

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

A ADEQUADA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE CARGO DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIOR PARA A INCIDÊNCIA DAS VEDAÇÕES À INDICAÇÃO DE ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS

EDUARDO VIEIRA DE SOUZA BARBOSA

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Advogado.

VICENTE LOIACONO NETO

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Advogado.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é adequar a delimitação do conceito de cargo de direção e assessoramento superior para a incidência das vedações à indicação de administradores de empresas estatais para fins de interpretação da Lei nº. 13.303/16, partindo da premissa de que, por se tratar de norma limitadora de Direitos Fundamentais deve sofrer interpretação restritiva, sustentando que ela apenas se aplica aos cargos em comissão instituídos pelo art. 37, inciso V, da Constituição da República. A metodologia utilizada neste estudo é dedutiva, associada a técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de doutrina, periódicos, artigos científicos e legislação. O estudo foi estrategicamente dividido em uma pesquisa detalhada de temas que se relacionam estreitamente com o Estatuto das Empresas Estatais.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Concluiu-se que o objetivo da norma legal é evitar a captura da administração das empresas estatais pelos interesses do governo eleito e o aparelhamento da sua estrutura administrativa por interesses partidários, assegurando a sua atuação em defesa do interesse coletivo para cuja satisfação foi criada. Dessa forma, a vedação somente se aplica a quem desempenhe na estrutura estatal funções predominantemente políticas, ligadas à execução do projeto de governo declarado vencedor nas urnas. A principal contribuição deste estudo é a discussão acerca da interpretação e consequências da legislação que inovou em normas que trazem com espírito motivador o combate à corrupção e a moralização da atividade estatal, bem como a sugestão proposta pelo autor quanto à adequada hermenêutica, limites dos requisitos e vedações à nomeação de administradores de empresas estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto Jurídico das Empresas Estatais; Lei das Estatais; vedações à indicação de administradores; cargo de direção e assessoramento superior

ABSTRACT

The purpose of this article is to adequate the delimitation of the concept of management position and superior advice for the incidence of prohibitions on the appointment of administrators of state-owned companies for the purpose of interpreting Law no. 13.303/16, starting from the premise that because it is a limiting rule of fundamental rights, it must undergo a restrictive interpretation, which only applies to commissioned positions established by art. 37, V of the Constitution of the Republic. The methodology of this study is deductive coupled with techniques of bibliographical research by way of reviewing doctrine, journals, scientific articles and legislation. The study was strategically divided into a detailed investigation of themes that closely relate to the state-owned company legislation. It was concluded that the objective of the law is to avoid the capture of the administration of state-owned companies by the interests of the elected government and the rigging of its administrative structure by party interests,

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

ensuring its performance in defense of the collective interest for whose satisfaction it was created. Thus, the prohibition only applies to those who perform predominantly political functions in the state structure, linked to the execution of the government project declared the winner at the polls. The main contribution of this study and the discussion of the legislation that innovated in norms bringing a against corruption and the moralization of state activity with a motivating spirit, as well as the suggestion proposed by the author of the organization for the requirements and restrictions on the appointment of company administrators of state-owned companies.

KEYWORDS: By-laws of State Companies; State-owned Companies Law; prohibitions on the appointment of administrators; senior management and advisory position.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, em especial no período do ápice da operação Lava Jato, vivenciou em diversas searas uma série de mudanças (ou tentativas). Durante esse lapso temporal, cujas consequências, como é de se esperar, ainda são percebidas, a produção legislativa inovou em normas que trazem com espírito motivador o combate à corrupção e à moralização da atividade estatal.

Provavelmente, o maior exemplo dessas inovações legislativas tenha sido a Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016 (BRASIL, 2016), denominada Estatuto das Empresas Estatais ou Lei das Estatais, que veio, ainda que muito tardiamente, a regulamentar o art. 173, §1º. da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), na medida em que estabelece o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Dentre os importantes aspectos abordados pela Lei está o que diz respeito aos requisitos técnicos e impedimentos para o ingresso dos administradores nas estatais,

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

regras para os mandatos, a avaliação de desempenho e as respectivas responsabilidades dos executivos. Apesar de tais critérios estarem previstos na Carta Magna de 1988, a tramitação da lei regulamentadora foi acelerada em virtude do ambiente social daquele momento.

O presente artigo pretende contribuir para a compreensão dos critérios norteadores da indicação de administradores de empresas estatais, especialmente quanto a uma das vedações prescritas pelo art. 17, § 2º, inciso I, da Lei nº. 13.303/2016, relativa à proibição de indicação dos titulares de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior, sem vínculo permanente com o serviço público para o conselho de administração e para a diretoria de empresas estatais.

A doutrina sobre a matéria é ainda escassa de profundidade, na medida em que a lei é recente e a interpretação do dispositivo mencionado carece de debates em casos concretos, o que se estende também à ausência de pronunciamentos judiciais acerca do tema.

Para tanto, tendo em vista a ausência de uma análise mais acurada sobre um tema tão relevante e de impacto na sociedade brasileira ansiosa por uma gestão profissional, eficiente e hígida das empresas estatais, o presente artigo tem por objetivo avaliar a adequada interpretação sobre os limites propostos pelo legislador no tocante ao dispositivo específico supracitado.

A metodologia utilizada neste estudo é dedutiva, associada a técnicas de pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de doutrina, periódicos, artigos científicos e legislação.

Inicialmente, o artigo abordará o propósito da edição da Lei sob um contexto amplo; após, tratará do problema acerca da interpretação das vedações à indicação de administradores de empresas estatais para, na sequência, enfatizar como objetivo central a análise sobre a adequada delimitação do conceito de cargo de direção e assessoramento superior disposto no art. 17, §2º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016. Ao fim, conclui sobre a existência de requisitos objetivos, para que se dê a correta hermenêutica sobre o referido dispositivo legal.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Para que os objetivos deste estudo sejam atingidos, contudo, é necessário compreender adequadamente os limites das restrições legais, o que depende de uma postura atenta por parte do intérprete. O legislador nem sempre foi claro ao estabelecer os critérios de vedação; as prescrições abstratas nem sempre refletem com precisão a complexa miríade de circunstâncias concretas às quais pretendem aplicar-se. Por esta razão, o presente artigo dedicar-se-á à interpretação de apenas um breve trecho de um inciso específico de um artigo da Lei nº. 13.303/2016, que trata da vedação da indicação de titular de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na Administração Pública sem vínculo permanente com o serviço público. Para isso, após esta reflexão acerca do contexto em que se insere a Lei nº. 13.303/2016, avaliar-se-á, de modo geral, o conjunto das vedações à indicação de administradores de empresas estatais (art. 17 da Lei nº. 13.303/2016); investigar-se-á especificamente sobre o dispositivo que o presente artigo pretende examinar e, ao final, apresentar-se-á algumas conclusões sobre o tema, buscando ao longo do texto vincular a práxis e o espírito do legislador ao que a melhor e mais moderna doutrina sobre o tema preconiza.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 13.303/2016

A Lei das Estatais trouxe uma série de dispositivos que visam dar maior eficiência, profissionalismo e governança à gestão e aos contratos das empresas com participação estatal. Contudo, por vezes, seja pela carência de precisão na redação de alguns artigos ou pela hermenêutica inadequada, nem sempre se observa a melhor compreensão e adequação das regras da lei à realidade prática para a qual ela visa estabelecer limites e critérios.

O presente artigo limitará sua análise ao que versa o art. 17, §2º, inciso I, que assim dispõe:

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Art. 17. [Lei 13.303/2016] Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: § 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;

A adequada compreensão das vedações à indicação de administradores de empresas estatais é fundamental para a delimitação dos critérios de intervenção do Estado no domínio econômico. Ao caracterizar a excepcionalidade da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, condicionada aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, a Constituição da República determina à lei que disponha sobre a estrutura e o funcionamento dos órgãos administrativos das empresas estatais, inclusive quanto aos mandatos, à avaliação de desempenho e à responsabilidade de seus administradores:

Art. 173. [Constituição da República] Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: 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.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Como se percebe, a Constituição da República considera a regulamentação legislativa necessária para caracterizar, além das hipóteses previstas, também a forma como o Estado deverá realizar a sua intervenção. Afinal, dessa forma depende não só o cumprimento dos princípios fundamentais do Direito Público, como também o próprio atingimento das finalidades de segurança nacional ou interesse coletivo que condicionam à atuação do Estado na economia.

Em que pese a antiguidade do texto constitucional, vigente há mais de trinta anos, os critérios a serem considerados na indicação de administradores de empresas estatais somente se tornaram um tema relevante em debate público recentemente, por consequência das investigações por corrupção na Petrobras durante a operação Lava Jato, quando passaram a ser discutidos com mais intensidade os temas do aparelhamento político das estatais e da profissionalização do seu corpo administrativo. Os resultados da mencionada operação contribuíram para formar junto à sociedade civil a opinião comum de que a adequada gestão de empresas públicas seria incompatível com interferências políticas em sua atividade (inclusive indiretas, pela nomeação de administradores estreitamente vinculados ao projeto político do governo eleito), e de que a profissionalização da gestão de estatais demandava uma regulação mais estrita da sua atuação.

Apesar das aparências, a posição não pode ser tomada como postulada. Por um lado, é verdade que as empresas públicas tendem a beneficiar-se da gestão por administradores profissionais e independentes, mais comprometidos com o atingimento de suas finalidades específicas do que com o projeto político do governo; por outro lado, espera-se de tais administradores não apenas que tenham conhecimento técnico e experiência prática quanto às peculiaridades da gestão pública, mas também alguma identidade com o programa de governo eleito, de modo a assegurar o alinhamento das atividades da empresa por imposição constitucional vinculada a finalidades de interesse coletivo, com os objetivos democraticamente escolhidos pela própria coletividade.

A solução do dilema não é simples: entre os extremos da colonização da empresa pelo governo, com a usurpação do interesse coletivo pelos caprichos

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

partidários e da sua emancipação do Estado, com o descolamento da atividade empresarial em relação ao interesse coletivo, que justifica sua própria existência como estatal, há diversos meios-termos possíveis. Um deles foi o escolhido pelo legislador na Lei nº. 13.303/2016, que estabeleceu critérios de governança e organização societária para as empresas estatais, indicou os limites de sua autonomia, delineou a forma adequada de vinculação ao interesse da coletividade e estabeleceu restrições à nomeação de administradores, buscando assegurar o integral cumprimento dos seus objetivos.

4 AS VEDAÇÕES À INDICAÇÃO DE ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS

Como explica Fernão Justen de Oliveira (Justen Filho, 2016, p. 147), o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais reflete o anseio da sociedade em reduzir o risco de corrupção e promover a gestão responsável, visando à eficiência econômica da empresa. Para isso, mencionada Lei amplia as exigências de qualificação objetiva dos sujeitos a serem indicados e eleitos como administradores da empresa estatal, buscando reduzir a influência política na composição do conselho de administração e da diretoria.

Com essa categorização, o legislador beneficiou-se da experiência pregressa da regulação dos critérios de nomeação de dirigentes das Agências Reguladoras: como esclarecem Bernardo Strobel Guimarães *et alii* (2019, p. 131), a instituição dessas agências foi norteadada pela preocupação central de que fosse preservada a sua perícia técnica e autonomia política, de modo a permitir que zelassem com qualidade pela satisfação do interesse público durante o movimento de privatização e reforma do Estado ocorrido durante os anos 90. Dessa forma, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais pôde partir dos critérios que já haviam sido fixados pela Lei nº. 9.986/2000 (BRASIL, 2000) e os desenvolver, agregando requisitos complementares decorrentes

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

da peculiaridade da maior dependência das empresas estatais em relação ao governo, em comparação com a autonomia típica das agências reguladoras. Tais requisitos foram inscritos no art. 17 da Lei nº. 13.303/20161.

¹ “Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: I - ter experiência profissional de, no mínimo: a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos: 1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa; 2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público; 3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista; c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista; II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. § 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores. § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria: I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo; II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral; III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical; IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação; V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade. § 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas. § 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista. § 5º Os requisitos previstos no inciso I do caput poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos: I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos; II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista; III - o empregado tenha

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Certamente que esses requisitos não podem ser interpretados de forma isolada. Como asseveram Pereira Junior *et alii* (2018, p. 87), os requisitos devem ser complementados pelas outras normas reguladoras da função, como o regime societário da Lei nº. 6.404/1976 (BRASIL, 1976) e as responsabilidades gerais decorrentes do exercício da função pública – como a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, a responsabilidade pela prática de crimes contra a Administração Pública e a responsabilidade pelos crimes praticados contra as finanças públicas.

Ainda assim, como se infere do texto legislativo, o Estatuto Jurídico das Empresas Estatais inovou ao estabelecer três grandes modalidades de requisitos e três grandes modalidades de vedações à nomeação de administradores de empresas estatais. Tomando por base a classificação proposta por Strobel Guimarães *et alii* (2019, p. 133), sugere-se a seguinte organização para os requisitos e vedações:

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.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Modalidades de Requisitos		Modalidades de Vedações	
Requisitos Profissionais	Experiência profissional adequada	Captura Governamental	Representante de órgão regulador
			Ministro ou secretário de Estado
			Titular de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior
			Titular de mandato no Poder Legislativo
Requisitos Acadêmicos	Formação acadêmica compatível	Captura Política	Dirigente de partido político
			Organizador de campanha eleitoral
			Dirigente sindical
Requisitos de Probidade	Não ser inelegível	Captura Privada	Parceiro, fornecedor ou comprador da empresa estatal
			Pessoa que tenha conflito de interesse

Os requisitos profissionais traduzem a experiência profissional necessária para o desempenho de função na administração superior de empresas estatais. São aqueles inscritos nas diversas alíneas do inciso I do art. 17, e que podem ser cumpridos de forma alternativa: basta o preenchimento de um dos requisitos para demonstrar a adequação do indicado ao desempenho da função. O legislador parte da premissa de que o exercício de funções na alta administração de uma empresa estatal exige uma qualificação superior à simples formação acadêmica. O exercício das tarefas atinentes à função de diretor ou conselheiro de administração de uma empresa pública ou sociedade de economia mista demanda, além de conhecimento, experiência demonstrável por qualquer das formas descritas nas alíneas do dispositivo: experiência de 10 anos na área de atuação da empresa; experiência de 4 anos em cargo de direção de empresa de porte ou objeto social semelhante, ou de cargo em comissão equivalente a DAS-4 ou superior, ou de cargo de docente ou pesquisador na área de atuação; ou 4 anos de experiência como profissional liberal na mesma área de atuação.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

O requisito acadêmico é mais simples e objetivo: presume que, além da experiência profissional, deve o administrador de empresa estatal ter também formação acadêmica compatível com o cargo, genericamente considerada.

Por fim, o requisito classificado como ético traduz, na verdade, um requisito jurídico: não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1º., inciso I, da Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990 (BRASIL, 1990). Considera o legislador que o cidadão considerado inapto a candidatar-se a cargo elegível deverá ser considerado inapto também a desempenhar a relevante função pública de administrar empresa estatal, vedando sua indicação.

Quanto às vedações, elas traduzem os esforços do legislador para evitar a captura da alta administração das empresas estatais por interesses alheios aos da própria empresa, e do interesse coletivo que ela se destina a atender. Referem-se, primeiramente, à captura estatal: a lei veda a indicação de administrador que mantenha vínculo excessivamente próximo com o governo eleito, e que poderia representar risco de desvirtuamento das finalidades coletivas da empresa estatal em benefício dos interesses particulares do governo e do partido no poder. Trata-se das restrições previstas no inciso I do § 2º do dispositivo, que abarcam representantes de órgãos reguladores, ministros e secretários de Estado, titulares de cargo de direção e assessoramento superior sem vínculo permanente ao serviço público e titulares de mandato no Poder Legislativo.

Em seguida, busca-se a captura política, que se refere à possibilidade de colonização da administração das empresas estatais por interesses políticos externos aos do próprio governo eleito. Nesses casos, considera-se um duplo risco: primeiro, de violação do princípio democrático, pelo emprego das empresas estatais no atendimento de finalidades não submetidas ao crivo do voto popular; e, segundo, de cooptação de organizações políticas extraestatais pelo oferecimento de cargos e vantagens na estrutura das empresas estatais. Trata-se das restrições previstas nos incisos I, II e III do § 2º do dispositivo, que se referem a dirigentes estatutários de partidos políticos, organizadores de campanhas eleitorais e dirigentes sindicais.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Por fim, o legislador buscou evitar também a captura privada, prevenindo a utilização da estrutura das empresas estatais, dedicada por sua própria natureza ao atingimento de uma finalidade pública, para a satisfação de interesses particulares. Dessa forma, proíbe nos incisos IV e V do § 2º a indicação de parceiro, fornecedor ou comprador da empresa estatal, e quem tenha qualquer forma de conflito de interesse com ela.

Por conseguinte, são várias e complexas as restrições ao exercício de funções na alta administração de empresas estatais, e cada uma delas merece uma análise detalhada para ter o seu escopo adequadamente compreendido. No capítulo seguinte analisar-se-á a vedação inscrita no art. 17, § 2º, inciso I, que proíbe a indicação de titular de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na Administração Pública que não possua vínculo permanente com o serviço público.

5 A ADEQUADA DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE CARGO DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO SUPERIOR

Como já foi explicado anteriormente, a vedação de indicação de titular de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na Administração Pública tem por objetivo evitar a captura da administração das empresas estatais pelos interesses do governo eleito. O legislador presume que as pessoas que ocupam cargos de direção e assessoramento superior sem vínculo permanente com a Administração Pública desempenham funções predominantemente políticas, ligadas à execução do projeto político de governo declarado vencedor nas urnas. Buscando evitar uma transmissão tão direta e imediata do projeto político para a gestão das empresas estatais, e o aparelhamento da sua estrutura administrativa por interesses partidários, proíbe-se que sejam desempenhadas simultaneamente as duas funções.

A vedação acarreta, no entanto, algumas dificuldades: em primeiro lugar, a dificuldade decorrente do fato de que a experiência prévia na gestão pública é um fator

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

positivo na formação dos administradores de empresas estatais. Conhecer em detalhes o funcionamento da máquina estatal pode contribuir para uma gestão mais eficiente da estrutura empresarial, e a vedação pode levar à exclusão de pessoas extremamente competentes para o desempenho da função. Em segundo lugar, é pertinente recordar que o vínculo com o projeto político de governo não é necessariamente indesejável, na medida em que a adesão ideológica ao projeto vencedor nas urnas pode contribuir para a melhor execução do interesse coletivo ao qual está adstrita a empresa estatal. E, em terceiro lugar, é importante observar que a restrição legal impõe limitação ao exercício do direito fundamental, devendo sofrer interpretação restritiva sob pena de ser considerada inconstitucional.

Neste contexto, a restrição deve ser adequadamente interpretada para garantir a obediência aos objetivos da lei; para assegurar o correto funcionamento das empresas estatais; e para a preservação dos direitos fundamentais dos afetados. Com tais ressalvas em mente, passa-se à interpretação do dispositivo:

Art. 17. [Lei 13.303/2016] Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III: [...] § 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.

A vedação se aplica, como se infere do texto legal, a duas espécies de ocupantes de cargos públicos que não tenham vínculo permanente com o serviço público: os titulares de cargo de natureza especial e os titulares de cargo de direção e assessoramento superior.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Quanto aos cargos de “direção e assessoramento superior”, fundamenta-se sua existência em expressa previsão constitucional, que estabelece a possibilidade de criação de “cargos em comissão” destinados às atribuições de “direção, chefia e assessoramento” da Administração Pública e passíveis de serem preenchidos por quem não seja servidor de carreira, nos percentuais previstos em lei:

Art. 37. [Constituição da República] A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

A partir desses critérios acima estabelecidos, a norma constitucional promoveu a recepção das regras previstas na Lei nº. 5.645/1970 (BRASIL, 1970) e na Lei nº 6.550/1978 (BRASIL, 1978), que determinavam as diretrizes fundamentais para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais. Ambas já classificavam os cargos de “direção e assessoramento superiores” como uma espécie do gênero “cargos de provimento em comissão”, conceituando-os como “aqueles cujo provimento deva ser regido pelo critério da confiança” conforme o regulamento específico:

Art. 3º [Lei 5.645/1970] Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: I - Direção e Assessoramento Superiores: os cargos de direção e assessoramento superiores da administração cujo provimento deva ser regido pelo critério da confiança, segundo for estabelecido em regulamento. **Art. 3º** [Lei 6.550/1978] Cada Grupo, abrangendo várias atividades, segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos ou o nível de conhecimentos aplicados, compreenderá: I - Direção e Assessoramento Superiores: os cargos e funções de direção e assessoramento superiores, cujo provimento deva ser regido pelo critério da confiança, observadas as normas vigentes na Administração Federal.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

Como se percebe, a regra refere-se a cargos providos por nomeação política sem concurso público, no âmbito da Administração Direta ou Indireta Autárquica e Fundacional, para o desempenho de função ligada ao serviço público. Como explicam Pereira Junior *et alii* (2018, p. 96), a vedação somente se aplica a quem ocupe cargos em comissão na condição de “extraquadro”:

A *ratio* das vedações em comento recomenda seja interpretada tal situação no sentido de que não poderá ocupar cargos de administrador na estatal quem ocupe cargos em comissão na condição de extraquadro. Ou seja, tal vedação não se aplica aos casos em que o indicado exerça função de confiança (a qual é, segundo o art. 37, V da CF, necessariamente preenchida por ocupantes de cargos efetivos). Igualmente, não se mostra aplicável tal vedação aos indicados que sejam ocupantes de cargos em comissão, mas pertençam ao quadro de carreira da Administração Pública, seja estatutário seja celetista, uma vez que a regra menciona “vínculo permanente com o serviço público”, e não necessariamente vínculo decorrente de cargo efetivo.

Quanto aos cargos de “natureza especial”, estes não são objeto de explícita previsão constitucional, e sequer há previsão legal que os regule sistematicamente. A despeito da ausência de conceito legal, a expressão refere-se a cargos pontualmente criados por legislação esparsa, vinculados a entidades públicas determinadas, às quais se reconhece o direito de contratar pessoas de confiança para o desempenho de funções específicas de natureza pública. Não há consenso na doutrina quanto à adequada classificação dessa espécie de função pública, mas o entendimento mais sofisticado parece ser o que a classifica como *tertium genus* entre os cargos de comissão e os cargos políticos, dotando os seus ocupantes de mais autonomia para o exercício de atividades relacionadas ao *imperium* e às funções de direção superior do Estado – como ocorre no caso dos Ministros de Estado, por exemplo. É esse o entendimento de Rodrigues Junior (2007, p. 100), que critica a identificação dos cargos de natureza especial aos cargos em comissão e sustenta:

Em conclusão, pode-se afirmar que: a) os cargos de natureza especial não são espécies dos cargos em comissão; b) os cargos de natureza especial acham-se insusceptíveis de padecerem as penalidades legais atualmente aplicáveis aos cargos em comissão; c) a essência dos cargos de natureza especial

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

aproxima-se da natureza dos cargos políticos, quanto ao exercício de atividades relacionadas ao imperium e às funções de direção superior do Estado; d) os cargos de natureza especial sujeitam-se a outras modalidades constitucionais e legais de punição por ilícitos.

Pode-se, concluir, dessa forma, que a vedação inscrita no trecho analisado do art. 17, § 2º, I da Lei nº. 13.303/2016 somente se aplica a quem desempenhe na estrutura estatal funções predominantemente políticas, ligadas à execução do projeto de governo declarado vencedor nas urnas. O legislador presume que se enquadram na categoria duas espécies de agentes públicos:

(a) os agentes que desempenham cargos em comissão destinados às atribuições de “direção, chefia e assessoramento” sem serem servidores de carreira; e (b) os agentes que desempenham cargos pontualmente criados por legislação esparsa para o desempenho de funções específicas relacionadas ao *imperium* e às funções de direção superior do Estado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo examinou-se em detalhe uma das vedações constantes do art. 17, § 2º, inciso I, da Lei nº. 13.303/2016, relativa à proibição de indicação para o conselho de administração e a diretoria de empresas estatais dos titulares de cargo de natureza especial ou de direção e assessoramento superior sem vínculo permanente com o serviço público. Após avaliar o sentido geral dos requisitos e vedações à indicação de administradores de empresas estatais, em vista da conjuntura política e dos objetivos do legislador, analisou-se o objeto específico deste artigo, buscando compreender o seu significado e alcance particular.

Concluiu-se do exposto que o objetivo do dispositivo legal é evitar a captura da administração das empresas estatais pelos interesses do governo eleito e o aparelhamento da sua estrutura administrativa por interesses partidários, assegurando

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

a sua atuação em defesa do interesse coletivo para cuja satisfação foi criada. Dessa forma, a vedação somente se aplica a quem desempenhe na estrutura estatal funções predominantemente políticas, ligadas à execução do projeto de governo declarado vencedor nas urnas, presumindo-se que se enquadram na categoria duas espécies de agentes públicos:

a) os agentes que desempenham cargos em comissão destinados às atribuições de “direção, chefia e assessoramento” sem serem servidores de carreira; e

b) os agentes que desempenham cargos pontualmente criados por legislação esparsa para o desempenho de funções específicas relacionadas ao *imperium* e às funções de direção superior do Estado.

Os novos parâmetros para a escolha de diretores das empresas estatais elencados na Lei nº. 13.303/2016 têm o claro intuito de, por um lado, garantir uma maior profissionalização do quadro diretivo das empresas públicas e sociedades de economia mista e, por outro, dificultar o aparelhamento político-partidário que, ao longo dos anos, comprometeu o desempenho eficiente das atividades-fim das estatais e tornaram-nas espaços propícios para a prática de atos de corrupção.

Os enunciados legais que constituem restrições a direitos devem ser interpretados de modo restritivo pelos operadores jurídicos, conferindo-lhes um significado que se limite a atender às finalidades buscadas pelo legislador.

REFERÊNCIAS

Berle, Adolf A.; Means, Gardiner C. (1933). *The Modern Corporation and Private Property*. New York: The Macmillan Company.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5645.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 6.550, de 5 de julho de 1978.** Estabelece diretrizes para a classificação de cargos, empregos e funções do Serviço Civil dos Territórios Federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6550.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 9.986, de 18 de julho de 2000.** Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9986.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº. 13.303, de 30 de junho de 2016.** 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em: 8 fev. 2020.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. Administração pública e planejamento no estado brasileiro: qual a contribuição a ser feita pelo direito administrativo?. **Revista Jurídica-UNICURITIBA**, v. 4, n. 45, p. 56 – 76, fev.2017.

CORREIA, Laíse Ferraz; Amaral, Hudson Fernandes. Arcabouço teórico para os estudos de governança corporativa: os pressupostos subjacentes à teoria da agência, in: **Revista de Gestão USP**, vol. 15, n. 3, jul.-set. 2008. São Paulo: USP.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. Governança corporativa na Lei das Estatais: aspectos destacados sobre transparência, gestão de riscos e compliance, in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 278, mai.-ago. 2019. Rio de Janeiro: FGV.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. A governança corporativa em empresas estatais brasileiras frente à lei de responsabilidade das estatais, in: **Revista do Serviço Público**, vol. 69, dez. 2018. Brasília: ENAP, p. 181-209.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

GOMES, Camila de Barros. A nomeação de dirigentes de estatais a partir da Lei 13.303/16, in: **Revista Juris Unioledo**, vol. 02, n. 02, abr.-jun. 2017. Araçatuba: UniToledo.

GUANDALINI JUNIOR, Walter (2017). A inaplicabilidade parcial dos impedimentos à eleição de conselheiros fiscais em subsidiárias integrais de sociedades de economia mista: a Lei das S.A. e a Nova Lei das Estatais, in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 276, set.-dez. 2017. Rio de Janeiro: FGV.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Limites da indicação política para a administração de empresas estatais**: análise das vedações constantes do art. 17, § 2º, II do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Working paper. Acessado em 15 de janeiro de 2020 no endereço eletrônico https://www.academia.edu/39806996/RDP_Working_Paper_Limites_da_indica%C3%A7%C3%A3o_pol%C3%ADtica_para_a_administra%C3%A7%C3%A3o_de_empresas_estatais. Acesso em: 9 fev.2020.

GUIMARÃES, Edgar; Santos, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais**: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual. Belo Horizonte: Fórum.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 4. ed. São Paulo: IBGC.

ISHIKAWA, Lauro; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. A evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e seus reflexos jurisprudenciais. **Revista Jurídica-UNICURITIBA**, v. 2, n. 55, p. 516 - 542, abr. 2019.

JENSEN, Michael C.; Meckling, William H.. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in: **Journal of Financial Economics**, v. 3, n. 4, oct. 1976. Rochester: Elsevier, p. 305-360.

JUSTEN FILHO, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LUPION, Ricardo. Estatuto Jurídico das Estatais: governança além da forma, in: **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, v. 5, nº 1, jan.-jun. 2018. Brasília: Universidade Católica de Brasília.

NORONHA, João Otávio; Frazão, Ana; Mesquita, Daniel Augusto (org.). **Estatuto Jurídico das Estatais**: análise da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum.

Organisation for Economic Cooperation and Development. State-Owned Enterprises in the Development Process. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264229617-en>>. Acesso em: 8 fev. 2020.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

*Organisation for Economic Cooperation and Development. **OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises**. Paris: OECD Publishing. Disponível no endereço eletrônico <http://dx.doi.org/10.1787/9789264244160-en>.*

PEREIRA, Maria Vanuza; Souza, André Luis. Paradoxos entre governança corporativa e ocorrência de práticas de corrupção em empresas públicas: uma análise à luz da teoria da agência, in: **Revista Formadores** – vivências e estudos, v. 10, n. 4, jun. 2017. Cachoeira: Faculdade Adventista da Bahia.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restellato; MAFFINI, Rafael (org.). **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum.

PINHO, Clóvis Alberto Bertolini; Ribeiro, Marcia Carla Pereir. Corrupção e compliance nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei nº 13.303/2016), in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 277, jan.-abr. 2018. Rio de Janeiro: FGV.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **O Estado como Acionista Controlador**, tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

PIOVESAN, Filipe da Silva; Cristóvam, José Sérgio da Silva. A Nova Lei das Estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a Lei Geral de Licitações, in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 275, mai.-ago. 2017. Rio de Janeiro: FGV.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DALLEDONE, Rodrigo Fernandes Lima. A Lei nº 13.303/2016 e as sociedades de economia mista: aspectos societários, controle e eficiência, in: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 278, mai.-ago. 2019. Rio de Janeiro: FGV.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Proposta de Critério Científico para Distinção entre os cargos de provimento em comissão e os cargos de natureza especial, quanto ao direito administrativo-disciplinar, in: **Revista Jurídica da Faculdade 7 de Setembro**, Fortaleza, abril 2007.

SCHAPIRO, Mario Gomes; Marinho, Morganna Matos. Conflito de Interesses nas Empresas Estatais: uma análise dos casos Eletrobrás e Sabesp, in: **Revista Direito e Práxis**, vol. 9, n. 3, 2018. Rio de Janeiro: UERJ.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As Empresas Estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

SILVA, Fernando Domingues. **Implantação da Lei nº 13.303/16 de governança corporativa**: um estudo do impacto no desempenho das empresas estatais, dissertação de mestrado. São Paulo: FGV.

STROBEL GUIMARÃES, Bernardo; COELHO RIBEIRO, Leonardo; ALVES RIBEIRO, Carlos Vinícius; GONÇALVES GIUBLIN, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves; PALMA, Juliana Bonacorsi. **Comentários à Lei das Estatais** (Lei nº 13.303/2016). Belo Horizonte: Forum.

TIROLE, Jean. Corporate Governance, in: **Econometrica**, v. 69, nº 1, jan. 2001. New Haven: The Econometric Society, Yale University.