

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2018

Altera a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, para excluir de seu âmbito de aplicação as empresas estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio, eliminar vedações ao exercício de funções nos órgãos diretivos das empresas estatais que exerçam atividade econômica e assegurar tratamento isonômico entre estas e as empresas privadas no tocante às obrigações societárias.



SF/18575.32852-74

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 1º, 9º, 17, 24 e 25 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 1º** Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, de que trata o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, 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.

§ 1º O Título I desta Lei, exceto o disposto nos arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 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.

.....
§ 8º Não se submetem ao regime desta Lei as empresas públicas e sociedades de economia mista:

I – prestadoras de serviço público da titularidade do ente federativo que a controle;

II – exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio.” (NR)

“Art. 9º

III – auditoria interna, facultada, nos termos do inciso V do art. 13, a criação de Comitê de Auditoria Estatutário, como órgão auxiliar do Conselho de Administração e supervisor das atividades desenvolvidas pela auditoria interna.

.....”

(NR)

“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;

II – de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciado do cargo;

III – 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 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.

§ 4º 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**.” (NR)

“**Art. 24.** O Comitê de Auditoria Estatutário, de existência facultativa, integrará a estrutura societária como órgão auxiliar do Conselho de Administração, ao qual se reportará diretamente.

.....”
(NR)

“**Art. 25.** O Comitê de Auditoria Estatutário será integrado por, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros.

.....”
(NR)

Art. 2º O Título II da Lei nº 13.303, de 2016, passa a ter a seguinte denominação, mantendo-se inalterados seus artigos:

“TÍTULO II

DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS DAS EMPRESAS
PÚBLICAS, SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SUAS
SUBSIDIÁRIAS, E DE SUA FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO E
PELA SOCIEDADE

.....” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Ficam revogados os arts. 7º, 16, 22 e o inciso IV do § 1º do art. 25 da Lei nº 13.303, de 2016.

JUSTIFICAÇÃO

A edição 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*, representou um inegável avanço para o País, pelas exigências que fez de uma administração mais profissional nas empresas estatais, cumprindo preceito constitucional que já contava quase duas décadas carente de regulamentação. Com efeito, o § 1º da art. 173 da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho



de 1998, determinou que lei nacional estabelecesse o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias exploradoras atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: 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; os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A forma célere como se deu a tramitação do projeto do qual se originou a citada Lei não permitiu, contudo, um debate mais aprofundado sobre diversas de suas normas. Isso porque ele foi examinado diretamente pelos Plenários das Casas do Congresso Nacional, por ser de autoria de Comissão Mista. Não deve, pois, causar estranheza que o texto final aprovado sem prévia análise das comissões temáticas das Casas, tratando de matéria de tamanha complexidade, contenha alguns dispositivos de duvidosa constitucionalidade. Isso, obviamente, não desmerece a importante obra do legislador, mas demanda a realização de correções em alguns pontos da Lei.

A presente proposição tem por finalidade eliminar da Lei nº 13.303, de 2016, previsões que, a nosso sentir, padecem de inconstitucionalidade. Cabe salientar que justamente pela sua incompatibilidade com a Carta Magna, alguns artigos desse diploma legal foram objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.624, pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

O primeiro ponto a demandar reforma é o âmbito de aplicação do Estatuto das Estatais, que inclui empresas prestadoras de serviço público ou que exercem atividade econômica em regime de monopólio. O art. 1º é claro em estabelecer isso, muito embora o art. 173 da Constituição trate apenas das empresas estatais que exercem atividade econômica em regime de competição no mercado. Assim, o comando dado ao legislador pelo § 1º do art. 173 não o autoriza a criar um estatuto nacional das estatais prestadoras de serviço público ou que exercem atividade econômica em regime monopolístico, muito menos submetê-las às mesmas regras das estatais que competem no mercado.



Quanto a esse ponto, a jurisprudência do STF é antiga e pacífica. Entre os diversos julgados nos quais a Corte afirma a distinção entre as estatais que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica em regime de competição no mercado, podemos citar: o Recurso Extraordinário nº 220.906, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.642 e o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 363.412. Neste último, restou consignado que *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.*

A doutrina majoritária também rejeita a possibilidade de aplicação da lei a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição às estatais prestadoras de serviço público. Nesse sentido, o escólio de Eros Grau, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros.

Ora, se o art. 173, § 1º, somente se aplica às estatais que desenvolvam atividade econômica em sentido estrito, e se uma das diretrizes nele contidas é a de que essas estatais se submetam ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, então não se justifica impor-lhes obrigações que destoem daquelas estabelecidas para as empresas que com elas competem no mercado. A simetria deve ocorrer não apenas em relação aos direitos, mas também aos deveres. A livre concorrência é malferida tanto no caso de concessão de privilégios às estatais quanto no caso de imposição de deveres não extensíveis às empresas privadas. Assim, o afastamento do regime jurídico privado só tem lugar naqueles casos em que a própria Constituição determinou, como acontece com a admissão de pessoal por concurso público, a fiscalização pelos órgãos de controle externo da Administração Pública e o dever de licitar (ainda que com regras diferentes das aplicáveis aos demais entes e órgãos governamentais).

Como assinala Alexandre Santos de Aragão (*Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, Capítulo V, item 10.3):



[A]fora os influxos publicistas decorrentes da Constituição, as exceções ao regime privado não podem ser aceitas, seja para beneficiar as estatais, seja para prejudicá-las. Como exceções que são, fora delas, prevalece o direito privado (art. 173, § 1º). Permitir que, fora dos quadros da CF, pudessem ser criados novos obstáculos ao exercício das atividades das estatais seria tirar do Estado os meios para atingir os fins de interesse público legitimadores da criação da empresa, e, se a CF dá os fins, deve, salvo no que ela própria excepcionar, dar os meios.

Se assim é, previsões como as dos arts. 7º, 16, 22, 24 e 25 devem ser consideradas inconstitucionais, por importarem ônus às empresas estatais exploradoras de atividade econômica não imponíveis à generalidade das empresas privadas.

O art. 7º manda aplicar a todas as estatais 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. Ora, nem todas as estatais se constituem como sociedades por ações. E a maioria das empresas privadas também não adota essa forma societária. Ademais, a atuação da CVM tem o propósito de assegurar a integridade e o regular funcionamento do mercado de capitais, protegendo os investidores desse mesmo mercado e lhes assegurando níveis de informação e transparência necessários às suas tomadas de decisão. A própria Lei nº 6.404, de 1976, não determina que se submetam às normas da CVM todas as sociedades por ações, mas apenas as companhias abertas, que têm ações negociadas em bolsa. O capital social de muitas empresas estatais pertence integralmente ao ente político que as criou. Noutros casos, embora haja mais de um sócio, todos eles são entes públicos, e a empresa não é constituída na forma de sociedade por ações. Fazer esse tipo de imposição, além de carecer de sentido, importa atribuir a empresa estatal exploradora de atividade econômica ônus não suportado por empresas privadas equivalentes. Quanto às estatais constituídas na forma de companhia aberta, a sua submissão às normas da Lei nº 6.404, de 1976 e às expedidas pela CVM já decorre dos arts. 4º e 5º da Lei nº 13.303, de 2016, e do art. 235 da Lei nº 6.404, de 1976.

O que se disse quanto ao art. 7º vale também para o art. 16, que submete o administrador de toda e qualquer empresa pública ou sociedade de economia mista às normas da Lei nº 6.404, de 1976. No âmbito das empresas privadas, somente os administradores de sociedades por ações se



sujeitam a tal Lei. Como nem todas as estatais adotam essa forma societária, impor-lhes essa obrigação destoaria do regime aplicável às empresas privadas em situação equivalente.

Por igual razão, deve ser revogado o art. 22 da Lei nº 13.303, de 2016. Ele prevê que ao menos 25% dos integrantes do Conselho de Administração da estatal sejam membros independentes. Nem mesmo a Lei nº 6.404, de 1976, faz tal exigência às empresas por ela reguladas. Ademais, em face do papel do membro independente na defesa dos interesses dos acionistas minoritários, parece ilógico fazer determinação desse jaez a empresas cujo capital social seja inteiramente detido pelo ente político.

Já os arts 24 e 25 determinam que toda empresa estatal tenha em sua estrutura societária um Comitê de Auditoria Estatutário, com as características neles especificadas. Essa não é uma exigência feita pela legislação às empresas privadas que competem com as estatais. Ademais, não há preceito constitucional que determine a instalação desse comitê. O art. 173, § 1º, prevê, sim, que as estatais possuam conselhos de administração e fiscal. E, como pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, tais estatais devem dispor de órgão de controle ou auditoria interna.

É certo que o Código das Melhores Práticas de Governança do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa recomenda a instalação de comitês de auditoria estatutários, como órgãos de assessoramento direto do conselho de administração das empresas. A existência dos comitês, no entanto, não constitui obrigação legal para as empresas privadas. O Tribunal de Contas da União, examinando essa questão, chegou a recomendar à Eletrobras que orientasse seus representantes em sociedades de propósito específico (SPEs) a proporem a criação de tal comitê, como órgão permanente ou não (Acórdão nº 2063/2016 – Plenário). Tratou-se, como dito, de uma recomendação que teve em mira empresas específicas (as SPEs), e somente no caso daquelas *enquadradas em critérios de materialidade, risco e relevância*, a denotar que mesmo na visão da Corte de Contas não parece razoável exigir a criação do órgão em toda e qualquer empresa estatal. É preciso ter presente que a Lei nº 13.303, de 2016, pretende regular todas as empresas estatais, desde um gigante como a Petrobras, até a mais modesta empresa municipal. Por isso, o projeto ora apresentado torna facultativa a existência de tal comitê nas estatais.

Por fim, entendemos merecer revisão o art. 17, § 2º, do Estatuto das Estatais. Ele prevê proibições ao exercício de funções na Diretoria e no



Conselho de Administração das Empresas. Algumas delas, porém, se revelam desarrazoadas. O art. 17 já é suficientemente rigoroso para coibir que pessoas despreparadas ou inidôneas sejam alçadas a esses postos. Os incisos I a III do *caput* do artigo determinam os requisitos de experiência profissional, formação acadêmica e idoneidade para o exercício de funções na administração das estatais. Já o § 2º veda a indicação, para tais funções, de pessoas que participem ou tenham participado da estrutura decisória de partido político, ou mesmo prestado serviços em campanha eleitoral nos últimos trinta e seis meses, de detentor de mandato no Poder Legislativo em qualquer ente federativo, de quem exerça cargo em organização sindical, de quem tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços com a empresa estatal ou seu ente político controlador nos últimos três anos, entre outras hipóteses. Veda ainda sejam indicados para a Diretoria ou Conselho de Administração parentes até o terceiro grau dessas pessoas.

Ao prever tais interditos, a Lei evidentemente exorbitou, parecendo partir de presunções de inidoneidade baseadas no legítimo exercício da atividade política, sindical, laboral ou empresarial. Reitere-se que as demais exigências de experiência profissional, formação acadêmica e reputação ilibada já se prestam a obstar a escolha de pessoas que não tenham perfil para o exercício das funções. O fato de se ter vida partidária ativa não pode servir de impedimento à indicação, em contrariedade ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. Proibição como essa sequer é eficaz para o atingimento de uma pretensa finalidade de evitar o aparelhamento político e a corrupção em estatais, não passando, pois, no teste constitucional de adequação aplicável a medidas que restringem direitos fundamentais. Basta lembrar que os integrantes da Diretoria da Petrobras processados criminalmente no âmbito da Operação Lava Jato sequer tinham filiação partidária. Algo parecido pode ser dito de alguém que eventualmente tenha prestado serviços profissionais no âmbito de uma campanha eleitoral ou que exerça cargo em organização sindical. Também a vedação referente a quem tenha celebrado contrato com o ente político ou a empresa estatal nos parece desproporcional, pois é colocada independentemente da relevância econômica do contrato.

A extensão das proibições aos parentes até o terceiro grau talvez seja a demonstração mais cabal do excesso em que incorreu a Lei. Um exemplo simples é suficiente para deixar claro isso. Titulares de mandato parlamentar estão impedidos de exercer cargos na administração das estatais. Esta é uma proibição que, mesmo antes de figurar na Lei, já decorria da



própria Constituição (arts. 56, I, 27, § 1º, e 29, IX). No entanto, ampliá-la para alcançar parentes até o terceiro grau de parlamentares pode impedir que um funcionário de carreira de empresa estadual, com ampla experiência e formação acadêmica, seja indicado para compor a sua Diretoria simplesmente pelo fato de um sobrinho seu ser vereador de Município localizado em outro Estado da Federação. O absurdo da situação revela o quanto a Lei está a merecer aperfeiçoamento nesse ponto. O presente projeto dá nova redação ao art. 17, eliminando as previsões reputadas exorbitantes.

Em face do exposto, considerando que a proposição opera no sentido assegurar a conformidade do texto da Lei nº 13.303, de 2016, com a Constituição, solicitamos o apoio de nossos Pares para sua aprovação.

Sala das Sessões,

Senador JOÃO ALBERTO SOUZA

