

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Anoto, inicialmente, que a presente ação me foi distribuída por dependência à ADI 5.624/DF, de minha relatoria, na qual também foi questionada a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Ainda, como observação preambular, lembro ter assinalado que algumas das relevantes questões trazidas na inicial daquele feito, apenas seriam

“[...] aprofundadas por ocasião do julgamento do mérito, notadamente quanto à competência legislativa da União para tal regramento no que tange às estatais pertencentes aos demais entes federativos e relativamente à aplicação da referida lei também às empresas que prestam serviço público, para além daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito.”

Acrescentei, ainda, que,

“[n]essa mesma perspectiva, penso que a análise de eventual vício de iniciativa na propositura da lei, bem como a questão relativa à conveniência política de sua edição não cabem neste momento processual. O mesmo diga-se quanto ao equilíbrio previsto pela lei entre simplificação dos procedimentos de contratação, inclusive quanto ao dever de licitar, e a instituição de maiores mecanismos de controle.”

Pois bem. O art. 173 da Constituição Federal prevê que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será sempre excepcional, quer dizer, legitima-se apenas quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Essa exploração poderá se dar pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mistas, bem como por meio de subsidiárias, as quais poderão desenvolver a produção ou a comercialização de bens ou a prestação de serviços.

Considerando, portanto, que a exploração de atividades econômicas foi reservada, pela Carta Magna, aos particulares, como expressão do direito à livre iniciativa, e tendo em conta que ao Estado só é dado intervir nesse âmbito de forma indireta, ou seja, na qualidade de agente normativo e

regulador – salvo em circunstâncias excepcionais, como visto acima –, passo a fazer, na sequência, um exame mais detido do art. 173, § 1º, II, na redação que lhe deu a EC 19/1998.

O referido dispositivo constitucional estatuiu, no § 1º, que “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”, consignando, a seguir, que tal regramento disporia sobre:

“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.”

Ao comentar tal preceito, José Afonso da Silva consigna que

“[a] Constituição atribui à lei ordinária o estabelecimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, seja daquelas que explorem atividade econômica de produção e de comercialização de bens, como daquelas que prestem serviços. Entenda-se esta última cláusula: e *mpresas públicas e de economia mista que explorem a atividade econômica de prestação de serviços* . Trata-se, pois, da atividade do terceiro setor da economia, **n ão da prestação de serviços públicos** , que não é exploração de atividade econômica e nem pode estar sujeita aos condicionamentos do *caput* - imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei -, **pois que esses elementos são da essência dos serviços públicos** . O núcleo do dispositivo em análise consiste no estabelecimento do estatuto jurídico daquelas empresas estatais. Estatuto jurídico é um conjunto de normas que disciplinam o funcionamento dessas empresas, estatuidando sobre sua competência, área de atuação, direitos, deveres, ônus e obrigações. Mas o artigo em comentário já fornece um conteúdo essencial da lei, enumerando aspectos básicos da disciplina jurídica daquelas empresas, **tendo em vista especialmente seu tratamento**

igualitário em relação às empresas privadas, seu compromisso com a ética da atuação do Poder Público e a responsabilidade pela boa administração do patrimônio público, já que, como empresas estatais, integram o patrimônio público estatal.”

Quanto a tal questão, é pacífica a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que a lei que estabelece o estatuto jurídico das empresas estatais somente **alcança aquelas que exploram atividade econômica em sentido estrito**, conforme se depreende, por exemplo, da ementa a seguir transcrita::

“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 ASSEMBLÉIA 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.

[...]

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*.**” (ADI 1.642/MG, Rel. Min. Eros Grau; grifei).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes: RE 599.628/DF, Red. Min. Joaquim Barbosa, Tema 253 da Repercussão Geral; RE 596.729-AgR/SC, de minha relatoria; e RE 407.099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso.

No voto condutor desse último precedente, o relator consignou que

“[...] o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, **esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173 aplicam-se com observância do comando constante do caput . Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173**” (grifei).

Não obstante o consolidado entendimento jurisprudencial, nota-se, a partir da leitura do art. 1º da Lei 13.306/2016, que o legislador ordinário pretendeu elaborar um estatuto jurídico que abrangesse todas as empresas estatais, compreendendo, inclusive, os três níveis político-administrativos da Federação, estabelecendo que ela se aplica indistintamente a todas

“[...] que explore[m] atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, a **inda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos**” (grifei).

Marçal Justen Filho, no entanto, ensina que “[a] Lei das Estatais não alcança toda e qualquer entidade estatal prestadora de serviço público”, explicando o seguinte:

“[a] Lei 13.303/2016 não se aplica às sociedades estatais não empresárias, que não se subordinam à vedação constitucional de tratamento diferenciado em face da iniciativa privada. Essa categoria compreende, basicamente, algumas das sociedades estatais investidas na prestação de serviços públicos.”

Tal assertiva é corroborada pela constatação segundo a qual os §§ 2º ao 7º do art. 1º da Lei das Estatais trazem disposições que reforçam o referido entendimento, como pode ser visto abaixo:

“§ 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.

[...]

§ 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes [...].”

Delimitado, assim, o âmbito de incidência da Lei 13.303/2016, vale assinalar, por oportuno, que esse texto normativo, ao instituir o estatuto das empresas mencionadas no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, além de prescrever regras sobre licitações e contratos,

“[...] estabeleceu disposições obrigatórias sobre organização corporativa e provimento de cargos de comando, mercê de um movimento mundial de fortalecimento da governança corporativa e do *compliance* nas empresas em geral.

Esse fortalecimento passa pelo aprimoramento do conjunto normativo e estrutural das empresas estatais brasileiras, pela ampliação dos requisitos de transparência e de profissionalização dos respectivos quadros, além de, obviamente, exigir diretrizes adequadamente gerenciadas pelas entidades políticas controladoras.

A Lei 13.303/16, em obséquio às noções de *compliance* e de boa governança, estipulou uma série de políticas que se apresentam como diretrizes obrigatórias a serem observadas pelas empresas estatais. Tais políticas devem estar alinhadas às finalidades que justificaram a existência das empresas estatais, respeitando os demais sócios e financiadores.”

A Lei das Estatais, portanto, incorporou ao nosso sistema jurídico inúmeras regras de governança corporativa, indiscutivelmente positivas, que contribuem para conferir mais transparência, controle, previsibilidade e imparcialidade às atividades das empresas estatais a ela submetida.

Alexandre Santos de Aragão, a propósito, assinala que

“[o] Estatuto teve uma grande importância, contendo nove referências expressas ao instituto, espelhadas em dezenas de normas de transparência e publicidade, de auditorias interna e externa (ex.: arts. 9.º, § 3.º, e 24), de gestão de riscos (art.9.º), Código de Conduta e Integridade (art. 9.º, § 1.º), membros independentes do conselho de administração (art. 22), metas para seus diretores (arts. 13, III; 18, IV; e 23), bem como de requisitos e vedações para a designação dos seus diretores e membros dos conselhos de administração e fiscal, visando a evitar a excessiva influência de interesses políticos sobre a administração das estatais, o que também tenderia a favorecer malversações de recursos (ex.: arts. 17 e 26), com um órgão específico para fiscalizar o atendimento a esses requisitos e vedações (art. 10) e limite de prazos para a ocupação da posição (art. 13, VI e VIII).

Vimos assim que o Estatuto reforça essa via de mão dupla entre a inserção de preocupações sociais e de moralidade, impessoalidade e eficiência na governança corporativa privada, e a adoção pela legislação do Estado sobre suas empresas de critérios e procedimentos oriundos originariamente da governança corporativa privada.”

Diante dessas considerações, afigura-se conveniente confrontá-las com os incisos I e II do § 2º do art. 17, questionados nesta ação de controle concentrado, os quais tratam de proibições relativas à designação de diretores e membros dos conselhos de administração das empresas estatais, *verbis* :

“Art. 17. [...]

[...]

§ 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” (grifei).

O *caput* do dispositivo supratranscrito, é bem verdade, estabeleceu inovações altamente moralizadoras quanto aos requisitos necessários à nomeação de administradores das empresas estatais, prescrevendo que estes “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, bem assim, de forma cumulativa, os requisitos dos incisos II e III”, a seguir transcritos:

- “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 conexa 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.”

Como se nota, houve uma sensível ampliação das exigências para a nomeação dos administradores de tais empresas, em comparação com aquelas abrangidas nos arts. 142 a 152 da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas), texto normativo ao qual as estatais continuam submetidas, por força do art. 16 da Lei 13.303/2016. A expansão dos requisitos foi concebida, imagina-se, com o propósito de assegurar que a administração das empresas públicas e sociedades de economia mista seja levada a termo com o mais elevado grau de profissionalismo e eficiência.

Contudo, não obstante os bem-intencionados propósitos do legislador nesse aspecto, a Lei das Estatais foi muito além das limitações já positivadas no ordenamento jurídico, criando hipóteses de vedação à indicação de administradores “que funcionam como impedimento absoluto à nomeação”, segundo Fernão Justen Oliveira, fundado “no reconhecimento da titularidade de interesses em conflito, mesmo potencial, com os inerentes à empresa estatal”.

É que essas proibições, além de não levarem em conta nenhum parâmetro de natureza técnica ou profissional com vistas a garantir a boa gestão das empresas estatais sob escrutínio, introduziram no texto legal preocupações alheias a tal âmbito.

Essa conclusão pode ser extraída do Parecer 1.188/2015, subscrito pelo relator do PLS 555/2015, Senador Tasso Jereissati, sobre as emendas apresentadas ao projeto de lei, do qual vale transcrever os excertos abaixo:

“Alteramos o inciso II do art. 16 para modificar as exigências de acesso para os membros do conselho de administração e da diretoria, estabelecendo em 3 anos o tempo de experiência em cargo de direção ou chefia superior em empresa de mesmo porte ou de objeto social semelhante ao da respectiva empresa pública ou sociedade de economia mista, ou cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 no setor público.

Foi acrescentado, no mesmo art. 16, o inciso IV, com o propósito de **trazer para o âmbito da legislação que rege as empresas estatais, os critérios adotados pela Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 (Lei das Inelegibilidades), com as alterações trazidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), como instrumentos moralizadores da administração pública**. Muito embora o *caput* do art. 16 já determine a necessidade de reputação ilibada, entendemos que o momento histórico recomenda a explicitação de determinadas condutas que, apesar de não exaustivas, **reafirmam a preocupação do legislador em zelar pelo princípio da moralidade**. A alínea a do § 2º do art. 16 foi alterada com a finalidade de estender a vedação da indicação para o conselho de administração e para a diretoria aos secretários estaduais e municipais, **contribuindo assim para a profissionalização da gestão, a redução de riscos de aparelhamento das empresas públicas e a prática de indicação de dirigentes públicos para compor conselhos de administração com o objetivo de lhes garantir remuneração extra**. Essa modificação, ademais, livra da vedação supramencionada servidores de carreira

que, embora ocupantes de cargos em comissão, têm vínculo permanente com as estruturas do Estado e, em função disso, mereceram tratamento diferenciado” (grifei).

Em outra oportunidade, ao proferir o Parecer 205/2016-Plen, o mesmo Senador Tasso Jereissati fez as seguintes ponderações:

“E ficarão, Senador Renan, quatro pontos com relação aos quais nós não chegamos a um acordo, porque eu considerei como fundamental, pareceu fundamental para o projeto, para o centro, para o objetivo do projeto. Esses pontos já foram ditos aqui. **Um deles é a questão da proibição de ministros e políticos e cargos comissionados que não sejam de servidores públicos fazerem parte dos conselhos de administração de empresas .**

Esse é um ponto de que nós não abrimos mão, porque é **fundamental para a transformação da mentalidade de governança das empresas públicas ou das empresas mistas .** Não é apenas porque hoje se usa o conselho das estatais para complementação salarial de cargos comissionados e de ministros. Isso é o menos grave. O mais grave é desrespeitar aquilo que é o coração de um sistema de governança, o conselho de administração.

As pessoas, às vezes, Senador Aloysio, confundem muito gestão com governança. Gestão, o movimento de gestão, de administração, quem faz são os executivos. A governança, o controle e a avaliação da gestão são feitos pelo conselho. E **o conselho tem que ser tão bom ou melhor ou mais qualificado ou tão qualificado quanto a equipe de gestão .** No momento em que usa o conselho de administração, que é um órgão fundamental de gestão, para o simples preenchimento ou político... ou partidário ou com fim de complementação salarial, você já está destruindo um mecanismo fundamental de governança, que é o conselho de administração, fazendo com que aquilo que nós todos desejamos que se encontre, a competência, a eficiência e a transparência das empresas estatais, os elementos dela sejam completamente destruídos.

Aí nós encontramos dois pontos de que discordamos. Um é o do conselho de administração, a proibição de participação de ministros e de cargos comissionadas. Aqui foi dado um exemplo, se não me engano, pelo Senador Lindbergh, que disse: ‘Não é possível que o ministro da fazenda não possa ser presidente do conselho do BNDES!’ Nada contra o fato em si, contra o fato de que o ministro da fazenda [...].

É simplesmente porque ele não tem tempo. O profissional de administração de conselho tem que ter tempo e dedicação, tem que estar totalmente envolvido naquele assunto , porque ele é responsável

pela grande avaliação, pelas grandes estratégias e pela fiscalização de cada uma dessas empresas estatais. Se é um ministro, como nós já vimos um caso aqui, durante essa recente história do Brasil, no último ano [...].

E estamos repletos de casos como esses. A pessoa diz: 'Eu era do conselho, mas não vi, eu não prestei atenção. Eu não pude ler determinado relatório.' Claro que não pôde ler determinado relatório, porque é impossível fazer as duas coisas ao mesmo tempo. Então é pela preservação do conselho de administração como órgão sério, responsável e altamente qualificado que nós defendemos essa circunstância.

A outra colocação é feita também em relação aos partidos políticos. Nós defendemos que filiados a partidos políticos não participem da direção, para evitar que esses conselhos sejam partidarizados e que, ao invés de olhar, cada um deles, o bem da empresa, o equilíbrio da empresa, a eficiência e a estratégia de longo prazo da empresa, eles estejam preocupados e representando situações político-partidárias que não têm nada a ver com a eficiência, com a gestão ou a administração daquela empresa."

Ocorre que as disposições questionadas nesta ação de controle concentrado de constitucionalidade, em que pesem as louváveis intenções do legislador, repita-se, cujo escopo foi o de evitar o suposto aparelhamento político das empresas estatais, bem assim o de imunizá-las contra influências espúrias, na verdade, acabaram por estabelecer discriminações desarrazoadas e desproporcionais – por isso mesmo inconstitucionais – contra aqueles que atuam, legitimamente, na esfera governamental ou partidária.

Para começar, elas violam frontalmente o princípio da isonomia e o preceito – basilar numa democracia – segundo o qual ninguém pode ser privado de direitos por motivo de convicção política, respectivamente abrigados no *caput* e no inciso VIII do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, Celso de Mello, acertadamente pontua, em sede acadêmica, que

"[a] liberdade de consciência constitui o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades de pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidário, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular."

Como é notório, uma restrição de direitos de tal ordem somente poderia ser estabelecida pelo próprio texto constitucional, conforme ocorre no caso dos magistrados (art. 95, parágrafo único, III, da CF), dos membros do Ministério Público brasileiro (art. 128, § 5º, II, da CF) e dos militares (art. 142, § 3º, V, da CF).

Cumprido lembrar, ainda, nessa linha de raciocínio, que partiu do próprio legislador constitucional a proibição imposta aos parlamentares de ocupar cargo, emprego ou função em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, inclusive, sob pena de perda do mandato (art. 54, I, b e II, b, da CF/1988).

As vedações impugnadas na inicial também vulneram a cláusula especial do direito à igualdade, consagrada na ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas (art. 37, I, da CF/1988), a qual somente admite o estabelecimento de requisitos positivos de qualificação técnico-profissional compatíveis com o seu exercício.

Quanto à vedação da indicação de pessoa que, nos últimos 36 meses, tenha integrado a estrutura decisória de partido político ou participado em trabalho vinculado à organização, estruturação e realização de campanha eleitoral (art. 17, § 2º, II), entendo que tal prazo se mostra completamente desarrazoado, carecendo, ademais, de adequado fundamento na realidade fática, sobretudo quando comparado à proibição instituída em relação àquela que exerça cargo em organização sindical (art. 17, § 2º, II), para a qual a Lei das Estatais não estabeleceu nenhum prazo de desincompatibilização.

Aqui vale lembrar que o constituinte derivado – e só ele poderia fazê-lo – proibiu aos magistrados “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, **antes de decorridos três anos do afastamento do cargo** por aposentadoria ou exoneração” (art. 95, parágrafo único, V, na redação dada pela EC 45/2004; grifei).

Interessantemente, mesmo que em situações distintas, mas com propósitos semelhantes, a Lei 12.813/2013 também pressupõe a existência de conflito de interesse no tocante a pessoas que tenham exercido cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, **mas por um período bem**

inferior ao previsto na Lei das Estatais , a saber, por apenas 6 meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria (art. 6º, II), quer dizer, menos de ¼ do prazo previsto no art. 17, § 2º, II desse último diploma normativo, e, mesmo assim, admitindo seja ele desconsiderado se houver autorização expressa da Comissão de Ética Pública ou da Controladoria-Geral da União.

Em outras palavras, a Lei 12.813/2013, além de fixar um prazo significativamente menor para a desincompatibilização, permite a análise, caso a caso, das distintas situações que ocorrem na multifacetada realidade fática, evidenciando, assim, que a presunção de conflito de interesse não pode ser absoluta e intransponível, como estabelecida na hipótese de Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais e de outros agentes públicos e privados indigitados na Lei 13.303/2016, mesmo que tenham a experiência e a aptidão exigidas pelo ordenamento jurídico para a gestão de empresas estatais, e não obstante sejam pessoas idôneas e de boa reputação.

A esse respeito, leciona o Professor Mario Engler Pinto Junior

“Compreende-se a preocupação da Lei das Estatais em afastar do conselho de administração os agentes políticos que compõem a cúpula do Poder Executivo, a exemplo de ministros e secretários de Estado, além de outros ocupantes de cargos em comissão. A solução, porém, pode ser questionada por seu radicalismo e sua parcialidade na medida em que impede que um representante qualificado do acionista controlador tenha assento no órgão colegiado, ao mesmo tempo em que permite a participação de servidores de carreira da administração pública e integrantes do quadro de pessoal da própria companhia.”

Por oportuno, reputo necessário transcrever trecho da manifestação do Advogado-Geral da União, segundo a qual:

“[...] não se revela harmônico com os princípios da proporcionalidade e da isonomia, tampouco com a boa-fé objetiva norteadora dos atos jurídicos, a presunção de que ocupantes dos cargos mencionados no inc. I do § 2º do art. 17 comportar-se-ão em conflito com a lei ou com a Constituição ao desligarem-se das funções e passarem ao exercício de direção em empresa estatal.

[...]

Em relação ao inciso II do § 2º do art. 17, o qual prevê quarentena de 36 (trinta e seis meses) para indicação de pessoa que tomou parte de decisão de partido político ou trabalhou ativamente em campanha eleitoral, cumpre observar que não se pode, *a priori*, punir a participação político-partidária. Tem-se aqui também vituperado o direito fundamental à liberdade de expressão política, inculcado no inc. XIII do art. 5º da Lei Maior.

[...] não se verificam, ainda, nem a necessidade, nem a adequação da medida. Quanto à desnecessidade, porque aplicáveis ainda à espécie todos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, bem como disposições da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas); da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), além da já referida Lei nº 12.813/2013, as quais reduzem a discricionariedade na gestão da empresa. Quanto à adequação, tais restrições teriam o efeito adverso de afastar, de pronto, potenciais quadros com alta qualificação e experiência para as funções diretivas das estatais” (págs. 13-20 do documento eletrônico 23).

Dessa forma, a meu ver os dispositivos legais impugnados ferem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, apesar de não encontrarem definição explícita na Constituição, decorrem implicitamente do preceito abrigado em seu art. 5º, LIV, de acordo com o qual “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para o Supremo Tribunal Federal, tais postulados exercem o importante papel de coibir atos administrativos ou legislativos extravagantes. Veja-se, a propósito, trecho da decisão proferida no RE 374.981/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, *litteris* :

“O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente aquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado

constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”

Em sede acadêmica, mais especificamente no âmbito do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello traz relevante aporte para a compreensão desses conceitos, afirmando que a razoabilidade, corresponde ao emprego de “critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, ao passo que a proporcionalidade exige que determinada ação seja exercida “na extensão e intensidade condizente com o cumprimento da finalidade pública à qual está atrelada”.

Para realçar a impropriedade das vedações impugnadas na presente ação, vale transcrever interessante observação formulada por Alexandre Santos de Aragão, na qual pondera que

“[...] mesmo técnicos muito competentes e empregados de carreira das estatais podem ser instrumentalizados por interesses subalternos externos, como foi o caso por exemplo do **que aconteceu na Petrobras como revelado pela Operação Lava Jato, em que os empregados responsáveis pelos atos apurados eram todos técnicos de carreira** . Sobre o tema, ver a reportagem de ‘O Globo’, de 02.07.2016, intitulada ‘ **Nova Lei das Estatais não teria efeito na Petrobras** . Ex-diretores da Companhia condenados eram funcionários de carreira’.”

Em complemento, assevera:

“A CVM, em decisão do colegiado de 27.12.2016, decidiu que os requisitos e vedações do art. 17 se aplicariam em sua totalidade necessariamente por identidade de razões, não só aos dirigentes das próprias estatais, como às indicações por estas feitas em empresas que não sejam estatais. Não podemos concordar com esta posição.

Concordamos que um agente que atua em nome do Estado deve sempre ter restrições (não pode, por exemplo, indicar alguém sem preparo algum em empresa privada onde o estado é minoritário só porque é amigo do governador), mas daí a estender um conjunto de regras específicas e detalhistas feitas para outras situações, não é possível juridicamente. **Os princípios do caput do art. 37, CF, e as normas de abuso de controle já seriam suficientes para uma análise**

republicana caso a caso, além do §7.º do art. 1.º do Estatuto das Estatais, talhada especificamente para as situações de participação minoritária de estatais em empresas privadas, se silenciar a respeito.”

Logo, a alegação de que os dispositivos impugnados servem para reduzir o risco de captura da empresa estatal por interesses político-partidários ou sindicais, fator supostamente responsável por alguns casos notórios de corrupção, não se sustenta.

Assim, é possível antever que os dispositivos legais questionados, de um lado, mostram-se inadequados ou até mesmo ineficazes para atingir o propósito de impedir eventual desvio de finalidade ou malversação de recursos públicos, mediante uma alegada profissionalização da gestão de empresas estatais, revelando, por outro lado, evidente excesso na restrição de direitos dos distintos candidatos a gestores, mesmo porque existem meios menos gravosos para atingir o mesmo desiderato.

Com efeito, basta que sejam observadas as restrições constantes do art. 37 da Constituição e de outros diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo das já mencionadas Leis 6.404/1976 (Lei das S/A) e 12.813/2013 (Lei sobre conflito de interesses), bem assim a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), além daquelas constantes da própria Lei 13.303/2016, dentre outras, suficientemente aptas para reduzir a discricionariedade dos governantes na escolha dos administradores de empresas estatais.

Permito-me, ainda, acrescentar que tenho invocado reiteradas vezes, tanto em escritos doutrinários, quanto em votos e decisões, o princípio republicano, o qual configura “o núcleo essencial da Constituição”, a lhe garantir certa identidade estrutural, estando abrigado logo no art. 1º da Lei Maior.

Nessas minhas manifestações enfatizo que, na tradição republicana, há um núcleo principiológico que impõe aos cidadãos o dever de participar da vida pública, para que se engajem na busca de soluções comuns para os problemas que decorrem naturalmente da vida em sociedade.

O republicanismo, portanto, valoriza a atuação de todos na gestão da coisa pública, “sendo a atividade política ‘a verdadeira seiva que anima a

vida da sociedade'''. Por isso, penso que afastar indiscriminadamente pessoas que atuam na vida pública, seja na estrutura governamental, seja no âmbito partidário ou eleitoral, da gestão das empresas estatais, constitui discriminação odiosa e injustificável sob o ponto de vista desse princípio nuclear de nossa Carta Magna.

Ademais, não custa lembrar que, no sistema presidencialista de governo (e mesmo no parlamentarista), quando os eleitores escolhem, por meio do voto, um certo candidato para representá-los na chefia do Executivo, pelo período correspondente a um mandato, sufragam também um determinado conjunto de valores constantes de seu programa político, os quais serão colocados prática mediante políticas públicas desenvolvidas por auxiliares que ele nomeia para os distintos cargos da administração estatal, direta e indireta. Por isso é que Geraldo Ataliba enfatiza: “[n]ão se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia”.

Dessa forma, concluo que a boa governança das empresas estatais e sociedades de economia mista, fundada em regras de integridade, transparência, prestação de contas e efetividade, por óbvio, é imperativa, desde que ancorada na Carta Magna e na legislação ordinária que a complementa, cujos preceitos – como não poderia deixar de ser – devem ser escrupulosamente observados.

Dito isso, porém, entendo que as disposições aqui combatidas não passam pelo teste da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como também não se mostram consentâneas com o texto constitucional.

Em face do exposto, julgo parcialmente procedente a presente ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “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”, constantes do inciso I do § 2º do art. 17 da Lei 13.303/2016.

Confiro, ainda, interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do art. 17 do referido diploma legal para afirmar que a vedação ali constante limita-se àquelas pessoas que **ainda participam** de estrutura decisória de partido político ou de trabalho vinculado à organização,

estruturação e realização de campanha eleitoral, **sendo vedada, contudo, a manutenção do vínculo partidário a partir do efetivo exercício no cargo .**

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 10/03/2023 00:00