representação sindical dos trabalhadores do ramo financeiro.

Parágrafo único. *A representação da categoria profissional abrange todos os trabalhadores em Bancos Comerciais, Bancos de Investimentos, Financeiros, Cadernetas de Poupança, Caixas Econômicas, Bancos Múltiplos, Cooperativas de Crédito, Empresas de Crédito em geral, como também os trabalhadores em empresas coligadas pertencentes ou contratadas por grupo econômico bancário ou financeiro, cujo desempenho profissional contribua de forma direta ou indireta para consecução e desenvolvimento da atividade econômica preponderante da empresa principal.”*

Trata-se, assim, de entidade de classe de grau superior, de âmbito nacional, dotada de representatividade ampla dos trabalhadores do ramo financeiro, abrangendo as empresas públicas e sociedades de economia mista dos três níveis da Federação que atuam nesse ramo.

Mostra-se, portanto, presente a legitimidade ativa *ad causam* das Requerentes, à luz do entendimento adotado por esse Pretório Excelso no julgamento da ADI nº 4.029-DF, em que restou acolhida a tese, externada no voto do Relator, Ministro Luiz Fux, nos termos seguintes:

“À luz dessas considerações deve ser interpretado o inciso IX do art. 103, não se recomendando uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de ‘entidade de classe de âmbito nacional’. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada em vez de limitada, quanto mais quando a restrição decorre de construção jurisprudencial, à míngua de regramento legal.

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais, dentre eles o da participação democrática, merecem sempre a interpretação que lhes dê o maior alcance e efetividade. Recorrendo à lição de Luís Roberto Barroso, merece ser ressaltado que o fundamento para que o Judiciário possa sobrepor a sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes reside justamente na confluência de ideias que produzem o constitucionalismo democrático (Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 286). Essa a configuração de democracia deliberativa engendrada por Carlos Santiago Nino (La Constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997), estimulando o pluralismo do debate político, da qual não pode esta Corte descurar.” (ADI 4.029, Voto do Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, DJE de 27-6-2012.)”

Como as Requerentes atendem a todos os requisitos legais, e detém ampla representatividade dos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista do ramo financeiro, demonstrada está sua plena e irrestrita legitimidade para a presente Ação Direita de Inconstitucionalidade, com fundamento no artigo 103, IX, da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

Por outro lado, há absoluta e adequada pertinência temática entre a matéria tratada na norma legal impugnada e os interesses e finalidades institucionais das Entidades Autoras. Como se sabe, a partir da decisão tomada na ADI nº 305, de que foi relator o eminente Min. Paulo Brossard (RTJ 153/428), consolidou-se no Supremo Tribunal Federal a construção pretoriana do requisito, para a propositura de ADI, que se convencionou chamar “pertinência temática”, sem o qual as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional não se legitimam para o processo de controle abstrato da constitucionalidade das leis.

Não há, porém, rigidez no conceito de pertinência temática, antes ao contrário flexibilidade em sua exegese. A ela não se aplicam, como já assentou o Tribunal na ADI 1.151/MG (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 158/ 790), “os parâmetros estritos da legitimação ad causam no processo comum, interpartes, que pressupõe a titularidade, em tese, do direito subjetivo alegado pelo autor”.

Por isso, a definição do que seja pertinência temática vem sendo tratada *cum grano salis* pela jurisprudência do STF, sendo certo que a Corte admite, como asseverou o eminente Ministro Moreira Alves, na citada ADI nº 305, até mesmo a “pertinência indireta”, a indicar que o que interessa, no particular, não é o rigor do conceito, mas apenas e tão-só um mínimo de correlação objetiva, um liame mínimo e razoável entre o tema objeto da norma acoimada de inconstitucionalidade e a área específica de atuação da autora da ação.

Em decisão recente, essa Suprema Corte assim consignou o entendimento sobre a flexibilização do conceito de pertinência temática:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei federal 11.516/2007. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. (...) A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de 'entidade de classe de âmbito nacional' previsto no art. 103, IX, da CRFB. A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional. In casu, a entidade proponente da ação sub judice possui ampla gama de associados, distribuídos por todo o território nacional, e que representam a integralidade da categoria interessada, qual seja, a dos servidores públicos federais dos órgãos de

proteção ao meio ambiente." (ADI 4.029, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8-3-2012, Plenário, DJE de 27-6-2012.)"

No caso presente, os impactos e efeitos da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, sobre o conjunto das empresas estatais, sua organização, gestão e funcionamento, com as condicionantes e restrições que estabelece às suas atividades e aos direitos de representação dos trabalhadores em seus colegiados e de participação em seus órgãos direção, evidenciam o direto e imediato interesse dos trabalhadores das empresas estatais do ramo financeiro, representados pelas entidades Autoras no julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

De qualquer sorte, para a demonstração da relação de pertinência temática não se exige que a entidade sindical demonstre que a categoria por ela representada seja a única compreendida ou afetada pelo diploma normativo contestado. Não discrepa deste entendimento a jurisprudência desta Excelsa Corte, como se verifica do trecho da ementa do seguinte julgado:

"(...) Ação Direta de Inconstitucionalidade: pertinência temática. 1. A pertinência temática, requisito implícito da legitimação das entidades de classe para a ação direta de inconstitucionalidade, não depende de que a categoria respectiva seja o único segmento social compreendido no âmbito normativo do diploma impugnado". (STF, ADI 1282, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2001, DJ 29/11/2002, p. 0017).

E, com efeito, a Lei nº 13.303, de 2016, impacta um grande número de empresas estatais em todo o País. Apenas na esfera da União, serão afetadas por ela cerca de **cento e cinquenta empresas estatais**, totalizando, segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão relativos ao ano de 2014, **mais de 550 mil empregados**. Incluem-se nesse universo a totalidade dos bancos públicos federais e suas subsidiárias, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, a Caixa Econômica Federal e suas subsidiárias, a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, e empresas como Correios, CODEVASF, Casa da Moeda, Embrapa, Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSEH, Empresa Brasil de Comunicações – EBC, INFRAERO, além da totalidade das empresas do Grupo Petrobrás e do Grupo Eletrobrás, e várias outras.

Ante o exposto, evidencia-se não apenas a legitimidade das Requerentes, mas, igualmente, a incontestável pertinência temática entre as finalidades institucionais de sua missão diante de seus representados e a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

III – DA NORMA LEGAL QUESTIONADA

Insurge-se a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, *in totum*, pelas razões de fato e de direito que adiante se demonstrará, e, em particular, contra os seguintes dispositivos:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 11, 12 e 27, não se aplica à empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

§ 2º O disposto nos [Capítulos I e II do Título II desta Lei](#) aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do [inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), que explore atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

§ 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei.

§ 5º Submetem-se ao regime previsto nesta Lei a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio, conforme disposto no [art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#), na condição de operadora.

(...)”

Art. 7º Aplicam-se a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e as normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão.

Art. 16. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#).

Parágrafo único. Consideram-se administradores da empresa pública e da sociedade de economia mista os membros do Conselho de Administração e da diretoria.

Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

*II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado;
e*

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do [inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990](#), com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o caput.

Art. 22. O Conselho de Administração deve ser composto, no mínimo, por 25% (vinte e cinco por cento) de membros independentes ou por pelo menos 1 (um), caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do [art. 141 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#).

§ 1º O conselheiro independente caracteriza-se por:

I - não ter qualquer vínculo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista, exceto participação de capital;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau ou por adoção, de chefe do Poder Executivo, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou Município ou de administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

III - não ter mantido, nos últimos 3 (três) anos, vínculo de qualquer natureza com a empresa pública, a sociedade de economia mista ou seus controladores, que possa vir a comprometer sua independência;

IV - não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de sociedade controlada, coligada ou subsidiária da empresa pública ou da sociedade de economia mista, exceto se o vínculo for exclusivamente com instituições públicas de ensino ou pesquisa;

V - não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços ou produtos da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VI - não ser funcionário ou administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços ou produtos à empresa pública ou à sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência;

VII - não receber outra remuneração da empresa pública ou da sociedade de economia mista além daquela relativa ao cargo de conselheiro, à exceção de proventos em dinheiro oriundos de participação no capital.

§ 2º Quando, em decorrência da observância do percentual mencionado no caput, resultar número fracionário de conselheiros, proceder-se-á ao arredondamento para o número inteiro:

I - imediatamente superior, quando a fração for igual ou superior a 0,5 (cinco décimos);

II - imediatamente inferior, quando a fração for inferior a 0,5 (cinco décimos).

§ 3º Não serão consideradas, para o cômputo das vagas destinadas a membros independentes, aquelas ocupadas pelos conselheiros eleitos por empregados, nos termos do § 1º do art. 19.

§ 4º Serão consideradas, para o cômputo das vagas destinadas a membros independentes, aquelas ocupadas pelos conselheiros eleitos por acionistas minoritários, nos termos do § 2º do art. 19.

§ 5º (VETADO).

Art. 25. O Comitê de Auditoria Estatutário será integrado por, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, em sua maioria independentes.

§ 1º São condições mínimas para integrar o Comitê de Auditoria Estatutário:

I - não ser ou ter sido, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê:

a) diretor, empregado ou membro do conselho fiscal da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta;

b) responsável técnico, diretor, gerente, supervisor ou qualquer outro integrante com função de gerência de equipe envolvida nos trabalhos de auditoria na empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o segundo grau ou por adoção, das pessoas referidas no inciso I;

III - não receber qualquer outro tipo de remuneração da empresa pública ou sociedade de economia mista ou de sua controladora, controlada, coligada ou sociedade em controle comum, direta ou indireta, que não seja aquela relativa à função de integrante do Comitê de Auditoria Estatutário;

IV - não ser ou ter sido ocupante de cargo público efetivo, ainda que licenciado, ou de cargo em comissão da pessoa jurídica de direito público que exerça o controle acionário da empresa pública ou sociedade de economia mista, nos 12 (doze) meses anteriores à nomeação para o Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 2º Ao menos 1 (um) dos membros do Comitê de Auditoria Estatutário deve ter reconhecida experiência em assuntos de contabilidade societária.

§ 3º O atendimento às previsões deste artigo deve ser comprovado por meio de documentação mantida na sede da empresa pública ou sociedade de economia mista pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, contado a partir do último dia de mandato do membro do Comitê de Auditoria Estatutário.

“TÍTULO II

DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS, ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E ÀS SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DE BENS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, AINDA QUE A ATIVIDADE ECONÔMICA ESTEJA SUJEITA AO REGIME DE MONOPÓLIO DA UNIÃO OU SEJA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.”

IV- DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS OFENDIDOS

Tem-se como ofendidos pela Lei nº 13.303, de 2016, de forma direta, de forma a merecer a apreciação desse Excelso Pretório, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a” da Carta Magna, os seguintes dispositivos constitucionais:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

.....”

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

.....

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

.....”

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

.....”

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

.....”

“Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

.....”

“Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

.....”

“Art. 61.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

.....

II - disponham sobre:

.....

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

.....

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

.....”

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

.....”

V - DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 13.303, DE 2016

A priori, impõe-se destacar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.303, de 2016, em face da **ofensa direta ao princípio da separação dos Poderes**, materializando **invasão ilegítima e inaceitável 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 ao regime jurídico de seus servidores**, mas, inclusive, reduzindo as suas prerrogativas no que se refere à direção superior da Administração Pública Federal, contrariando, assim, o art. 61, II, “c” e “e”, c/c art. 84, VI, da Constituição.

Quanto ao primeiro aspecto, trata-se de Lei que regulamenta o art. 173, § 1º da Constituição Federal, o qual remete à lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; e os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Esses conteúdos estão diretamente relacionados à organização e funcionamento do Poder Executivo, uma vez que as empresas estatais o integram, e a ele se vinculam, sujeitando-se à supervisão ministerial, assim como às orientações políticas e administrativas, sendo, efetivamente, instrumentos da concretização das políticas públicas, além da promoção do desenvolvimento, prestação de serviços e atendimento das necessidades da sociedade e mesmo dos mercados em que atuam.

Em nossa história administrativa, as empresas estatais tiveram, sempre, papel de extrema relevância, o que se verifica desde o Brasil Colônia, o Império e as diferentes fases da República, como se constata, entre outros, pela criação, com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, por D. João VI, do Banco do Brasil (1808), da Imprensa Régia - serviços de Imprensa da Coroa -, das empresas de fundição Real Fábrica de Ferro São João de Ipanema e Usina do Morro do Pilar e a Real Manufatura de Espingardas, criada em São Paulo. Durante o Segundo Império, foram criadas a Estrada de Ferro D. Pedro II (1858) e a Caixa Econômica e Monte de Socorro (1861), hoje *Caixa Econômica Federal*.

No Brasil, simultaneamente ao início de uma etapa decisiva para sua configuração atual e modernização política, desde os anos 1930 o Estado assumiu o papel de indutor do processo de industrialização do País, contribuindo de maneira decisiva para o desenvolvimento da economia, como instrumento de intervenção e articulação de processos industriais interdependentes, como o aço, mineração, ferrovias, petróleo e outros, como apontam os professores Frederico Lustosa da Costa e Vitor Miano¹. Exemplos desse protagonismo são a criação da Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, da Fábrica Nacional de Motores, em 1942, da Companhia Vale do Rio Doce, em 1943, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDE (hoje BNDES) em 1952, e da Petrobrás em 1954.

Tal fato é destacado em publicações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, que em recente estudo² demonstra que países em níveis mais baixos de desenvolvimento têm, nas estatais, um importante fator para o alcance de políticas de industrialização, enquanto economias mais maduras costumam equilibrar de forma mais cuidadosa o papel dos setores público e privado.

¹ DA COSTA, Frederico L. & MIANO, Vitor Y. Estatização e Desestatização no Brasil: o papel das empresas estatais nos ciclos da intervenção governamental no domínio econômico. Revista de Gestión Pública Vol. II, nº 1, Enero-Junio 2013, p. 145-181.

² OECD, State-Owned Enterprises in the Development Process, OECD Publishing, Paris, 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229617-en>.

Apesar das ondas de privatização que, desde o início da década de 1980, têm promovido o redimensionamento do “Estado empresário”, as empresas estatais tem se mantido como um elemento importante no processo de construção e reconstrução do Estado no Brasil, sendo uma ferramenta necessária para a governança pública e busca de uma gestão moderna e competente no Século XXI, em particular no contexto da governança democrática e dos desafios de uma economia globalizada, inclusive para incrementar relações de parceria com o setor privado.

O estatuto das empresas estatais previsto no § 1º do art. 173 da Carta de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, responde à necessidade de que a gestão das empresas estatais seja sujeita a requisitos de transparência, eficiência e legitimidade, refletindo a busca dos resultados de interesse da sociedade, traduzindo a materialização de sua função social. Mas essa Lei é instrumento para que a sua atuação, sob a orientação do titular da maioria ou totalidade do seu capital, se dê em consonância com as diretrizes governamentais e as leis que delimitam o seu campo de atuação, compatíveis com o “caput” do referido art. 173, ou seja, atendendo aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Ou seja, o Estatuto das Estatais não pode ser um meio para que as Estatais, meramente por explorarem atividades econômicas em sentido estrito, se tornem absolutamente autônomas em relação ao Estado, atuando de forma desconectada de sua função social e das diretrizes governamentais, dos Planos de Governo e dos ministérios supervisores.

Dessa forma, deve ser observada a prerrogativa constitucionalmente assegurada ao Chefe do Executivo e aos Ministros de Estado de exercer a direção superior da Administração e, por decorrência, preservados os meios suficientes para que possam exercer a supervisão ministerial.

Essa supervisão, nos termos do art. 26 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1965, acha-se assim delimitada:

“Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente:

I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade.

II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

III - A eficiência administrativa.

IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.

Parágrafo único. A supervisão exercer-se-á mediante adoção das seguintes medidas, além de outras estabelecidas em regulamento:

- a) indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica;*
- b) designação, pelo Ministro dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade;*
- c) recebimento sistemático de relatórios, boletins, balancetes, balanços e informações que permitam ao Ministro acompanhar as atividades da entidade e a execução do orçamento-programa e da programação financeira aprovados pelo Governo;*
- d) aprovação anual da proposta de orçamento-programa e da programação financeira da entidade, no caso de autarquia;*
- e) aprovação de contas, relatórios e balanços, diretamente ou através dos representantes ministeriais nas Assembleias e órgãos de administração ou controle;*
- f) fixação, em níveis compatíveis com os critérios de operação econômica, das despesas de pessoal e de administração;*
- g) fixação de critérios para gastos de publicidade, divulgação e relações públicas;*
- h) realização de auditoria e avaliação periódica de rendimento e produtividade;*
- i) intervenção, por motivo de interesse público.”*

A Lei nº 13.303, de 2016, em sua totalidade, mas **notadamente quanto aos artigos 7º, 16, 17, 22 e 25**, estabelece restrições e limitações ao exercício dessas prerrogativas, que, como demonstrado, **não resultam de proposição de iniciativa do Chefe do Poder Executivo.**

A validade constitucional de normas dessa natureza, resultantes de proposições de iniciativa parlamentar, já foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, como demonstra o julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.703, Relator o Min. Ilmar Galvão:

ADI 1703 MC / SC - SANTA CATARINA

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 27/11/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 13-08-1999 PP-00004 EMENT VOL-01958-01 PP-00080

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE SANTA CATARINA. INCS. II E IV DO ART. 10 DA LEI Nº 10.542/97. Dispositivos consubstanciadores de inegável intromissão do Poder Legislativo nas atividades administrativas do Estado, com ostensiva ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Patente, portanto, não apenas a relevância dos fundamentos do pedido, mas também a conveniência para que seja, de logo, suspensa a eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida.

No caso em tela, a Lei estadual impugnada submetia a decisão do Poder Legislativo, mediante autorização legislativa específica, as vendas de ações de empresas públicas, sociedades de economia mista e instituições pertencentes ao sistema financeiro público do Estado de Santa Catarina.

Aduzia o Governador do Estado, ao promover a Ação Direta, que “a necessidade de autorização legislativa específica para alienação de ações de sociedade de economia mista, empresas públicas e instituições pertencentes ao sistema financeiro público do Estado, constante do inciso IV, é inconstitucional, na medida em que invade competência do Chefe do Poder Executivo de direção da administração estadual, de gestão da coisa pública e de ordenação da vida econômica do Estado.”

Tal entendimento foi adotado pelo voto do Min. Relator, segundo o qual “a exigência de autorização, prévia e específica, do Poder Legislativo, para a alienação dos referidos bens, em princípio, não pode ser vista senão como uma interferência do Poder Legislativo na esfera de atribuições do Chefe do Poder Executivo, com ofensa ao princípio da separação dos Poderes”, admitindo a interferência do Legislativo apenas no caso de alienação do controle acionário.

Também no caso da ADI nº 1.846 - Medida Cautelar, julgada em 25 de junho de 1998, o STF apreciou situação similar. A lei estadual de Santa Catarina, de iniciativa parlamentar, previa então vedação ao Poder Executivo, as empresas públicas e de economia mista cujo controle acionário pertencesse ao Estado de Santa Catarina, assinarem contratos ou outros instrumentos legais congêneres que em suas cláusulas conste a transferência do controle técnico, administrativo ou de gestão compartilhada, das mesmas.”.

Em seu voto, registrava o Exmo. Sr. Ministro Octávio Gallotti:

“Essa lei não tem defesa perante a Constituição, ou ela é uma norma administrativa, a que falta iniciativa do Governador, ou é uma norma de Direito Comercial, onde o Estado não tem competência para legislar.”

Aduzia ainda o Min. Gallotti:

“Sr. Presidente, a norma atacada na presente Ação Direta, se encarada sob o prisma de uma norma administrativa, fere, em primeiro lugar, o poder de administração do governador do Estado e, em segundo lugar, a sua iniciativa para a proposição de leis. E, se encarada como norma de Direito Comercial, certamente invadiria a competência legislativa da União.”

Em conclusão, afirmou o Exmo. Sr. Min. Carlos Velloso, Relator:

“Para mim basta um fundamento jurídico: a invasão da atividade administrativa do Chefe do Poder Executivo. A iniciativa parlamentar, no caso, viola o poder de iniciativa do Governador. Não ha duvida de que há um fato político subjacente. O certo, entretanto, é que o pedido da cautelar tem plausibilidade jurídica.”

Trata-se da mesma situação ora examinada. Em sua totalidade, a Lei em tela **invade a atividade administrativa do Chefe do Executivo, e estabelece restrições e limitações à atuação – quando não à própria constituição – de empresas estatais**, extrapolando os próprios limites materiais do Estatuto, mas, sobretudo, e no que importa no momento, *em afronta à reserva de iniciativa ao Chefe do Poder Executivo para submeter ao Legislativo tal legislação*, tanto por se tratar de norma que dispõe sobre a organização estatal – reservada ao Chefe do Executivo pelo art. 61, II, “e”, combinado com o art. 84, VI da Constituição – quanto por estabelecer regramentos ao provimento de cargos de direção em empresas estatais, ou seja, dispondo sobre o seu regime jurídico, matéria que é reservada à iniciativa do Executivo nos termos o art. 61, II, “c” da Constituição.

No mesmo sentido tem-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.284, apreciada em 9 de abril de 2015, Relator o Min. Ricardo Lewandowski.

Naquele caso, impugnava-se o teor de dispositivos da Constituição do Estado de Rondônia, resultantes de emenda constitucional de iniciativa parlamentar, estabelecendo como condição para a permanência em cargos de direção em algumas empresas estatais (*Companhia de Águas e Esgotos de Roraima – CAER e Companhia Energética de Roraima – CER*) a apresentação à Assembleia Legislativa de relatório anual de atividades desenvolvidas e plano de metas para o ano seguinte, a serem referendadas por maioria absoluta em turno

único e em votação secreta, e cuja rejeição implicaria o afastamento imediato do titular do cargo.

Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União sustentou, a inconstitucionalidade formal dos incisos XXXI e XXXII, acrescidos pelo ato normativo impugnado ao art. 33 da Constituição estadual, pois, “em obediência ao princípio da simetria, **é de competência privativa do governador do estado a iniciativa para propor projeto de lei que cuide de regime jurídico dos servidores e funcionamento da Administração Pública.**” (grifo nosso)

Acolhendo o argumento, o voto do Min. Lewandowski afirmava:

“Com efeito, a jurisprudência do STF é firme no sentido de que o regime jurídico dos servidores do Executivo só pode ser disciplinado por normas de iniciativa do Chefe do respectivo Poder, por aplicação do art. 61, § 1º, c, da Constituição da República, o que se aplica mesmo a emendas à Carta Estadual (ADI 3.777, Rel. Min. Luiz Fux; ADI 3.930, de minha relatoria).”

Trata-se, essencialmente, do mesmo caso em questão, quando se verifica, ao longo da Lei nº 13.303, a existência de **inúmeras limitações e restrições à gestão de empresas estatais**, assim como regras relativas à sua organização, à composição de seus colegiados diretores (Conselhos e diretorias), aos requisitos e impedimentos para que tais dirigentes sejam nomeados, as quais, porém, **resultam de iniciativa parlamentar**.

E nem se diga, quanto às normas contidas nos art. 16, 17, 22 e 25, que, por se tratar de vínculos mantidos entre o Estado e “empregados públicos”, ou exercentes de função pública ou cargo de direção em empresa regida pelo direito privado, estariam imunes à reserva de iniciativa as regras relativas ao provimento de cargos de direção ou conselhos de administração. A questão, *exempli gratia*, já foi igualmente abordada por esse Colendo Tribunal, nos termos do decidido na ADI 3.403, Relator o Min. Joaquim Barbosa:

“ADI 3403 / SP - SÃO PAULO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 18/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007

DJ 24-08-2007 PP-00023 EMENT VOL-02286-02 PP-00320

RT v. 96, n. 866, 2007, p. 118-120

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.964/2001, DO ESTADO DE SÃO PAULO. REALIZAÇÃO DE EXAMES DE SANGUE EM FUNCIONÁRIOS DE EMPRESAS PÚBLICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. Norma que disciplina acompanhamento preventivo de saúde aplicável exclusivamente a parte do funcionalismo público estadual. Iniciativa parlamentar. Ofensa ao disposto no art. 61, §1º, c, da Constituição Federal de 1988. Ação julgada procedente.”

A Lei nº 13.303, de 2016, constitui-se, assim, em instrumento legislativo **ilegítimo, eivado de inconstitucionalidade insuperável pela via da sanção presidencial**. Nesse sentido, é firme a Jurisprudência desse Excelso Pretório no sentido de que *“a sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. A ulterior aquiescência do chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade”*. (ADI 2.867, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 3-12-2003, Plenário, DJ de 9-2-2007 e ADI 2.305, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 30-6-2011, Plenário, DJE de 5-8-2011).

Como se constata, trata-se de **norma legal ilegitimamente erigida**, que adota uma lógica restritiva à ação das empresas estatais como instrumentos de políticas públicas, sob pretexto de submetê-las a regras de transparência e governança. Estabelece diversos embaraços, muitos deles desnecessários ou excessivos, à gestão das empresas, impedindo seu alinhamento às políticas públicas, promovendo a sua asfixia e engessamento, e impedindo a sua atuação e competição, em sentido inverso ao do art. 173, § 1º, que veda a concessão de privilégios às estatais – mas não autoriza que sejam elas penalizadas em relação aos agentes privados com os quais concorrem.

V - DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI Nº 13.303, DE 2016

Não fosse suficiente a inconstitucionalidade formal retro apontada, padece a Lei nº 13.303, de 2016, de inconstitucionalidades materiais que reclamam a sua expurgação do mundo jurídico, e que passaremos a abordar em seguida.

V.1. Da excessiva abrangência da Lei nº 13.303, de 2016

Em seu art. 1º, a Lei em tela infringe, diretamente, o art. 173, § 1º, da Constituição, submetendo ao seu regime jurídico **a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista** que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços “ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

Tal redação, pelo seu excesso de abrangência, alcançado a totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mostra-se incompatível com o texto constitucional, pois não diferencia, efetivamente, as empresas sujeitas ao Estatuto das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista segundo o tipo de atividade exercida ou suas características, no que se refere ao regime de competição com empresas privadas.

A redação dada ao art. 1º, prevendo a sua aplicação a todas as empresas estatais, e não somente as que exploram atividades econômicas, foi objeto de constantes questionamentos durante as discussões no âmbito do Parlamento, sem que, todavia, tenham sido adequados os seus termos ao estabelece o art. 173, § 1º da CF.

Ora, o art. 173, § 1º da Carta Maior requer que a lei estabeleça “o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias **que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços**”.

Ou seja, empresas estatais que não explorem atividades econômicas **não devem** estar sujeitas a essa Lei, mas às regras aplicáveis aos entes da administração indireta, segundo suas próprias leis de criação, e normas gerais, como a Lei de Licitações, em atendimento, inclusive, ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual **não se aplica** o art. 173, § 1º às empresas estatais que prestam serviço público em regime de monopólio, mas **apenas** às empresas que exploram atividade econômica em sentido estrito, ou seja, com concorrência com o mercado.

Já na Emenda nº 1, apresentada em Plenário pelo Senador Antonio Anastasia, registrava-se essa preocupação:

“É de suma importância observar que, apesar de serem instrumentos de Estado, os regimes jurídicos das prestadoras de serviços públicos e das exploradoras de atividade econômica são distintos.”

As prestadoras de serviço público possuem regime jurídico influenciado pelo direito público em função das atividades por elas desempenhadas, tal como delineado no art. 175 da Constituição da República.

Por outro lado, no regime das entidades exploradoras de atividade econômica, a influência das normas de direito público é mitigada, tanto pra procurar manter a agilidade decisória quanto para evitar concorrência desleal. É o que se extrai do art. 173 da Constituição.

Assim, o estatuto jurídico que ora se pretende estatuir não deveria abranger empresas estatais que prestem serviços públicos, uma vez que o § 1º do art. 17 da Constituição da República, trata da empresa estatal que explora atividade econômica e sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, diferenciando-se daquelas que prestam serviços públicos e que se submetem, portanto, ao regime jurídico previsto no art. 175 da Cr, ou seja, às normas de direito público.”

A tese apresentada nessa emenda, mas rejeitada pelo Congresso Nacional, mostra total compatibilidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal expressa em diversos julgados, tais como a ADI 1.642/MG, Rel. Min. Eros Grau, cujo acórdão foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALÍNEA 'd' DO INCISO XXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.. 3. **Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito 4. **O § 1º do****

artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição à alínea 'd' do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas” (ADI nº 1.642/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 19/9/08). (grifamos)

Destaque-se, ainda, o teor do Voto do Min. Nelson Jobim, no julgamento do RE 220.906, em 16.11.2000, em que Sua Excelência assim destacava a distinção a ser observada:

“É evidente que a atividade econômica a que se referia o texto de 1967/1969, como também o de 1988, é aquela sujeita às regras, no mercado, da livre concorrência. Digo, com EROS ROBERTO GRAU, que se tratava, como se trata para 1988, ‘de atuação do Estado ... como agente econômico, em área de titularidade do setor privado’. A razão da equiparação da empresa pública que participasse de exploração de atividade econômica, com o setor privado é óbvia. O princípio da livre concorrência, expressamente assumido em 1988 (art. 170, V), não se coaduna com a atribuição de benefícios diferenciados à empresa estatal. A empresa estatal não poderia gozar, em relação ao setor privado, de vantagem comparativa. Tudo porque repercutiria, como repercute, nos custos e, por consequência, na fixação dos preços. A regra da livre concorrência seria lesada, com um desequilíbrio de mercado. Se é para atuar no mercado, que seja de forma igual. Essa é a regra. Lembro que 1988 acabou com a vantagem do regime tributário diverso e a EC 19/98 a explicitou. A equiparação de 1988 foi mais longe. Somente admite a concessão de benefícios fiscais às estatais se forem extensivos ao setor privado (art. 173, § 2º). Tudo isso para a preservação da livre concorrência e das regras de uma economia de mercado. Essa foi a opção de 1967/1969, fortalecida em 1988.”

Elucida bem a natureza dessa distinção, de observância obrigatória pelo Legislador, o Voto do Min. Dias Toffoli no RE 580.264 I RS, ao abordar a natureza dos serviços de saúde pública prestados pelas empresas estatais do Grupo Hospitalar Conceição:

“Assim, verifica-se que o serviço de saúde é daqueles serviços denominados como não exclusivos do Estado, visto que pode ser executado por ele ou por

particular, independentemente de concessão ou permissão; ou seja, é um serviço público não privativo do Estado, mas, certamente, por definição constitucional, é um serviço público previsto no art. 175 da Constituição Federal, não podendo ser equiparável a uma atividade econômica em sentido estrito, não se lhes aplicando o disposto no art. 173, §§ 1º e 2º da Carta Magna. Diz respeito a um direito fundamental consagrado por nosso ordenamento jurídico e é, portanto, essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito em nossos Pais, que tem a cidadania como um de seus fundamentos.” (grifo nosso).

Empresas como a INFRAERO e a Empresa de Correios e Telégrafos, por explorarem serviços públicos típicos, e em regime de monopólio, também tiveram reconhecida, pelo STF, a sua não sujeição ao regime a ser aplicado às empresas estatais que explorem atividades econômicas, fazendo jus, inclusive, a imunidade tributária recíproca (RE 363.412 e RE 407009-5; ACO 765, 789 e 959). Veja-se, nesse sentido, o RE nº 354.897, julgado em 17 de agosto de 2004, Relator o Min. Carlos Velloso:

RE 354897 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO

Julgamento: 17/08/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 03-09-2004 PP-00034 EMENT VOL-02162-03 PP-00506

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. – As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido e provido. (grifo nosso)

Ainda merece ser transcrito o decidido no RE 363.412, Relator o Min. Celso de Mello:

RE 363412 AgR / BA – BAHIA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 07/08/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008

EMENT VOL-02333-03 PP-00611

RTJ VOL-00206-01 PP-00407

E M E N T A:

(...)- A INFRAERO, que é empresa pública, executada, como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infra-estrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. 21, inciso XII, alínea "c", da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, "a"), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Conseqüente inexigibilidade, por parte do Município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela INFRAERO na prestação dos serviços públicos de infra-estrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA, QUE REPRESENTA VERDADEIRA GARANTIA INSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DO SISTEMA FEDERATIVO. DOUTRINA. PRECEDENTES DO STF. INAPLICABILIDADE, À INFRAERO, DA REGRA INSCRITA NO ART. 150, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. - A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (caso da INFRAERO), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos." (grifo nosso).

Assim, o Estatuto em tela somente poderia aplicar-se a empresas estatais que explorem atividade econômica *em sentido estrito*, vale dizer, em regime de competição com o mercado, não podendo tal estatuto ser aplicado às empresas prestadoras de serviços públicos ou que atuem em regime de monopólio ou de exclusividade pelo Estado.

Trata-se de norma que, a toda prova, **requer a sua invalidação por essa Corte, pelo excesso de abrangência e imprecisão redacional, ou, pelo menos, interpretação conforme a Constituição**, para que se afaste a sua aplicação a todos os casos mencionados no “caput” do art. 1º da Lei nº 13.303, de 2016, **restringindo-a às empresas estatais que explorem atividades econômicas em sentido estrito**, visto serem apenas essas as empresas que devem assemelhar-se, tanto quanto possível, às empresas privadas, em benefício de sua competitividade e eficiência econômica, afastando-se, por outro lado, quaisquer mecanismos de proteção ou de privilégio.

No mesmo sentido, veja-se que o §1º do art. 1º referido exclui da aplicação do Título I da Lei (mas não dos demais) a empresa pública e à sociedade de economia mista que tiver, em conjunto com suas respectivas subsidiárias, no exercício social anterior, receita operacional bruta inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).

Tal excepcionalidade, ainda que razoável, dada a elevada exigência de requisitos de controle e restrições estabelecidas ilegitimamente pela Lei, de forma a beneficiar empresas de menor parte, demonstra a incompatibilidade do art. 1º com a Constituição, visto que a Carta Magna não comporta a exclusão de empresas que explorem atividade econômica em sentido estrito de seu âmbito de aplicação por força desse critério.

Quanto ao § 2º do art. 1º, estabelece a aplicação das regras relativas ao regime de licitações, cuja edição decorre do permissivo contido no art. 22, XXVII, da Constituição, combinado com o art. 173, § 1º III, inclusive à empresa pública dependente:

“§ 2º O disposto nos [Capítulos I e II do Título II desta Lei](#) aplica-se inclusive à empresa pública dependente, definida nos termos do [inciso III do art. 2º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), que explore atividade econômica, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.”

Nesse caso, tem-se um comando legal que, igualmente, desatende à limitação de escopo estabelecida pelo art. 173, § 1º, visto que o fato de ser a empresa estatal “dependente” ou não é **irrelevante** para os seus fins, sendo mister, apenas, que explore atividade econômica em sentido estrito.

A rigor, pode a empresa pública explorar atividade econômica em sentido estrito, e ser dependente, e não explorar atividade econômica em sentido estrito, e não ser dependente, desde que o serviço público que explore, em regime de exclusividade, seja rentável e suficiente para a cobertura de todas as suas despesas.

Poderia, salvo melhor juízo, a mesma lei dispor de forma diferenciada em relação tanto a empresas de menor porte ou empresas dependentes, simplificando os requisitos e restrições, mas não meramente “afastando” a sua aplicação no todo ou em parte, dado que o escopo da Lei em tela deveria ser o de *favorecer* a competitividade dessas empresas estatais, que operam em regime de competição com o mercado, e não o de tolher a sua atuação.

No mesmo sentido, o Título II da Lei nº 13.303, de 2016, em sua integralidade, refere-se a “DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS PÚBLICAS, ÀS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E ÀS SUAS SUBSIDIÁRIAS QUE EXPLOREM ATIVIDADE ECONÔMICA DE PRODUÇÃO OU COMERCIALIZAÇÃO DE BENS OU DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, AINDA QUE A ATIVIDADE ECONÔMICA ESTEJA SUJEITA AO REGIME DE MONOPÓLIO DA UNIÃO OU SEJA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS”, o que, expressamente, contraria o já citado art. 22, XXVII e o art. 173, § 1, III da CF, segundo o qual as normas diferenciadas de licitação e contratação veiculadas pelo Estatuto das Estatais **somente podem ser aplicadas às empresas que explorem atividades econômicas em sentido estrito**, pois é apenas para essas empresas que se justifica tratamento diferenciado em relação ao conjunto da Administração Pública.

V.1. Da ofensa à autonomia dos Entes Subnacionais

O próprio caráter da Lei nº 13.303, de 2016, como Lei Nacional, dirigida a todas as empresas estatais, indistintamente, – e não apenas às Federais – requer o exame de sua adequação constitucional.

Durante a sua apreciação congressional, o texto então sob exame despertou fundadas dúvidas sobre seu impacto efetivo sobre o conjunto das empresas estatais dos 3 níveis da Federação, de difícil aferição em virtude da diversidade de empresas, níveis de capacidade técnica dos entes federados, mercados e áreas de atuação dessas empresas, composição de seus capitais ou controles, assim como da sua função em cada campo de políticas públicas.

O excessivo detalhamento da norma, desconhecendo as peculiaridades dos diferentes tipos de empresas e atividades exercidas, demonstra que a sua amplitude revela-se incompatível com o disposto no arts. 25 e 30, I e II da Constituição, de modo a tornar inviável aos Entes subnacionais o exercício de suas capacidades de auto-organização.

Curiosamente, o art. 1º, em seus §§ 3º e 4º tenta preservar parcialmente essas prerrogativas, ao assim “atribuir” capacidade normativa aos Poderes Executivos, mas apenas em relação às empresas com receita bruta anual de até R\$ 90 milhões anuais:

§ 3º Os Poderes Executivos poderão editar atos que estabeleçam regras de governança destinadas às suas respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista que se enquadrem na hipótese do § 1º, observadas as diretrizes gerais desta Lei.

§ 4º A não edição dos atos de que trata o § 3º no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação desta Lei submete as respectivas empresas públicas e sociedades de economia mista às regras de governança previstas no Título I desta Lei.

Tal reconhecimento, porém, se dá em caráter “provisório”, pois na ausência da edição de “atos” estabelecendo regras de governança para as empresas em questão no prazo de cento e oitenta dias, o Ente Federado “perde” competência que lhe é intrinsecamente assegurada pela Constituição, decorrente de sua capacidade administrativa federativa. Invade a Lei Federal, assim, a prerrogativa dos entes subnacionais, em afronta ao princípio federativo.

Ao detalhar de forma ampla as regras de governança, critérios para organização e funcionamento, requisitos para sua constituição e tantos outros aspectos da gestão das empresas estatais, a Lei nº 13.303 acaba por não deixar praticamente nenhum espaço a ser suprido pela normatização em nível estadual, distrital ou municipal, e usurpando, assim, a capacidade administrativa dos entes subnacionais.

V.3. Das restrições à investidura em cargos de gestão nas empresas estatais

Merecem exame em particular, quanto à gravidade da ofensa constitucional, o art. 17 da Lei nº 13.303, de 2016.

Por meio desse dispositivo, pretende a Lei estabelecer regras para a investidura de cidadãos em cargos de membros de Conselho de Administração ou em cargos de direção nas empresas públicas e sociedades de economia mista, do ponto de vista de suas qualificações profissionais e integridade, mas indo muito além disso, em ofensa ao princípio da razoabilidade e, ainda, aos direitos fundamentais assegurados pelo art. 5º, XVII e art. 8º, III da Constituição.

Segundo registram Musacchio e Lazzarini³, uma das razões apontadas por estudos internacionais para explicar a “ineficiência” das empresas estatais seria, ao lado da carência de incentivos aos seus gestores e de sistemas de monitoramento adequados, além de outras, a **má seleção dos próprios gestores**.

Contudo, estabelecer critérios e requisitos, e sistemas e métodos para a seleção de dirigentes das empresas estatais requer a observância dos limites impostos pela Constituição, e o reconhecimento de que elas integram o Poder Executivo, e dependem da iniciativa desse Poder para a definição dessas regras, não cabendo ao Legislativo, sem essa iniciativa, adotar tais medidas, tanto mais quando resultam discriminatórias e contrárias aos direitos individuais.

Veja-se que para além da já mencionada invasão de iniciativa privativa, ao fixar como requisitos para investidura em tais cargos requisitos de experiência profissional e formação acadêmica compatível com o cargo, e não estar enquadrado em hipóteses de inelegibilidade, o § 2º define um amplo rol de vedações para tais indicações, a seguir transcritas:

“2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

³ Musacchio, Aldo & Lazzarini, Sergio. Reinventando o Capitalismo de Estado – o Leviatã nos Negócios: Brasil e outros Países. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p. 13.

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.”

No caso do inciso I do § 2º, as restrições mostram-se irrazoáveis, à medida que impedem, diretamente, o exercício da supervisão ministerial por meio da participação de autoridades diretamente relacionadas à gestão das políticas públicas setoriais em conselhos de administração, adotando perspectiva discriminatória, dado que, se a autoridade tiver, simultaneamente, “vínculo permanente com o serviço público”, ou seja, for servidor público civil, ou militar, ou empregado público, estará afastada tal restrição. Exemplificando: se o Ministro de Minas Energia for servidor público ocupante de cargo efetivo em qualquer órgão ou entidade da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou empregado de uma empresa estatal (e.g. Petrobrás, Eletrobrás), poderá ter assento em qualquer conselho de empresa estatal; se, todavia, não o for, estará impedido de exercer essa função.

Igual absurdo se verifica no mesmo inciso I, contrariando o princípio da igualdade firmado no “caput” do art. 5º da Constituição, quando fica impedido de ser nomeado para cargos de diretor ou conselheiro em empresa estatal quem seja dirigente estatutário de partido político, mesmo que licenciado, devendo o indivíduo, assim, renunciar ao exercício de seus direitos políticos para que seja investido em cargos de gestão em empresa estatal.

Da mesma forma, a restrição contida no inciso II do § 2º, em especial, ofende diretamente ao “caput” do art. 5º da CF, pois estabelece impedimento pelo simples fato de o indivíduo haver participado de estrutura decisória de partido político, ou mesmo haver apenas prestado algum tipo de serviço vinculado à organização, estrutura e realização de campanhas eleitorais.

É evidente excesso, que parte da lógica da **criminalização da militância partidária**, ou da concepção de que a simples participação nessas atividades e a posterior investidura em cargos de direção em empresas estatais revela **conduta imprópria a ser punida**. Assim, se o indivíduo pretende, algum dia, exercer cargos em empresas estatais, não poderá ter militância partidária, ou atuação em campanhas políticas, de qualquer espécie, sob pena de ficar “inviabilizado” por trinta e seis meses.

Mais grave ainda é a incompatibilidade prevista no inciso III do § 2º, que impede a investidura tanto em cargo de conselheiro quanto em cargo de direção em empresa estatal “de pessoa que exerça cargo em organização sindical”. Qualquer que seja o cargo, eletivo ou não, exercido em organização sindical, gera a referida incompatibilidade.

O impacto dessa restrição é de enorme gravidade.

A Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010, prevê a participação de representante dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, ressalvadas as empresas que tenham um número inferior a duzentos empregados próprios. Segundo o art. 2º, § 1º da referida Lei, o representante dos trabalhadores será escolhido dentre os empregados ativos da empresa pública ou sociedade de economia mista, pelo voto direto de seus pares, em eleição organizada pela empresa em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

O art. 19 da Lei nº 13.303, de 2016, assegura a participação, no Conselho de Administração, de representante dos empregados e dos acionistas minoritários, assim como a aplicação das normas previstas na [Lei nº 12.353, de 28 de dezembro de 2010](#), à participação de empregados no Conselho de Administração. No entanto, não afasta a restrição contida no inciso III do §2º do art. 17.

Dessa maneira, com a aplicação do inciso III em questão, ficam impedidos de exercer tais cargos os que estejam no exercício de quaisquer cargos em organização sindical. Assim, dirigentes sindicais, delegados sindicais, conselheiros de sindicatos e outros dirigentes sindicais, caso sejam eleitos por seus representados para exercerem tais cargos de conselheiros, estarão impedidos de exercer ambas as representações, hipótese de vedação que não tem guarida constitucional.

Acham-se nessa condição algumas dezenas de dirigentes sindicais, legitimamente eleitos tanto para cargo de direção sindical como para representar os trabalhadores nos conselhos de administração de empresas estatais, e cuja continuidade nos respectivos mandatos acha-se imediata e irremediavelmente ameaçada, se não inviabilizada, pela norma ora questionada.

Ao assim dispor, simultaneamente fere a norma, também, o art. 8º da CF, que assegura a livre associação profissional ou sindical, de que é corolário votar e ser votado para cargos de direção sindical, restringindo, ainda, o exercício da representação sindical plena, assegurado pelo inciso III desse artigo.

Ora, se ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, **é corolário dessa garantia que aos seus dirigentes seja plenamente assegurado o direito de representação**

dos trabalhadores que compõem a mesma base de representação em conselhos de empresas estatais, como prevê, inclusive, a Lei nº 12.353, de 2010.

Ademais, se o fato de ser votado e eleito para tais cargos acarreta ao indivíduo uma **redução de sua capacidade civil**, pois não poderá exercer cargo de conselheiro de empresa estatal, nem mesmo na condição de eleito pelos seus pares para essa finalidade, tem-se uma limitação às suas garantias individuais que, igualmente, contraria o “caput” do art. 5º da CF e seu inciso XVII, comprometendo a sua liberdade de associação sindical.

Como preleciona Carlos Roberto de Silveira Castro, o princípio da razoabilidade, conquanto não seja expresso, mas implícito na ordem constitucional, deve ser observado para a delimitação do exercício legítimo da atividade legislativa, sendo nula a Lei que não o atenda. Segundo esse Autor,

"A moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais. Isto quer dizer que a norma classificatória não deve ser arbitrária, implausível ou caprichosa, devendo, ao revés, operar como meio idôneo, hábil e necessário ao atingimento de finalidades constitucionalmente válidas. Para tanto, há de existir uma indispensável relação de congruência entre a classificação em si e o fim a que ela se destina. Se tal relação de identidade entre meio e fim – “mens-end relationship”, segundo a nomenclatura norte-americana - da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “razoabilidade” e de “racionalidade”, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política." (in CASTRO, Carlos Roberto de Silveira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. São Paulo: Forense, 1989).

A irrazoabilidade da restrição se coloca ainda mais evidente quando se alega que, para exercer a representação dos trabalhadores no Conselho de Administração, **bastaria ao trabalhador renunciar ao cargo de direção ou representação sindical para o qual tenha sido anteriormente eleito**. E, durante o prazo em que estiver investido em cargo de conselheiro, ficará, por óbvio, impedido de vir a disputar qualquer cargo eletivo sindical, exceto se renunciar ao cargo de conselheiro.

Trata-se de um “embargo” ou cassação de direitos para dirigentes sindicais que não encontra guarida no sistema constitucional pátrio, e ainda, fere o espírito da Lei nº

12.353, de 28 de dezembro de 2010, que prevê a eleição pelos trabalhadores de um representante em cada conselho de Administração de empresa com mais de 200 empregados.

Ora, proibir que o representante eleito seja ocupante de cargo na organização sindical, obrigando-o a renunciar ao mandato sindical ou abrir mão de candidatar-se ao cargo de conselheiro, **é invasão na autonomia sindical**, e contraria o art. 8º da Constituição.

Com o propósito de assegurar a liberdade sindical e proteger o direito de sindicalização, a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, de 1948, que estabelece a liberdade associativa para fins sindicais e o direito de todos os trabalhadores e empregados de constituir organizações representativas de seus interesses e de a elas se filiar, sem prévia autorização, dispondo, ainda, sobre outras garantias instituições para o seu livre funcionamento, sem ingerência das autoridades governamentais. A Convenção nº 87, que é uma das convenções fundamentais da OIT, e integrante da Declaração de Princípios Fundamentais e Diretos do Trabalho, de 1998, assim prescreve:

“Art. 2 — Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas.

Art. 3 — 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores terão o direito de elaborar seus estatutos e regulamentos administrativos, de eleger livremente seus representantes, de organizar a gestão e a atividade dos mesmos e de formular seu programa de ação.

2. As autoridades públicas deverão abster-se de qualquer intervenção que possa limitar esse direito ou entravar o seu exercício legal.”

Para que não haja, assim, prejuízo à legitimidade do exercício da representação dos trabalhadores pelo dirigente sindical, **impõe-se a declaração de nulidade do referido inciso III ou, pelo menos, a interpretação conforme de modo a que o seu teor não se aplique ao representante eleito pelos trabalhadores nos termos da Lei nº 12.353, de 2010.**

V.4. Do estabelecimento de regras mais restritivas às Empresas Estatais que as vigentes para empresas privadas

Igualmente se mostra inconstitucional, em face do art. 173, § 1º da CF, a Lei nº 13.303 ao fixar, para as empresas estatais, em seu conjunto, e em particular às que

explorem atividades econômicas em regime de competição com o mercado, regras que não são aplicáveis às empresas privadas que atuem nos mesmos segmentos.

Entre essas exigências, destaca-se o art. 24, impondo-lhes, à guisa de transparência ou mecanismos de governança, a **exigência legal de constituírem comitês de auditoria, com a participação de membros independentes**, dotado de amplo rol de competências, inclusive fiscalizatórias, sobre a gestão da empresa.

Não obstante seja inovação reputada como positiva, voltada à melhor gestão empresarial, trata-se de requisito que não é de observância obrigatória pelas empresas privadas de qualquer porte, mas facultativa, e cuja inexistência não impede a sua atuação empresarial, podendo, quando muito, ser critério de valoração de suas ações quando negociadas em bolsas de valores.

Da mesma forma, implica em solução discriminatória frente às empresas privadas a exigência contida no art. 22 e 25, que obrigam as empresas sujeitas à Lei nº 13.303 a reservarem 25% das composições de seus conselhos de administração e a maioria das vagas nos referidos “comitês de auditoria” a membros independentes, conforme definido nos termos do § 1º do art. 25. Tal previsão legal, ademais, demonstra ofensa ao princípio da razoabilidade, na medida em que essas obrigações independem da forma de composição do capital da empresa, ou seja, aplica-se indistintamente a empresas públicas – em que não há acionistas privados – e a sociedades de economia mista, e, no caso destas, sem guardar proporção com a participação de acionistas minoritários, que estariam, assim, representados de forma desproporcional nas decisões dos referidos conselhos.

O mesmo vício de constitucionalidade se vislumbra no art. 7º, que determina a aplicação “a todas as empresas públicas, as sociedades de economia mista de capital fechado e as suas subsidiárias” das disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e das normas da Comissão de Valores Mobiliários sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras, inclusive a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado nesse órgão. Ou seja, mesmo não sendo empresa estatal cujo capital seja constituído por ações, e, portanto, não sujeita à Lei das Sociedades Anônimas, a empresa pública deverá observar as regras dessa Lei, **o que não é exigido de empresas privadas na mesma situação.**

Igualmente se dá essa disparidade de tratamento quando o art. 16 prevê que “o administrador de empresa pública e de sociedade de economia mista é submetido às normas previstas na [Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976](#)”, ou seja, mesmo não sendo a empresa pública constituída sob a forma de sociedade anônima, estarão os seus dirigentes

subordinados a um regramento que não se aplica de forma isonômica aos seus eventuais competidores.

Tais exigências contrariam a disciplina igualitária do art. 173, § 1º, II da Constituição, segundo o qual a Lei em tela deveria dispor sobre “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Tem-se, assim, no caso das empresas estatais sob a forma de economia mista, um tipo “diferenciado” de sociedade anônima, ao qual, além da própria Lei das Sociedades Anônimas – que já prevê regramentos gerais e uniformes para empresas privadas ou estatais – deverá observar restrições ao seu funcionamento que não decorrem diretamente da Constituição, da sujeição parcial ao regime de direito público, ou de sua relação com o ente supervisor, mas que podem interferir em sua gestão, em prejuízo da competitividade que, em tese, o Estatuto das Estatais deve resguardar.

Ao dispor sobre tais diferenciações, submetem-se as empresas estatais a regramentos aos quais suas concorrentes não estão sujeitas, produzindo-se distinções anômalas e incompatíveis com a *mens legislatoris* e com a *mens legis*, que jamais imaginaram que o Estado pudesse legislar, para além do que determina a Carta Magna, contra seus próprios interesses.

VI - DO PEDIDO

VI.1 DA MEDIDA CAUTELAR

Urge a concessão da medida cautelar, suspendendo-se até a conclusão do julgamento da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Lei nº 13.303, de 2016, **em sua totalidade**, ou, **pelo menos, os seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25**, em vista da lesão ao texto constitucional, mormente pelo fato de a referida Lei resultar de processo legislativo espúrio e, ainda, incorrer em graves ofensas aos direitos e garantias individuais, à autonomia dos entes da Federação e ao princípio da razoabilidade.

Há que ser considerada a imperatividade da suspensão liminar, presente o *fumus boni juris*, pelas razões de direito já aduzidas nesta Inicial, e o *periculum in mora*, eis que a cláusula de vigência da Lei não previu qualquer prazo para a produção de seus efeitos,

entrando em vigor com a sua publicação no Diário Oficial da União em 1º de julho de 2016, a partir do qual passaram a defluir prazos como o fixado no art. 1º, § 4º, e art. 195, segundo os quais no prazo de cento e oitenta dias os entes federados e as empresas estatais deverão adotar medidas para a implementação da lei em questão.

Igualmente, já se acham em vigor, para o conjunto das empresas estatais, regras relativas a compras e contratações, atingindo situações que, por não estarem sob a alçada de empresas que poderiam estar sujeitas ao disposto no inciso III do § 1º do art. 173 da Constituição, promoverão atos como compras e contratações, inclusive com dispensa de licitação, mediante a aplicação de regras que não se dirigem a elas.

Da mesma forma, processos eleitorais em curso, ou que se iniciaram a partir de 1º de julho de 2016, para a escolha dos representantes dos trabalhadores nas empresas estatais, poderão estar contaminados pela restrição à participação de dirigentes sindicais, que não poderão exercer cumulativamente as duas representações, devendo, de forma indevida, renunciar a uma dessas condições.

Restrições igualmente ilegítimas, impedindo a investidura de cidadãos em cargos de direção e em conselhos de empresas estatais, já se acham em vigor, com efeitos imprevistos sobre o universo das empresas estatais, nos três níveis de Governo.

Assim, reside o *periculum in mora* no fato de que, mantida a lei ilegitimamente editada, e os seus efeitos injurídicos, as situações por ela produzidas são de difícil reversão, o que reclama a imediata atuação do Poder Judiciário.

Impõe-se, assim, a medida cautelar para que seja reparada a lesão perpetrada pela Lei nº 13.303, de 2016, formalmente inconstitucional, e também materialmente contrária à ordem constitucional.

Pelo exposto, requerem a **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – FENAEE e a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT**, que esse Supremo Tribunal Federal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, **MEDIDA CAUTELAR**, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário, para **suspensão da eficácia da Lei nº 13.303, de 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, exclusivamente, **às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.**

VI.2 DO PEDIDO FINAL – NO MÉRITO

Por tudo isto, e, sobretudo, por verificar-se a violação ao texto constitucional em toda a extensão da Lei nº 13.303, de 2016, e especificamente nos seus 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25, a **FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DO PESSOAL DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – FENAE** e a **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO - CONTRAF/CUT**,

REQUEREM,

1. Sejam citados o Presidente da República para que preste as devidas informações nos termos do disposto no art. 170 do RISTF, o Advogado-Geral da União para vir defender a constitucionalidade do dispositivo impugnado, e ouvido o Procurador-Geral da República;
2. Seja, ao final, julgado procedente o pedido para **declarar a inconstitucionalidade da Lei nº13.303, de 30 de junho de 2016, ou pelo menos, dos seus artigos 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25**, aplicando-se, nesse caso, **interpretação conforme a Constituição** para que as demais normas sejam direcionadas, exclusivamente, às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica em sentido estrito, em regime de competição com o mercado.

Atribui-se a causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nestes Termos

Pede Deferimento.

Brasília/DF, 16 de novembro de 2016.

LUIZ ANTÔNIO VIUDES CALHÃO FILHO
OAB/DF 41.269

LUIZ ALBERTO DOS SANTOS
OAB-DF 49.777 – OAB-RS 26.485