

PARECER FINAL DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ALUNO: José Edson Vasconcelos Júnior

TEMA: LEI DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ESTATAIS: uma análise das possíveis inconstitucionalidades diante da propositura da ADI nº 5624

O tema do trabalho de conclusão de curso – TCC traz a discussão acerca das possíveis da Lei de Responsabilidade das Estatais. Destaque-se que o regime jurídico de empresa públicas e de sociedades de economia mista quando prestam serviço público e quando desempenham atividade econômica é diferente dos demais integrantes da Administração Pública Indireta.

Em relação aos aspectos metodológicos (ABNT) e ortográficos, o trabalho atende a todos os requisitos, pois, o aluno atendeu aos aspectos formais.

Inicialmente, o aluno foi orientado pela professora Taysa Silva. O trabalho já estava quase pronto, demandando apenas ajustes pontuais. O aluno mostrou-se tranquilo e concluiu o trabalho sem atropelos. Apesar disso, o mesmo ouviu as poucas sugestões do orientador.

Por tudo isso, autorizo o depósito da versão final para avaliação perante a Banca Julgadora, opinando, desde o presente momento, pela aprovação do TCC.

Caruaru, 05 de Novembro de 2020.

Prof. Msc. Rogério Cannizzaro Almeida
(Autorizado por via digital)

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA- ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

JOSÉ EDSON VASCONCELOS JÚNIOR

LEI DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ESTATAIS: uma
análise das possíveis inconstitucionalidades diante da propositura da
ADI nº5624

CARUARU
2020

JOSÉ EDSON VASCONCELOS JÚNIOR

**LEI DE RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS ESTATAIS: uma
análise das possíveis inconstitucionalidades diante da propositura da
ADI nº5624**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à coordenação do núcleo de
trabalhos de conclusão de curso, do Centro
Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-
UNITA), em requisito parcial para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Msc. Rogério Cannizzaro
Almeida

CARUARU

2020

RESUMO

Os ramos da Administração Pública têm sido alterados constantemente desde os anos 80 com o advento da nova constituição democrática, e nisso diversas iniciativas isoladas foram tomadas em busca da sua utilidade e a utilidade do seu estudo para o Estado contemporâneo como ordem social, instituição e representação. Mas, diante desse cenário é perceptível que o sistema da Administração Pública ainda possui fragilidades que estão sendo moldadas de acordo com a ordem social e econômica do país. Dessa forma, entendendo que a Administração Pública Indireta foi criada com o intuito de descentralizar as competências do governo e com isso prestar serviços à população, desempenhando papéis nos mais variados setores da sociedade, auxiliando assim o governo em sua administração estatal, é compreensível que as Empresas Estatais nesse âmbito sejam protegidas e reguladas, sendo assim, a Lei de nº 13.303/2006 veio justamente para isso, e agora ela tem sido alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5624. O presente artigo se propõe a fazer uma análise em torno dos impactos do sistema de governança previsto nesta lei e se propõe a discutir as suas possíveis inconstitucionalidades e os pressupostos que idealizaram a propositura da referida ADI. Será desenvolvido diante de uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método hipotético-indutivo e terá como técnica a pesquisa bibliográfica. Para tanto, será realizada uma revisão de literatura multidisciplinar visando demonstrar os impactos da ADI na referida lei, apresentando fontes atuais, procurando não ser exaustivo, mas oferecer uma percepção maior sobre o tema.

Palavras Chave: Administração Pública. Responsabilidade da Empresa Estatal. Governança Corporativa. Mercado Financeiro.

ABSTRACT

The branches of public administration have been constantly changing since the 1980s with the advent of the new democratic constitution, and in that several isolated initiatives were taken in search of its usefulness and the usefulness of its study for the contemporary State as social order, institution and representation . However, in view of this scenario, it is noticeable that the public administration system still has weaknesses that are being shaped according to the country's social and economic order. Thus, understanding that the Indirect Public Administration was created with the intention of decentralizing the government's competences and thereby providing services to the population, playing roles in the most varied sectors of society, thus assisting the government in its state administration, it is understandable that the State companies in this area are protected and regulated, therefore, Law No. 13,303 / 2006 came precisely for that, and now it has been the target of Direct Action of Unconstitutionality No. 5624. This article proposes to make an analysis around the impacts of the governance system provided for in this law and proposes to discuss its possible unconstitutionality and the assumptions that idealized the proposition of said ADI. It will be developed in the face of a qualitative research, using the hypothetical-inductive method and will use bibliographic research as a technique. For this purpose, a multidisciplinary literature review will be carried out in order to demonstrate the impacts of ADI in the referred law, presenting current sources, trying not to be exhaustive, but to offer a greater perception on the theme.

Keywords: Public Administration. State Company Responsibility. Corporate Governance. Financial Markt.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA ORIGEM	8
3. REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS EMPRESAS ESTATAIS.....	13
4. A ADI 5624 E SUAS REPERCUSSÕES NAS EMPRESAS PÚBLICAS E NAS SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA	16
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
6. REFERÊNCIAS	24

1. INTRODUÇÃO

Os estudos realizados buscam demonstrar que diante de boas práticas de governança corporativa é compreendido que há uma considerável redução de conflitos de interesse que contribuem de certa forma para uma liquidez muito mais resolvida, com uma menor volatilidade e com aumento de preços das ações. Dessa forma, faz com que aumente o crédito no mercado financeiro de capitais.

Diante da descentralização legal da Administração Pública Indireta, dentro do plano do Direito Administrativo, existe a diferenciação do regime jurídico de uma empresa pública e de uma sociedade de economia mista quando prestam serviço público e quando desempenham atividade econômica, no contexto da Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais.

É importante frisar que, compreender a fundamentação e a natureza da instituição da Administração Pública Brasileira é primordial, e para isso tem-se o Decreto-lei nº 200/67, que sofreu algumas alterações posteriores pelo Decreto-lei nº 900/69, propondo regular a estrutura administrativa da organização federal, que dividiu a Administração Pública em direta e indireta e, além de outras funções, fixou conceitos sobre as figuras desta última. Diante disso, encontra-se a definição legal de empresas públicas e de sociedades de economia mista.

De todo modo a importância do tema está em propor uma análise rebuscada em torno dos impactos do sistema de governança previsto nesta lei e desta forma, discutir as possíveis inconstitucionalidades e seus pressupostos que idealizaram a propositura da referida ADI, interesse primordial deste trabalho, e mostrando como podem influir na sociedade atual.

Com isso, a problemática desta pesquisa está em responder em que ponto a ação direta de inconstitucionalidade nº 5624 interfere na atual constituição democrática brasileira e na administração pública direta e indireta?

O objetivo geral é analisar a inconstitucionalidade da Lei de Responsabilidade das Estatais de nº 13.303/2016 e fazer desta forma, um estudo aprofundado sobre a ADI nº 5624, e observar assim os pontos que foram feridos com essa Lei frente a Constituição Federal.

O objetivo específico é responder, através de pesquisas doutrinárias e bibliográficas, quais são os elementos previsto nessa Lei que desobedecem a Carta

Magna de 1988, discorrendo sobre os principais problemas e benefícios que a nova Lei causou as Estatais.

A metodologia utilizada será desenvolvida diante de uma pesquisa qualitativa, utilizando-se do método hipotético-indutivo e terá como técnica a pesquisa bibliográfica. Para tanto, será realizada uma revisão de literatura multidisciplinar visando demonstrar os impactos da ADI na referida lei, apresentando fontes atuais, procurando não ser exaustivo, mas oferecendo uma percepção maior sobre o tema.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA ORIGEM

É interessante destacar que a conjuntura atual do Estado Brasileiro se apresenta como um objeto polimorfo, sendo ele capaz de ser constituído por diversas organizações, dentro da estrutura do governo, como as câmaras legislativas, o aparato judicial, as forças policiais e militares, a burocracia pública e de o ordenamento jurídico impositivo que contempla o sistema constitucional-legal, com seu poder extroverso, os poderes da República, o governo legalmente constituído, os órgãos da administração pública, as Forças Armadas, as unidades da federação, os municípios e os poderes que os governam (LUSTOSA DA COSTA, 2010).

Desta forma compreende-se então que a administração pública é um conjunto de organismos que procura desempenhar a função administrativa, que são dessa forma subordinados ao exercício do poder político e destinados à satisfação dos interesses coletivos, como segurança, cultura e bem-estar como preleciona (CARVALHO FILHO, 2012).

As análises que se propõe realizar constitui uma investigação do processo de classificação do conjunto de reformas do Estado e da administração pública que foram implementados no Brasil, desde o governo de Fernando Henrique (FHC).

Portanto, não pode este governo ser enxergado como um todo monolítico, sendo ele amplo e diverso, pois de modo geral estão tão imbricados entre si que qualquer tentativa de análise em separado resultará num problema de compreensão no âmbito da relação entre o estado contemporâneo e a sociedade.

Para falar da Administração Pública brasileira, faz-se necessário então, abordar as condições do seu modelo gerencial, que nasceu no governo de Fernando Henrique onde adotou na gestão pós-burocrática, dando os seus primeiros passos em um quadro econômico, político e social bem definidos, que foi enquadrado em governos de outros países em 1960, mas no Brasil essa reorganização se deu tardiamente, apenas em 1990 (CARLOS BUENOS AYRES, 2006).

a. O modelo de gestão da administração pública brasileira.

De acordo com a conjuntura jurídica e estatal, entende-se que a Administração Pública não é apenas um sinônimo de Poder Executivo, pois a mesma se constitui de

conjunto dos bens e direitos que são de todo modo, de fundamental importância e necessidade ao desempenho da chamada função administrativa. De acordo com JUSTEN FILHO (2009, p. 165):

A expressão “Administração Pública” abrange todos os entes e sujeitos exercentes de funções administrativas, ainda que o façam de modo secundário e acessório. Assim, a Administração Pública compreende o Poder Executivo, mas também o Judiciário e o Legislativo enquanto exercentes de atividade administrativa. Ou seja, Administração Pública não é sinônimo de Poder Executivo (2009, p. 166).

No entanto, preleciona Carvalho Filho que a expressão Administração Pública aceita dois sentidos: objetivo que exprime a ideia de uma atividade, tarefa, ação, ou seja, a própria função administrativa, constituindo-se o objetivo a ser alcançado pelo Governo, e, no sentido subjetivo que indica o universo de órgãos, pessoas jurídicas e agentes públicos encarregados de exercer sua função administrativa. Portanto, este então aponta que, “a função administrativa é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os de toda a coletividade” (2012, p. 446).

Para falar da Administração Pública brasileira, faz-se necessário abordar as condições do seu modelo gerencial, que nasceu no governo de Fernando Henrique onde adotou na gestão pós-burocrática, dando os seus primeiros passos em um quadro econômico, político e social bem definidos, que foi enquadrado em governos de outros países em 1960, mas no Brasil essa reorganização se deu tardiamente, apenas em 1990 (CARLOS BUENOS AYRES, 2006).

O movimento gerencialista foi desenvolvido na Inglaterra e nos Estados Unidos, e logo depois se espalhou pela Europa e América Latina, ele passou a representar as necessidades das mais diversas empresas e governos, transcendendo, as matrizes histórico-culturais locais, sendo baseado na cultura do empreendedorismo, que é um reflexo do capitalismo flexível, e nas últimas décadas se consolidou por meio da criação de um código de valores e condutas que orientam a organização das atividades de forma a garantir controle, eficiência e competitividade máximos (HARVEY, 1992).

O Plano diretor foi apresentado pelo ex-ministro Bresser-Pereira, com a intenção de promover a reforma do estado em 1995, o plano foi debatido no congresso nacional e foi implementado pela emenda constitucional apenas em 1998, seguindo

suas recomendações e assim, as atividades estatais foram divididas, em dois grupos, as atividades exclusivas do estado e as não exclusivas. De acordo com ANA PAULA PAES DE PAULA (2005):

a) as “atividades exclusivas” do Estado: a legislação, a regulação, a fiscalização, o fomento e a formulação de políticas públicas, que são atividades que pertencem ao domínio do núcleo estratégico do Estado, composto pela Presidência da República e os Ministérios (Poder Executivo), e que seriam realizadas pelas secretarias formuladoras de políticas públicas, pelas agências executivas e pelas agências reguladoras; b) as “atividades não-exclusivas” do Estado: os serviços de caráter competitivo e as atividades auxiliares ou de apoio. No âmbito das atividades de caráter competitivo estão os serviços sociais (e.g. saúde, educação, assistência social) e científicos, que seriam prestados tanto pela iniciativa privada como pelas organizações sociais que integrariam o setor público não-estatal. Já as atividades auxiliares ou de apoio, como limpeza, vigilância, transporte, serviços técnicos e manutenção, seriam submetidas à licitação pública e contratadas com terceiros.

No modelo Gerencial as Empresas Públicas foram então implementadas como uma terceira figura da administração, diante da responsabilidade das agências reguladoras. Dessa forma o referido modelo foi implementado com a intenção de modificar a forma da administração pública vigente e a reforma foi concebida com o intuito de refazer a máquina do Estado e reforçar o seu núcleo estratégico.

O modelo de governança na democracia brasileira é visto com um certo personalismo com o poder centrado na figura de um líder e não de fato como é, uma gestão de recursos que são inerentes ao Estado e as estruturas formais que fazem parte dele. Esse tipo de visão é resultado de uma questão de desigualdade-social que é alimentando pelas práticas de exclusão.

b. A Administração Pública e sua divisão e desempenho com a atividade Estatal e a diferença entre empresa pública e sociedade de economia mista

A expressão no seu sentido subjetivo foi positivada no Direito Brasileiro por meio do Decreto-lei n°. 200 de 1967, com redação dada pela Lei n°7.596 de 1987. Assim, a Administração Pública Brasileira divide-se em Administração Direta e Administração Indireta, e, conforme Di Pietro (2011), mesmo que este decreto-lei seja aplicável apenas à União, seus conceitos e princípios, com algumas ressalvas, compreendem os Estados e Municípios.

A Administração Direta é definida como “o conjunto de órgãos que integram as

pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 449).

Desta forma, a Administração Pública desempenha a atividade diretamente pelo Estado por meio dos órgãos que compõem as diversas pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo estes órgãos o instrumento da ação da Administração, pois cada um tem competência própria e corresponde a partes do objetivo global do Estado. Assim, MADEIRA (2001) afirma que a Administração Pública é a titular e a executora do serviço público concomitantemente.

Conforme Justen Filho (2009, p. 173), “em termos práticos, a Administração direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Em princípios, todas as funções administrativas são atribuídas constitucionalmente a esses entes políticos”.

Enquanto a Administração Indireta para Carvalho Filho (2012, p. 453) “é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada”. É o Estado executando suas funções de forma descentralizada, seja porque é pertinente ser executada por outra pessoa jurídica, ou porque é mais célere, flexível ou eficiente.

Ao tratar de inconstitucionalidade da ADI 5624 se faz necessário uma breve diferenciação entre as empresas públicas prestarem serviço público e as sociedades de economia mista que exercem atividade econômica, pois foram essas as principais afetadas pela Lei 13.303/2016, que previa em seu texto a responsabilidade destas.

As estatais, e neste termo se enquadram as empresas públicas e as sociedades de economia mista, conforme aponta carvalho filho, são entes da administração indireta, detentoras de personalidade jurídica de direito privado, oriundas de lei que autorizam a sua criação e possuem, entre suas finalidades a execução de atividades de interesse do Estado, sejam como prestadoras de serviço ou exploradoras de atividade econômica (CARVALHO FILHO, 2011, p. 452-453).

Mesmo com similaridades em suas definições há diferenças significativas entre elas, a primeira trata-se do capital integrante destes entes uma vez que as Empresas Públicas pertencem integralmente ao Estado, assim apontam Alexandrino e Paulo (2010, p. 100) sobre este ponto:

O capital das empresas públicas é integralmente público, isto é, oriundo de

pessoas integrantes da administração pública. Não há possibilidade de participação direta de recursos de particulares na formação do capital das empresas públicas. É possível, porém, desde que a maioria do capital votante de uma empresa pública permaneça sob propriedade da pessoa jurídica instituidora, que haja participação de outras pessoas políticas, ou de entidades das diversas Administrações Indiretas (2010, p. 100 grifos nossos).

Logo, divisões dentro da própria administração pública são a única possibilidade de divisão neste caso. Entretanto, ao se tratar de Sociedades de economia mista essas têm parte de suas ações pertencentes ao Estado e parte a particulares conforme o art. 5º, III do Decreto-lei 200/67, onde destaca a Sociedade de Economia Mista como: “A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para exploração de atividade econômica, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.”

Além de diferenças na origem do capital, também divergem os objetivos das dois entes da administração indireta, uma vez que para as empresas públicas seu objetivo é a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos segundo (CARVALHO FILHO, 2011), assim sua principal preocupação é na verdade atender ao interesse público para o qual foi criada.

No que tange a Sociedade de Economia Mista, de acordo com (CARVALHO FILHO, 2011, p. 452-453), essa visa ter “(...) qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos.” Notando-se que seu objetivo principal é a exploração da atividade econômica, somente em segundo plano atendendo a prestação de serviços públicos.

Com base nesta definição compreende-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista são, por um lado, pessoas jurídicas de direito privado, que ao explorarem atividades econômicas se submetem ao regime do direito civil incluindo as obrigações trabalhistas e tributárias, e por outro, pessoas sob o controle do Estado que atendem as limitações impostas por essa qualidade, uma dessas é no que diz respeito ao dever de licitar.

A Constituição Federal em seu art. 37, XXI, trata da obrigatoriedade do processo licitatório nas empresas públicas para contratação de obras, serviços, compras e alienações e comentando o todo material do texto legal sobre o assunto

Carvalho filho aponta que

[...] o art. 22, inc. XXVII da CF, prevê lei geral, de competência privativa da União Federal, para disciplinar contratações e licitações pertinentes a todas as pessoas federativas. A exceção que consta do dispositivo, introduzido pela EC 19/98, referente à empresas públicas e sociedades de economia mista, não pretendeu afastar a competência da União para editar as normas gerais, mas apenas possibilitar que outra lei geral, também de competência da União, instituísse a disciplina específica para tais entidades.

As diferenças apontadas até então são relativas as definições dos entes, faz-se, portanto, necessário aprofundar o conhecimento sobre as funções exercidas a fim de discutir amplamente a lei que prevê regulamentar o tema.

3. REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS EMPRESAS ESTATAIS

A lei tratada neste artigo, de número 13.303/2016 que de todo modo ficou reconhecida como a lei de responsabilidade das estatais, remete ao artigo 173, §1º da Constituição Federal, que é fruto de uma emenda a constituição nº 19/1988, onde se fez necessário estabelecer o devido estatuto da empresa pública e da sociedade de economia mista e suas subsidiárias, usada como uma alternativa de responder às práticas reiteradas de corrupção envolvendo essas empresas.

Desse modo, é importante salientar que essa norma é reconhecida como o novo marco jurídico nas estatais, por ser uma oportunidade valiosa para aprimorar o regime jurídico delas. Destaca-se a relevância ao que tange a uma superação da chamada dicotomia das estatais prestadoras de serviços públicos *versus* estatais exploradoras de atividades econômicas (AVELÃS NUNES, 2007, p. 49).

Diante desse cenário, compreendendo a relevância desse tema, faz-se necessário compreender que, para um melhor desempenho das funções estatais, procede-se a uma descentralização de competências, outorgando-se funções específicas a pessoas jurídicas diversas do ente estatal, que permaneceram vinculadas a este, para efeitos de controle e avaliação de desempenho. São chamadas de pessoas administrativas, pois não possuem poder político, como os entes estatais, desempenhando apenas funções administrativas, para melhor eficácia do Estado.

a. A Administração Indireta Prestadoras De Serviço e as que realizam Atividade Econômica

Referente ao contexto de disposição econômica, pode-se certificar dois tipos de empresas públicas, que é a exploradora de atividade econômica e a prestadora de serviço. E para que haja um bom entendimento a respeito do regime jurídico que incide sobre essas empresas, devesse entender que as entidades de direito privado, são entes governamentais que atuam no âmbito dos serviços públicos, mais precisamente na área de atividade econômica (WALD, 1977, p. 100).

Em sentido estrito, conforme preceitua o art. 173, da Constituição federal, no qual trata que a exploração de atividade econômica, só será permitida quando for de relevante interesse coletivo ou necessários aos imperativos de segurança nacional, como por exemplo são as empresas, Petrobrás; Banco do Brasil:

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.

Já no que se refere às prestadoras de serviços, é mais previsível que o sistema seja mais próximo da administração Direta, ainda que ele faça parte da administração Indireta, onde o regime jurídico está previamente instituído pelo art. 175 da Constituição Federal. No qual pode se ocorrer a concessão por meio de contrato onde uma empresa privada prestará serviço as empresas públicas (BANDEIRA, 1979).

Dessa forma ocorre a descentralização, onde a pessoa jurídica de direito público e a concessão decorrem da necessidade de o Estado buscar a colaboração dos particulares para o desempenho de suas atividades.

O advento do Estado Social implicou em certo modo ao aumento do rol de competências estatais, o que levou ao inchaço da máquina administrativa e à conseqüente insuficiência da burocracia para conseguir realizar todas as atribuições assumidas.

b. Empresas Públicas e nas Sociedades de Economia Mista e as motivações da lei 13.303/2016

Os principais objetivos da Lei de Responsabilidade das Estatais, como a mesma traz em seu texto, são a implantação de normas para que haja uma gestão empresarial eficiente, seja criada regras de gestão de riscos e controle internos para que assim a corrupção causadas dentro das Estatais tenham uma diminuição nesses tipos de ocorrências, criando assim o *compliance* e fundando dentro das empresas a Governança Corporativa, com finalidade de reduzir esses prejuízos a Administração Pública que tanto assola o Governo Brasileiro.

A corrupção é reflexo das instituições públicas ineficazes e uma decorrência das relações não saudáveis entre os indivíduos e o Estado. Pela corrupção, as organizações são usadas não para os fins aos quais elas se propõem, mas para o enriquecimento pessoal ou de terceiros (SUSAN ROSE- ACKERMAN E BONNIE PALIFKA, P. 51).

Uma forma de contenção dos conflitos de agência adotada pela lei de Responsabilidade das Estatais opera-se pela imposição de práticas de *compliance* e governança corporativa como já mencionado acima, de forma que venha a garantir que as empresas estatais sejam devidamente fiscalizadas por agentes internos e externos à administração da sociedade estatal.

Antes mesmo da regulamentação do art. 173, §1º, da Constituição Federal, Mário Engler Pinto Júnior já destacava que:

Seria importante aproveitar a oportunidade da formulação do futuro estatuto jurídico das empresas estatais [...] para valorizar a estrutura interna de governança das empresas estatais, nomeadamente os conselhos de administração e fiscal, transformando-os em canais institucionais de controle social (PINTO JÚNIOR, 2013, p 178).

O governo federal possui 133 empresas estatais que movimentam R\$ 1,4 trilhão por ano e acumulam uma dívida de R\$ 390 bilhões. Destas, 18 dependem dos recursos do Tesouro para sobreviver, pois não são autossustentáveis. As principais empresas estatais são Petrobras, Eletrobras, Banco do Brasil, BNDES, Caixa e Correios, correspondendo a mais de 90% dos ativos do total de empresas. Além disso, 25% das ações negociadas diariamente na Bovespa são de empresas de economia mista (SANTOS SILVA, 2019).

Dado a importância dessas empresas à economia do país, bem como os inúmeros casos de corrupção ligados a elas, editou-se esta lei a fim de regulamentar o regime jurídico das estatais, definindo limites e responsabilidades para os seus dirigentes.

Um dos temas relevantes refere-se à obrigatoriedade da adoção de práticas de conformidade. No art. 9º, da lei 13.303/16, há menção a vários requisitos que compõem um programa de integridade efetivo, como gestão de riscos, auditoria interna, canal de denúncias, aplicação de sanções e treinamentos periódicos sobre o código de conduta.

Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abrangem:
I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;
II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;
III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário(...)

Que sendo como dever de todas as Estatais aderirem ao Código de Conduta e Ética, para que assim estabeleça princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflitos de interesses e a vedação de atos de corrupção e fraude.

4. A ADI 5624 E SUAS REPERCUSSÕES NAS EMPRESAS PÚBLICAS E NAS SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Um dos capítulos mais recentes na discussão sobre a nova Lei de Responsabilidade das Estatais, a lei nº 13.303/2016, iniciou com a propositura da ação de Inconstitucionalidade n. 5624, sobre a qual se fará uma análise.

Primeiramente, analisar-se-á a petição inicial protocolada pela federação nacional das associações do pessoal da caixa econômica federal – FENAEF, também pela confederação nacional dos trabalhadores do ramo financeiro - CONTRAF/CUT, a qual deu início ao processo. Em seguida, veremos brevemente a defesa da Advocacia Geral da União, e o parecer do Procurador Geral da República, e algumas despachos realizado pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

Posteriormente, será estudado se há ou não inconstitucionalidade da Lei n. 13.303/2016, haja vista que a ADI 5624, ainda não tenha uma decisão firmada pelo STF, assim não tendo nenhum entendimento pacificado a respeito da constitucionalidade da lei de Responsabilidade das Estatais.

a. A ADI 5624: Uma análise da petição inicial

A Ação Direta de Inconstitucionalidade em questão foi proposta em novembro de 2016 em face da Câmara dos Deputados, por intermédio do seu Presidente; do Senado Federal, também por intermédio do seu Presidente; e da Presidente da República. A ação visa declarar a inconstitucionalidade de dispositivos presentes nas Lei n. 13.303/2016 (Lei de Responsabilidade das Estatais), ou pelo menos, dos seus artigos: 1º, 7º, 16, 17, 22 e 25.

Observa-se que, o art. 173, §1º da Constituição Federal de 1988, menciona em seu texto que estabelece a criação de um estatuto que regulasse as empresas estatais sendo elas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Os dispositivos, 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 também devendo seguir às orientações políticas e administrativas.

Portanto, o estatuto das estatais não pode ser usado como um meio para que as demais Estatais, unicamente por explorarem atividades econômicas em sentido estrito, venham a se tornar absolutamente autônomas em relação ao Estado, atuando de forma desconectada de sua função social e das diretrizes governamentais.

Ocorre que esse estatuto só veio surgir após 18 anos de vigência do novo texto que foi dado ao referido artigo, deixando assim grandes lacunas que eram essenciais para um bom funcionalismo das estatais. Conforme traz a petição inicial que:

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 destinarem 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.

Como relatado pelo autor da ação, foram propostas diversas emendas para que fosse sanado o conflito entre a presente lei de responsabilidade das estatais e a Constituição Federal, considerando que o artigo 173 da Carta Magna se refere exclusivamente às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito que atuam em regime de competição no mercado, as quais somente poderão atuar de forma supletiva relativamente à iniciativa privada nos casos expressamente mencionados na Carta Magna (imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

Ocorrendo na presente lei n. 13.303/16, diversas inconstitucionalidades, sendo elas de ambos os tipos, tanto formal como também material. Em relação a formal o ápice se deu com a ofensa direta ao princípio da separação dos poderes, materializando invasão ilegítima e inaceitável do Poder Legislativo sobre prerrogativa do chefe do poder executivo.

Os autores afirmam buscar com esta ADI uma diminuição no impacto que atinge as estatais em geral, haja vista que a presente lei, não fez nenhum tipo de distinção, incluído todos os tipos de empresas públicas e também as sociedades econômicas mistas em geral, para tanto os autores acredita que deveria ser decretada por completo ou em parte a lei n. 13.303/16, uma vez que a mesma faz grande afronta a Constituição Federal.

O que se defende na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade com fundamentos legais, é que os dispositivos questionados, violam alguns princípios constitucionais. Sendo um deles o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal Brasileira.

Como se observa, a norma erigida de maneira ilegal, 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 com esse fato diversos tipos de embaraços, que por sua maioria são desnecessários ou até mesmo excessivos, à gestão das empresas, impedindo a sua atuação e competição.

b. Da inconstitucionalidade material e formal da Lei 13.303/2016 e os pareceres da advocacia geral da união e procuradoria geral da república.

Não sendo suficiente os danos causados inconstitucionalmente formais já exposto acima, sofre, assim, a lei de responsabilidade das estatais de inconstitucionalidade material, uma vez que a lei apresenta abrangência excessiva, já que direcionadas à totalidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, enquanto traz expressamente o art. 173, parágrafo 1º, da Constituição, que o estabelecimento de estatuto jurídico das estatais seriam apenas para estatais que se dedicassem à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviço.

Mostrando assim incompatível com o texto constitucional, pois não faz distinção efetiva, entre 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.

Conforme se pode ver em redação do art.1º da lei n.13.303/16, em que faz aplicação em todas empresas estatais, sem que haja nenhuma diferenciação:

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.

Conforme há na emenda n. 1º, a qual foi apresentada em Plenário pelo Senador Antonio Anastasia, registra-se sua 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 nesta 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. 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) (Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 1642 MG, 2019)****

Assim, a petição inicial recai, com o pedido de invalidação da lei, pelo excesso de abrangência e imprecisão redacional, ou que haja pelo menos, interpretação conforme a Constituição, para que assim afasta a sua aplicabilidade a todos os casos mencionados no “caput” do art. 1º da Lei nº 13.303, de 2016, restringindo-a às empresas estatais que exploram atividade econômicas em sentido estrito, visto que são apenas essas empresas que devem se assemelhar, tanto quanto possível, com as empresas privadas.

Em resposta ao pedido da Federação nacional das associações do pessoal da caixa econômica federal – FENAEE e também pela confederação nacional dos trabalhadores do ramo financeiro - CONTRAF/CUT, a Advocacia Geral da União (AGU) se manifestou preliminarmente, pela ilegitimidade ativa dos autores, embasado seu pedido com jurisprudência em que o Supremo Tribunal Federal não conheceu de ações diretas ajuizadas por associações.

Devido à importância do tema, algumas organizações requereram seu ingresso na ação como *amicus curiae*. Todas as instituições admitidas como *amicus curiae* se mostraram favoráveis ao pedido da federação nacional da FENAEE, também pela CONTRAF/CUT. A Procuradoria Geral da República (PGR), através de sua bastante Procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge:

[...] Apesar de a petição inicial afirmar que a Lei 13.303/2016 “impacta um grande número de empresas estatais em todo o País”, não demonstra, exatamente, em que medida os dispositivos questionados afetariam interesses típicos da classe profissional representada pelas requerentes. Dessa maneira, a ação não deve ser conhecida.

Sendo assim, a PGR contrária ao pedido da FENAEE e pela CONTRAF/CUT, haja vista que a primeira não representa todos os servidores da Caixa e sim uma pequena parcela não possui natureza sindical, consoante reconhece na própria petição inicial. Carece inapelavelmente de legitimidade para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que não caracteriza entidade de classe, porquanto representa apenas associações de funcionários de empresa pública específica – Caixa Econômica Federal –, ou seja, mera fração da categoria funcional dos bancários.

E já em relação a confederação, a sua legitimidade esbarra na ausência do requisito da pertinência temática, a legitimidade das entidades sindicais de grau superior para instauração de controle concentrado de constitucionalidade não se confunde com a das entidades de classe de âmbito nacional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que após este estudo a Administração Pública desempenha a atividade diretamente pelo Estado por meio dos órgãos que compõem as diversas pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo estes órgãos o instrumento da ação da Administração, pois cada um tem competência própria e corresponde a partes do objetivo global do Estado.

Partindo deste pressuposto, tem-se que os pareceres da Advocacia geral da união e da procuradoria da república são assertivos ao responder ao pedido FENAE e da CONTRAF/CUT, onde preliminarmente, apontou ilegitimidade ativa dos autores, embasado seu pedido com jurisprudência, em que o Supremo Tribunal Federal dessa forma, não conheceu de ações diretas ajuizadas por associações.

Entretanto, as possíveis inconstitucionalidades na lei relacionado às questões materiais, tendo em vista que, conforme precedentes expostos pelos autores da ADI, no qual a Constituição Federal traz claramente em seu texto, do art. 173 § 1º, a lei cuja edição é prevista nesse dispositivo é concernente apenas às empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, que deveria ser apenas para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em regime de concorrência no mercado, não devendo ser indicado para empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

A razão deste fato é que os regimes jurídicos de ambos se diferenciam, tendo distinção clara entre as duas modalidades de empresas governamentais, pois nas empresas que exploram atividade econômica teriam maior incidência do regime jurídico de direito privado, já as prestadoras de serviços públicos disporiam de inteira predominância de Direito público, e por outro lado, havendo vício desde o início do projeto de lei, que pelo que consta na doutrina contida no art. 61, §1º da constituição federal, as disposições expostas na lei são matérias de competências privativas do Presidente da República no que se refere a iniciativa da respectiva lei.

Não se pode, entretanto, atribuir má fé a essas inconstitucionalidades por parte do legislador, pois havia um anseio político e social para blindar as estatais, tendo em vista a quantidade de corrupção que assolou essas empresas.

Destarte, é possível enxergar que a economia política mostra em seu caminhar as mudanças que permeiam o capitalismo e dessa forma contribui a uma melhor

compreensão de dissonâncias, incongruências, tensões e polarização acerca do direito. De todo modo, o STF ainda não refletiu devidamente sobre a questão das mudanças pelas quais passaram as estatais, não obstante tenha avançado em alguns pontos. Sendo assim a lei veio para diminuir as brechas que permitam prejudicar as empresas.

Chegando assim ao núcleo da questão, pois não se pode aceitar a argumentação usada, que as empresas públicas podem ter regras mais restritas na gestão do que as particulares, não só podendo, como deve haver maior rigidez para que haja uma maior eficiência dentro dos mecanismos de controle administrativo e contábil, uma vez que as entidades sindicais faziam antes uso das estatais para satisfazer interesses individualizados, causando grandes transtornos a economia das empresas públicas.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 18. ed. São Paulo: Método, 2010.

AYRES, Carlos Buenos. A administração pública brasileira e as vicissitudes do paradigma de gestão gerencial. *Sociologia, Problemas e Práticas*, Oeiras, 2006. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292006000200003&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 abr. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CARDOSO, André Guskow, **Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O regime instituído pela lei 13.303/2016**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 116, outubro de 2016, disponível em <https://www.justen.com.br/pdfs/IE116/IE116-Andre-governan%C3%A7a-e-compliance-empresas-estatais.pdf>, acesso em 02 de novembro de 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Atlas. 25ª Ed. 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Governo do Brasil, **Boletim das empresas estatais federais**. Disponível em <<http://www.economia.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/boletim-das-empresas-estatais-federais/arquivos/10a-edicao-boletim-das-empresas-estatais-federais.pdf>> acesso em 08 de Novembro de 2019

HARVEY, D. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992 [1989].
JUSBRASIL- **Análise sobre possíveis inconstitucionalidades da nova lei das estatais**, disponível em <<https://jus.com.br/artigos/73874/analise-sobre-possiveis-inconstitucionalidades-da-nova-lei-das-estatais>> , acesso em 22 de outubro de 2019.

JUSBRASIL- **Supremo Tribunal Federal STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE : ADI 1642 MG**, disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14722001/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1642-mg>>, acesso em 07 de novembro de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2009

LUSTOSA DA COSTA, Frederico; ZAMOT, Fuad (Org.). *Brasil: 200 anos de Estado, 200 anos de administração pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

SANTOS SILVA, Mauro. Et al. *Empresas Estatais: políticas públicas, governança e desempenho*. Brasília : Ipea, 2019. 408 p

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2007.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entreo gerencialismo e a gestão social. **Rev. adm. empres.**, São Paulo , v. 45, n. 1, p. 36-49, Mar. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902005000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Apr. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0034-75902005000100005>. Paulo:Malheiros, 2006.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. **Empresa Estatal**. 2.ed. São Paulo: Atlas,2013.

BRASIL. Portal do Planalto- **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 08 de outubro de 2019.

BRASIL. Portal do Planalto- **Lei de Responsabilidade das Estatais**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/l13303.htm>, acesso em 08 de outubro de 2019.

BRASIL. Portal do Senado- **Compliance E Lei Anticorrupção Nas Empresas**. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf> , acesso em 08 de novembro de 2019.

BRASIL. Portal do STJ- **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5624**. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5093069>>, acesso em 15 de outubro de 2019.

ACKERMAN, Susan Rose. et al. **Corruption and government: Causes, Consequences, and Reform** Second Edition. Cambridge University Press. 2016

TONINELLI, PierAngelo. The rise and fall of public enterprise: the framework (Ch. 1). In:TONINELLI, Pier Angelo (ed.). The rise and fall of state-owned enterprise in theWesternWorld.NewYork: Cambridge University Press, 2000

WALD, Arnoldo. As sociedades de economia mista e a nova Lei das Sociedades Anônimas. Revista de Informação Legislativa,Brasília, v. 14, n. 54,abr./jun. 1977.