



Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 176-177, ago. 2018/jul. 2019

RDM 176/177

Doutrina e Atualidades:

- 1 - "A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima" (autor: Giancarlo Bonizzio)
- 2 - "Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades" (autor: Thomas Ribeiro Bergmann)
- 3 - "Os instrumentos jurídicos (in)adequados à viabilização do third-party funding no Brasil" (autores: Lorenzo Galan Miranda e Henrique Steffen Wagner)
- 4 - "O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de S.As como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela CVM" (autor: Ricardo Freitas)
- 5 - "O sistema de enforcement e o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro" (autor: Fabio Percegoni de Andrade)
- 6 - "Governança Corporativa e a In(credibilidade) do Estado Empreendedor" (autor: Bruno Nagem)
- 7 - "A responsabilidade pré-contratual e sua extensão: a propósito de recente decisão do Superior Tribunal De Justiça sobre contrato de franquia" (autor: Luis Renato Ferreira da Silva)
- 8 - "O quão preliminar é a opção de compra de participações societárias?" (autor: Pedro Henrique Carvalho da Costa)
- 9 - "O stay period e a nova sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência" (autor: Gerson Branco e Matheus Martins Costa Mombach)
- 10 - "Livre concorrência e tratamento favorecido: Como medidas antitruste podem assegurar a autonomia da inovação nas pequenas empresas" (autor: Matheus Guilherme dos Santos Moraes)

ISBN 978-65-6006-002-9



9 786560 060029 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

 **rdm**
revista de direito mercantil

 **EXPERT**
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

**REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro**

176/177

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LVII (Nova Série)
agosto 2018/julho 2019

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LVII – ns. 176/177 – ago. 2018/jul. 2019
FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROFS. PHILOMENO J. DA COSTA e FÁBIO KONDER COMPARATO

CONSELHO EDITORIAL

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO, CARLOS KLEIN ZANINI,
GUSTAVO JOSÉ MENDES TEPEDINO, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU,
JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, JUDITH MARTINS-
COSTA, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS,
PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO OLIVEIRA GARCÍA,
RUI PEREIRA DIAS, SÉRGIO CAMPINHO.

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS
LEÃES, MAURO RODRIGUES PENTEADO,
NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI, RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN,
EDUARDO SECCHI MUNHOZ, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA,
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC
VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MARCOS PAULO DE ALMEIDA
SALLES, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, JULIANA KRUEGER PELA,
JOSÉ MARCELO MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA
GARCIA, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES,
CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA, ROBERTO
AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER,
SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI, VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO,
MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, MARCELO VIEIRA VON ADAMEK.

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO

MICHELLE BARUHM DIEGUES E MATHEUS CHEBLI DE ABREU.

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE

BEATRIZ LEAL DE ARAÚJO BARBOSA DA SILVA,
CAMILA BOVOLATO RODRIGUES, CAROLINA CAPANI,
GIULIA FERRIGNO POLI IDE ALVES, ISABELLA PETROF MIGUEL,
MATEUS RODRIGUES BATISTA, MATHEUS CHEBLI DE ABREU,
PEDRO FUGITA DE OLIVEIRA, VICTORIA ROCHA PEREIRA,
VIRGILIO MAFFINI GOMES, RODOLFO PAVANELLI MENEZES.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral da
Editora Expert LTDA
Rua Carlos Pinto Coelho,
CEP 30664790
Minas Gerais, BH – Brasil
Diretores: Luciana de Castro Bastos
Daniel Carvalho

Direção editorial:

Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa:

Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:

Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Giancarlo Bonizzio, Thomas Ribeiro Bergmann, Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner, Ricardo Freitas, Fabio Percegoni de Andrade, Bruno Nagem, Luis Renato Ferreira da Silva, Pedro Henrique Carvalho da Costa, Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach, Matheus Guilherme dos Santos Morais

ISBN: 978-65-6006-002-9

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte,

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

COLABORADORES

GIANCARLO BONIZZIO

Bacharel e mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor José Marcelo Martins Proença, no Departamento de Direito Comercial. Advogado no escritório Barbosa Müssnich Aragão em São Paulo.

THOMAS RIBEIRO BERGMANN

Possui graduação em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/RS (FMP). Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestrado em Direito junto ao programa de pós-graduação stricto sensu da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador focado em filosofia jurídica, política e moral.

LORENZO GALAN MIRANDA

Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor do Arbipedia. Estagiário em Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados.

HENRIQUE STEFFEN WAGNER

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado em Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados.

RICARDO FREITAS

Possui graduação em direito pela Universidade de São Paulo (1988), e Doutorado em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (2004). É advogado, fundador do escritório de advocacia Freitas Leite e autor de obras em matérias relacionadas a Mercado de Capitais, em especial, fundos de investimento. Autor do livro “A Natureza Jurídica dos Fundos de Investimento”. Foi Presidente

Executivo e do Conselho de Administração da Semp Toshiba e da Semp TCL. Atualmente é sócio e diretor da Hedge Investments e membro de conselho de administração da Semp TCL e da BrasilAgro S.A..

FABIO PERCEGONI DE ANDRADE

Advogado no escritório Tepedino, Berezowski e Poppa Advogados. Graduado em Direito em 2018 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com seis meses cursados na Faculdade de Direito da Universidade do Porto em Portugal. Pós-graduado em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BRUNO NAGEM

Doutorando em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Mestre em Direito nas Relações Econômicas e Sociais. Pós-graduado em Direito Processual Constitucional e em Mercado de Capitais e Derivativos, advogado na Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras, Ex-professor de Direito Civil II (Responsabilidade Extracontratual e Teoria Geral dos Contratos), Estágio Supervisionado I (Advocacia Cível) e Estágio Supervisionado IV (Ações Constitucionais) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Atuação voltada para a advocacia consultiva e contenciosa, com ênfase em Direito Empresarial e Civil. Ex-presidente da Comissão de Advocacia Estatal da OAB/MG (2016-2018). Membro efetivo do Conselho Fiscal da Federação Mineira de Judô (2021- 2025).

LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA

Possui doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2001). Mestrado em Direito Civil pela UFRGS (1993). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Comercial, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos civis e comerciais; direito societário; responsabilidade civil. Professor do Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da UFRGS

e Professor Colaborador do Programa de Pós Graduação em Direito da mesma Universidade.

PEDRO HENRIQUE CARVALHO DA COSTA

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" da Universidade Federal do Paraná. Advogado em Curitiba, Paraná.

GERSON BRANCO

Professor Associado de Direito Empresarial da UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

MATHEUS MARTINS COSTA MOMBACH

Mestre em Direito Empresarial pela UFRGS. Advogado em Porto Alegre.

MATHEUS GUILHERME DOS SANTOS MORAIS

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais. Aluno Destaque do Curso de Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais Direito. Advogado. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Penal pela Faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito. Coordenador da Comissão de Direitos da Infância e Juventude da OAB - 7ª Subseção Paulista. Membro Titular do Conselho Municipal da Juventude da Secretaria de Assistência Social e Desenvolvimento Humano de Barretos - SP. Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Acidentário pela Faculdade Legale Educacional. Membro Efetivo Regional da Comissão de Defesa do Consumidor do Conselho Seccional da OAB/SP.

SUMÁRIO

A Cláusula de Inalienabilidade e a Sociedade Anônima	15
<i>Giancarlo Bonizzio</i>	
Contribuição à Dogmática do Grupo de Sociedades.....	57
<i>Thomas Ribeiro Bergmann</i>	
Os Instrumentos Jurídicos (In)Adequados à Viabilização do <i>Third-Party Funding</i> no Brasil.....	87
<i>Lorenzo Galan Miranda, Henrique Steffen Wagner</i>	
O Conflito de Interesses em Assembleias Gerais de Sociedades Anônimas como Ilustração da Necessidade de Expedição de Súmulas Administrativas pela Comissão de Valores Mobiliários	127
<i>Ricardo de Santos Freitas</i>	
O Sistema de <i>Enforcement</i> e o Desenvolvimento do Mercado de Capitais Brasileiro	147
<i>Fabio Percegoni de Andrade</i>	
Governança Corporativa e a (In)Credibilidade Do Estado Empreendedor	167
<i>Bruno Nagem</i>	
A Responsabilidade Pré-Contratual e sua Extensão: A Propósito de Recente Decisão do Superior Tribunal de Justiça Sobre Contrato de Franquia	195
<i>Luis Renato Ferreira da Silva</i>	

O Quão Preliminar é a Opção de Compra de Participações Societárias?	211
---	-----

Pedro Henrique Carvalho da Costa

O <i>Stay Period</i> e a Nova Sistemática na Lei de Recuperação de Empresas e Falência	229
--	-----

Gerson Branco, Matheus Martins Costa Mombach

Livre Concorrência e Tratamento Favorecido: Como Medidas Antitrustes Podem Assegurar a Autonomia da Inovação nas Pequenas Empresas	263
--	-----

Matheus Guilherme dos Santos Morais

GOVERNANÇA CORPORATIVA E A (IN) CREDIBILIDADE DO ESTADO EMPREENDEDOR

CORPORATE GOVERNANCE AND THE (IN)CREDIBILITY OF THE ENTREPRENEURIAL STATE

Bruno Nagem

RESUMO: Através do presente estudo, busca-se analisar a positivação de diversos institutos de Governança Corporativa às Estatais através da Lei 13.303/2016 e do Decreto 8.945/16 demonstrando a mudança de postura do legislador que, com fundamento no princípio da moralidade administrativa, optou por tornar cogente a aplicação de princípios antes não positivados na legislação para dar o exemplo às demais sociedades empresárias e retomar a credibilidade inerente as sociedades estatais, o que trouxe novos desafios e entraves econômicos para o administrador público. O objetivo deste artigo é trazer uma reflexão acerca dos fundamentos da governança corporativa trazidos pela Lei 13.303/2016. Com isso, serão apontadas maiores balizas a atuação do Estado como controlador. Em termos de tipo metodológico de pesquisa, adotou-se a dogmática jurídica. Quanto aos raciocínios a serem adotados, sobressaem o indutivo-dedutivo e o dialético, sendo que os elementos até então obtidos permitirão lançar olhar crítico sobre os referidos diplomas regentes dos interesses públicos e privados, bem como sua confluência. Contudo, mesmo diante das dificuldades enfrentadas por uma estatal, o presente estudo analisou o arcabouço jurídico que a Governança Corporativa como obrigação leal no âmbito estatal, aparentando-se, mesmo com o pouco tempo de vigência da legislação como uma contribuição positiva às estatais. As peculiaridades e desafios da atuação do Estado como empreendedor são nítidas quando comparadas ao dinamismo das sociedades empresárias privadas. De toda forma, a adoção de obrigações inerentes à Governança Corporativa previstas em lei se mostra extremamente

salutar a nortear e balizar a conduta de gestores e controladores de estatais.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Economia Mista; Governança Corporativa; Atuação do Acionista Controlador; Limites; Conflitos de Interesses; Conflitos de Agência; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: *Through this article, we seek to analyze the introduction of several Corporate Governance institutes to State-owned companies by the act 13,303/2016 and Decree 8945/16, presenting the change in behavior of the legislator who, based on the principle of administrative morality, chose to make mandatory the application of principles that were not previously established in the legislation in order to set an example to other business companies and restore the inherent credibility of state companies, which brought new challenges and economic obstacles for the public administrator. The purpose of this article is to reflect on the fundamentals of corporate governance brought by act 13.303/2016. With this, the role of the State as controller will be pointed out. In terms of the methodological type of research, legal dogmatics was adopted. As for the reasoning to be adopted, the inductive-deductive and the dialectical stand out, and the elements obtained so far will allow us to cast a critical look at the referred diplomas governing public and private interests, as well as their confluence. However, even in the face of the difficulties faced by a state-owned company, this study analyzed the legal framework that Corporate Governance as a loyal obligation at the state level, appearing, even with the short duration of the legislation, as a positive contribution to state-owned companies. The peculiarities and challenges of the State's performance as an entrepreneur are clear when compared to the dynamism of private entrepreneurial societies. In any case, the adoption of obligations inherent to Corporate Governance provided for by law are extremely healthy to guide and guide the conduct of managers and controllers of state-owned companies.*

KEYWORDS: *State Controlled Company; Corporate governance; Action of the Controlling Shareholder; Limits; Conflicts of Interest; Agency Conflicts; Democratic state.*

INTRODUÇÃO

Esse estudo busca analisar a adoção de práticas de Governança Corporativa em empresas estatais com fundamento na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) que positivou diversos institutos antes previstos em normativos infralegais e até sem força cogente como o Código de Boas Práticas do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC.

A novel legislação trouxe para o âmbito estatal a obrigação de seguir rígidos padrões de transparência, gestão de riscos, respeito ao acionista minoritário e, ainda assim, limitando-se o desempenho de sua atividade à autorização legislativa que ensejou a criação da sociedade estatal.

Com isso, tem-se maiores balizas à atuação do Estado como controlador que poderia interferir de modo a se atribuir uma concorrência desleal no mercado, desviando a atuação da sociedade estatal, ou até utilizando-a para fins ilícitos, o que a Lei das Estatais busca impedir.

Todavia, pouco se analisa a questão sobre o enfoque das respectivas funções sociais desses tipos societários, e os entraves legislativos para o exercício de suas atividades empresariais e, ainda, os fundamentos que justificam a intervenção do Estado na atividade econômica.

Contudo, mesmo diante das dificuldades enfrentadas por uma estatal, o presente estudo busca analisar se o regramento legal que trouxe as disposições de Governança Corporativa ao âmbito estatal seria uma contribuição positiva ou apenas um ônus desnecessário a esse tipo societário.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA CRIAÇÃO DE SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O Estado, excepcionalmente, a teor do artigo 173 da Constituição da República³⁶⁵ atuará na atividade econômica quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Na toada de lições de MUSACCHIO³⁶⁶ (2015), o Estado intervirá na atividade econômica, a fim de sanar falhas de mercado, as quais podem ser identificadas em 3 (três) hipóteses. A “falha do mercado de capitais” pode ser nomeada como a primeira falha, que surge em decorrência do baixo desenvolvimento econômico, ocorrendo em hipóteses em que o investidor tem aversão a risco, restringindo os investimentos privados em infraestrutura; oportunidade em que o Estado intervém como financiador ou capitalista de risco.

Os denominados “problemas de coordenação” podem ser apontados como outra falha no que diz respeito à cadeia produtiva. Nessa hipótese, a intervenção estatal serve para promover a integração na cadeia produtiva impulsionando o desenvolvimento da economia local, com o escopo de viabilizar a atividade a ser desenvolvida.

A última e terceira falha de mercado diz respeito aos problemas dos “custos da descoberta”, intervindo o Estado para oferecer subsídios ou incentivos financeiros à iniciativa privada, ou até se organizando através de empresas estatais para realizar a referida atividade.

As sociedades de economia mista no Brasil se situam nesse contexto de excetuação, sendo categorizadas em exploradoras de atividades econômicas e prestadoras de serviços públicos.

As que dispõem de maior correlação com a atividade fim do Estado são as prestadoras de serviços públicos, ou seja, fornecem à sociedade serviços que são essenciais, como saneamento básico,

365 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.

366 MUSACCHIO, ALDO; e Sérgio G. LAZARINNI. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra - 1ª ed. - São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

energia elétrica, água, coleta de resíduos sólidos etc. Essas atividades, invariavelmente, são de elevado custo, por vezes subsidiadas, que atraem pouca atenção do empresariado, razão pela qual raramente contam com concorrência. Noutra ponta, tem-se as sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas as quais, muito embora assumam, por vezes, atividades objeto de monopólio estatal, lançam-se no mercado e fazem frente à concorrência no mercado global.

Oportuno apontar que, em ambas hipóteses, o inciso XIX do artigo 37 da CF³⁶⁷ preconiza que lei específica seja elaborada para autorizar a instituição das sociedades de economia mista, justificando-se por sua condição de instrumento da Administração Indireta. Sendo que, da leitura do texto constitucional, extrai-se que a lei específica não institui a sociedade de economia mista, limita-se a autorizar sua constituição³⁶⁸. Vale dizer, salvo disposições legais específicas, para a criação de uma sociedade de economia mista não se dispensa o emprego dos demais elementos necessários à criação de uma sociedade por ações, mas se acresce os predicados de relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional.

Assim o fundamento legal para a instituição das sociedades de economia mista é a autorização legislativa, e o fundamento teórico se situa na necessidade de ser instituída a própria sociedade empresária (estatal) para viabilizar o fornecimento de serviços públicos ou a exploração de atividade econômica que, por motivos de política pública, devam ao menos em parte permanecer na esfera estatal.

Nessa senda, é possível identificar, ao menos, três possibilidades de atuação das sociedades de economia mista, quais sejam, prestar

367 Art. 37 (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

368 Disposição semelhante é identificada no § 1º do artigo 1º da Lei n. 13.303/16: *A constituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista dependerá de prévia autorização legal que indique, de forma clara, relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do caput do art. 173 da Constituição Federal.*

serviços públicos, exercer atividade econômica que custeie esta prestação ou intervir na atividade econômica paralela.

2. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SEU REGRAMENTO

As sociedades de economia mista têm como base o Decreto-Lei nº 200/67, alterado pelo Decreto-Lei nº 900/69, bem como o artigo 235 da Lei nº 6.404/76 (LSA).

Integrando a Administração Pública Indireta, as sociedades de economia mista são tidas como pessoa jurídica de direito privado que possuem uma forma de organização e composição de seu capital distinta das demais, até porque a gestão da atividade empresarial é centrada na Administração Pública Direta.

Apontando as sociedades de economia mista como uma sociedade *sui generis*, CARVALHOSA (2014, p. 35) afirma que são sociedades anônimas apenas formalmente, uma vez que, necessariamente, devem se ater ao interesse público primário, tendo uma inegável posição preponderante perante as sociedades privadas.

Visando aumentar as formas de fiscalização e resgatar a credibilidade das Estatais, abalada com escândalos de corrupção envolvendo empreiteiras e agentes públicos, em 2016 foi publicada a Lei nº 13.303 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais). Regulamentando o Estatuto Jurídico das Estatais, foi editado o Decreto nº 8.945/16 no âmbito federal, sendo aplicável às estatais sediadas no exterior e às transnacionais.

O Estatuto Jurídico das Estatais, reforçando a necessidade de padronizar a atuação estatal na atividade econômica, preconiza expressamente a necessidade de indicação precisa do relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional para se criar uma estatal, embora não se defina precisamente tais conceitos.

Corolário dos preceitos constitucionais constantes no artigo 37, inciso XIX, e no *caput* do artigo 173, a nova legislação das estatais buscou limitar a discricionariedade da Administração Pública, evitando

arbítrios que violam o Estado Democrático de Direito, notadamente, para intervir na atividade econômica.

Oportuno trazer à baila que a Lei das Estatais trouxe ao ordenamento jurídico a positivação da temática da governança corporativa, estipulando de forma detalhada rígidos parâmetros e obrigações às estatais para assegurar maior controle de suas atividades, buscando evitar desvios de condutas de seus gestores e controladores, assegurando sua eficiência, sem deixar de lado o interesse dos *stakeholders*.

Isso porque, pela Lei no 6.404/76 (LSA) era muito difícil delimitar os parâmetros de ação da discricionariedade dos gestores de uma sociedade de economia mista, o que foi aprimorado pela Lei das Estatais.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA NAS ESTATAIS

Inicialmente, é oportuno apontar que a legislação societária tem sido sensivelmente alterada desde a década de 1990 em decorrência de escândalos envolvendo corrupção em grandes corporações e governos mundo afora. Um marco para tanto é o caso Enron³⁶⁹ e WorldCom, cuja fraude contábil impactou o mercado de capitais norte-americano e, como reação legislativa americana, foi promulgada a Lei Sarbanes-Oxley – SOx, em janeiro de 2002, nos Estados Unidos, inserindo no ordenamento norte-americano regras para governança corporativa relativas à divulgação e à emissão de relatórios financeiros (COFFEE JR., 2006, p. 33).

No Brasil não foi diferente. Tendo como inspiração a SOx, foi promulgada a Lei nº 10.303/2001, que alterou substancialmente a Lei

369 *Enron had tripped over a technical aspect of a highly technical rule and so was placed in default on billions of dollars. If Enron had simply observed the '3 percent rule' properly, it might have been able to continue for some indefinite further period to conceal the true extent of its liabilities. The greater fraud was not that Enron cheated on the '3 percent rule', but that Enron and its gatekeepers collectively rationalized that 'the 3 percent rule' entitled Enron to blind its own investors to some \$15 to \$20 billion in off-balance sheet financings for which Enron was liable.*

das S.A., já inserindo mesmo que timidamente preceitos de governança corporativa, notadamente, disposições que diziam respeito aos direitos dos minoritários. Posteriormente, o legislador ordinário, colimando incrementar o controle e a fiscalização em estatais em decorrência do descrédito gerado por escândalos de corrupção (o que já vinha timidamente ocorrendo desde a década de 1990), trouxe ao arcabouço jurídico a partir de 2011, com a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), com a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e com o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e o Decreto nº 8.945/2016, instrumentos de viabilização e efetivação desse desiderato.

Certo é que o desenvolvimento de atividade empresarial por parte do Estado traz consigo desafios de compatibilização de diversos diplomas legais e constitucionais para a concretização do objeto que ensejou a criação da sociedade estatal.

A Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais ou LE) destacou a necessidade de que as estatais sigam regras de governança corporativa, muito embora não traga uma precisa definição do que seja tal instituto.

Importante trazer à baila o contexto da criação da Lei nº 13.303/2016, haja vista que seu surgimento se deu como uma rápida resposta do legislador aos escândalos envolvendo corrupção em sociedades estatais, notadamente, a denominada “Operação Lava-Jato”³⁷⁰, que trouxe à tona episódios de corrupção e o desgaste político e social da imagem das sociedades controladas pelo Estado e o envolvimento de agentes públicos e grandes corporações privadas em desvio de valores em contratos para execução de empreendimentos de grande porte que se mostravam relevantes ao desenvolvimento do país.

Aliás, a rápida resposta do legislador foi tão abrupta e incisiva que fez com que as estatais se adequassem num exíguo prazo de 24 meses às duras imposições da novel legislação que positivou institutos de

³⁷⁰ Importante apontar que Walfrido Warde, não desestimulando a investigação sobre corrupção, apontou efeitos deletérios da “Operação Lava-Jato” por falhas no modo de combatê-la, vindo a trazer nefastas consequências econômicas e sociais ao país (2018, p. 70-74).

governança corporativa consagrados nas boas práticas empresariais e mercado de capitais. Entretanto, até então não tinham respaldo legal. Assim, numa tentativa de resgate da credibilidade das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, a imposição de seguir padrões de governança corporativa foi imposta por lei a elas.

A teor do artigo 6º da Lei das Estatais, pode-se ver que as normas que exigem a aplicação do instituto da governança corporativa são extensíveis às subsidiárias (essas últimas consideradas numa acepção bem ampla).

O artigo 6º do Estatuto das Estatais assim preconiza:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

Há uma certa dificuldade na construção de um conceito uniforme sobre o que é governança corporativa, haja vista a diferença na estrutura da propriedade acionária (dispersão ou concentração) e a variação nos valores que cada ordenamento jurídico atribui aos institutos de direito comercial, conforme salienta VEGUEIRO (*apud* VERÇOSA, 2013, p. 455).

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa em seu Código de Boas Práticas traz sua própria definição de governança corporativa:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.

As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum³⁷¹.

Assim, a governança corporativa, em regra no Brasil, afigura-se como verdadeira norma consuetudinária, mas escrita (por conta de diretrizes lançadas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC), a qual dispõe de normas éticas e jurídicas, que regulam os deveres de cuidado, diligência, lealdade e de não intervenção em operações que gerem conflito de interesse com a sociedade; exercício das funções, atribuições e poderes dos membros do conselho de administração, da diretoria executiva, do conselho fiscal e dos auditores externos, e o relacionamento entre si e com a própria sociedade, seus acionistas e mercado em geral (LOBO *apud* VERÇOSA, 2013, p. 456).

De toda sorte, parece-nos unísono que a governança corporativa corresponda às diversas formas de gestão e supervisão societárias, adotando-se regras de transparência, eticidade, equidade, responsabilidade, bem como de contabilidade internacionalmente reconhecidas.

PARGENDLER³⁷² (2016, p. 369) aponta a governança corporativa como instrumento que busca melhorias no equilíbrio de poder interno de corporações, sendo muito importantes para os resultados econômicos e sociais. Especificamente, duas fórmulas de governança

371 Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/2014/files/CMPGPT.pdf>>. Acesso em 06/12/2017.

372 *The corporate governance movement posits that improvements in the balance of power internal to the business corporation matters a great deal for economic and social outcomes. Specifically, two formulas of internal governance have received the lion's share of attention over time: the monitoring role of the board of directors and the active role of shareholders.* Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2491088> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2491088>>. Acesso em 28/12/2021.

interna receberam a maior parte da atenção ao longo do tempo: o papel de monitoramento do conselho de administração e o papel ativo dos acionistas.

A governança corporativa serve para aumentar a confiabilidade do mercado em relação à companhia, uma vez que trata com maior respeito os interesses dos *stakeholders* (partes interessadas), empregados, investidores, proporcionando uma valorização da empresa.

Embora a governança corporativa tenha o escopo de incrementar a confiança do mercado na sociedade que adote suas boas práticas, tem-se que seu principal objetivo é a proteção do acionista minoritário, atuando como sistema de freios e contrapesos dentro de uma sociedade empresária, equilibrando as forças entre controlador e minoritários. Quanto a essa proteção do acionista, salienta HOPT (2011, p. 79) *protection can be achieved either by imposing fiduciary duties on the controlling shareholder or by enacting specific rules for corporate groups as in Germany (Konzernrecht)*³⁷³.

Oportuno frisar que, no Brasil, os preceitos de governança positivados no Estatuto Jurídico das Estatais se aplicam a todas as sociedades arroladas em seu artigo 1º, inclusive as companhias fechadas, como é o caso das subsidiárias integrais de sociedade de economia mista, que mesmo tendo apenas uma sócia integral deverá seguir os princípios preconizados pelo instituto da governança corporativa. Ademais, suas normas são aplicáveis às companhias que sequer são controladas pelo poder público, mas apenas que o poder público possua participação (art. 1º, §7º).

373 *Shareholder protection is the major concern of corporate governance. In blockholder systems this protection is needed not so much vis-à-vis the board but vis-a-vis the controlling shareholder. Protection can be achieved either by imposing fiduciary duties on the controlling shareholder or by enacting specific rules for corporate groups as in Germany (Konzernrecht). Individual shareholders or minorities can also be given rights to protect themselves. Apart from financial rights, there are rights of information (disclosure), codecision (voice) and withdrawal (exit). Yet, a major concern is the old phenomenon of the rational apathy of shareholders. It remains to be seen whether the rise of institutional investors and of shareholder activism will bring more than an ephemeral change.* <Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1713750> > acesso em 28/12/2021.

Assim, o Estatuto Jurídico das Estatais determina que as empresas por ela abarcadas ajam com transparência, criando estruturas de controle e códigos de conduta, o que a nosso ver já deveria ser adotado antes da publicação da referida legislação.

No que tange à transparência, deve-se levar em conta o conjunto de diplomas legais aplicáveis à espécie, e não apenas o Estatuto Jurídico das Estatais. Isso porque é aplicável às empresas estatais, além do artigo 8º da Lei nº 13.303/2016, a Lei de Acesso à Informação - LAI (Lei nº 12.527/2011, art. 1º, §1º, II), notadamente, no que tange à *divulgação de toda e qualquer forma de remuneração dos administradores* (artigo 12, inciso I, da Lei das Estatais), visando dar publicidade e simetria de informações aos investidores para tomada de decisões financeiras.

O IBGC em seu Código de Boas Práticas³⁷⁴ define como princípio básico da Governança Corporativa a transparência, elucidando a questão nos seguintes termos:

Transparência - Consiste no desejo de disponibilizar para as partes interessadas as informações que sejam de seu interesse e não apenas aquelas impostas por disposições de leis ou regulamentos. Não deve restringir-se ao desempenho econômico-financeiro, contemplando também os demais fatores (inclusive intangíveis) que norteiam a ação gerencial e que condizem à preservação e à otimização do valor da organização. (IBGC, 2015, p. 20)

Tem-se que, embora tal princípio não esteja elencado numa norma propriamente dita, está contido numa norma consuetudinária aplicável às estatais, devendo ser interpretado sistematicamente com os demais diplomas legais. Oportuno frisar que transparência é apenas um dos pilares da boa governança, devendo ser acompanhada

374 Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/2014/files/CMPGPT.pdf>>. p. 20. acesso em 06.12.2017.

por equidade (isonomia de tratamento aos acionistas) e prestação de contas (SILVEIRA, 2008).

O artigo 8º e seus 9 (nove) incisos, da Lei das Estatais, trazem em seu bojo os requisitos mínimos de transparência a serem seguidos por uma estatal ou sua controlada, sendo que nada impede que a gestão da companhia queira apresentar melhorias quanto à questão da transparência, buscando ampliar o leque de publicização de seus atos, desde que não prejudique pontos estratégicos de seu negócio.

Por não se tratar de objeto central do presente estudo não realizaremos um detalhamento maior desse artigo 8º e seus incisos, atendo-nos apenas aos pontos mais pertinentes ou relevantes ao trabalho aqui proposto, já que demonstram a gama de obrigações a que se sujeitam as sociedades de economia mista e suas subsidiárias integrais na qualidade de sociedades anônimas e, como se não bastasse, outras que lhe somam pelo fato puro de se sujeitarem às normas de direito público. Assim sendo, é de supor que seus *stakeholders* são protegidos, no mínimo, com grau maior de transparência do que aquele impingido pela LSA, o que por si só não é um garantidor de que essa proteção será efetivada de fato.

Com efeito, não se pode deixar de lado o fato de que as estatais fazem parte da Administração Pública Indireta, sendo que inevitavelmente há interesse público na consecução de seu objeto, razão pela qual o artigo 8º, inciso I, da Lei nº 13.303/2016 traz a previsão, derivada do dever de transparência, da elaboração de uma carta anual subscrita pelos membros do Conselho de Administração

com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela empresa pública, pela sociedade de economia mista e por suas subsidiárias, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para suas respectivas criações, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos.

A carta ora mencionada, cuja elaboração e divulgação é anual, serve para corroborar a compatibilidade dos objetivos da estatal com as políticas públicas desenvolvidas por sua controladora, mantendo-se, assim, a coerência quanto ao interesse público ensejador da criação da empresa pública, sociedade de economia mista ou subsidiária integral por ela constituída, reforçando a razão da existência da referida empresa.

Outro ponto pertinente à temática da transparência é a denominada carta anual de governança corporativa prevista no inciso VIII do artigo 8º da Lei das Estatais, através da qual se dá ampla divulgação, ao público em geral, de informações relevantes, em especial as relativas a atividades desenvolvidas, estrutura de controle, fatores de risco, dados econômico-financeiros, comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração.

Com a aplicação das normas de governança corporativa positivadas na Lei das Estatais, conclui-se que os credores e investidores de sociedades de economia mista, bem como de suas subsidiárias integrais, gozam de uma maior proteção, pelo detalhamento de dados e informações que lhes são disponibilizados com o mister de se cumprir a legislação vigente, haja vista que é buscada uma simetria de informação entre as partes envolvidas.

Novamente, a Lei no 13.303/2016 inovou no sentido de, abrangendo princípios de governança corporativa (*compliance*³⁷⁵), previu expressamente às empresas estatais regras mínimas de estruturas e práticas de gestão de risco e controle interno.

Em seu artigo 9º e seus incisos e parágrafos, o Estatuto Jurídico das Estatais elenca uma série de obrigações mínimas, impostas às empresas estatais, a fim de que se implemente e mantenha em sua rotina diária instrumentos de controle interno, com estrutura

375 O termo *compliance*, em tradução livre do inglês, significa conformidade, ou seja, os atos praticados devem estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos.

própria e autonomia inerentes à natureza das funções fiscalizatórias a serem desempenhadas. Inclusive, tais práticas devem ser tanto dos administradores da sociedade quanto dos próprios empregados, que devem implementar práticas de controle interno em seu cotidiano (inciso I do artigo 9º).

A importância dispensada a tal princípio é tamanha que a lei prevê que seja criada uma estrutura exclusivamente dedicada a tais assuntos (art. 9º, inciso II), verificando o cumprimento de obrigações e de gestão de riscos. Tamanha é a responsabilidade e relevância da referida estrutura de *compliance* que terá vinculação direta ao diretor-presidente, sendo liderada por diretor estatutário. Inegável que essa estrutura tem acesso, por previsão legal e estatutária, à alta administração de uma estatal, sendo que mesmo assim deverá ter sua independência assegurada, a fim de que desempenhe suas atribuições adequadamente.

A relevância da independência funcional assegurada pela legislação é tão grande que há previsão no sentido de que *o estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada* (§ 4º do artigo 9º da Lei no 13.303/2016).

Com o escopo de aumentar as formas de controle sobre as estatais é determinado pelo Estatuto Jurídico das Estatais (artigo 9º, inciso III) a instituição de duas áreas diversas com similares funções, mas que são complementares, quais sejam: auditoria interna e o comitê de auditoria estatutário.

Ambas as áreas exercem atividades eminentemente fiscalizatórias tanto no tocante aos aspectos financeiros propriamente ditos, como no que se refere ao controle interno, gerenciamento de riscos e governança corporativa (CARDOSO, 2016, p. 113).

Oportuno salientar que comitês são órgãos, estatutários ou não, de assessoramento ao Conselho de Administração, sem poder de

deliberação, sendo suas recomendações não vinculantes ao Conselho de Administração (OCTAVIANI; NOHARA, 2021, p. 182).

A área de auditoria interna é responsável pela gestão de riscos e aferição de cumprimento de obrigações, exercendo ainda a função fiscalizatória da própria gerência de gestão de riscos e conformidade, ou seja, é fiscal do fiscal.

Por seu turno, o comitê de auditoria estatutário é órgão auxiliar do Conselho de Administração, com as atribuições especificamente constantes nos incisos I a IV do artigo 24 da Lei das Estatais, a exemplo de opinar sobre a contratação de auditor independente, supervisionando sua atuação; exercer a função de supervisão das áreas de controle interno e auditoria interna da empresa estatal, dentre outras.

Pode-se inferir, contudo, que a *mens legis* foi a de aumentar os instrumentos de controle das Estatais e fiscalização, inclusive, com estruturas superpostas que servem para fiscalizar o fiscalizador, trazendo, assim, diversas instâncias de análise dos mais diversos assuntos de *compliance*. Imperioso reiterar que a fiscalização não recai apenas sobre a pessoa jurídica, mas também sobre seus dirigentes e demais empregados de estatais.

Tem-se, ademais, a previsão do inciso I do § 1º do artigo 9º, da Lei das Estatais, no sentido de que seja elaborado Código de Conduta e Integridade a ser seguido pela empresa estatal, seus dirigentes, empregados, e partes envolvidas (*stakeholders*). Estabelece que o código deverá dispor sobre *princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude*. Sendo que nos demais incisos, que devem ser interpretados sistematicamente, preconiza-se ao código de conduta estabelecer sanções no caso de violação às regras nele contidas, criação de canal de denúncias, bem como mecanismos de proteção aos denunciantes, prevendo, ainda, o treinamento periódico de empregados e administradores quanto ao conteúdo do código de conduta e às questões de gestão de risco e *compliance*.

Novamente, para não perder o foco do trabalho aqui proposto, desviando-se da questão central do presente estudo, não realizaremos a análise exaustiva das previsões do artigo 9º do Estatuto Jurídico das Estatais, já restando demonstrada que há uma série de obrigações oriundas da novel legislação específica das Estatais, a qual é plenamente aplicável às subsidiárias integrais de sociedade de economia mista por estarem sujeitas ao mesmo regime de sua sócia integral, o que torna forçosa a isonomia de tratamento legal de ambas pessoas jurídicas.

O Estatuto Jurídico das Estatais nos parece ser um marco legal de relevo, uma vez que estabelece deveres de governança corporativa com a instituição de estruturas de gestão de riscos e controle interno, além dos controles externos que já são realizados em decorrência da LSA, a qual é aplicável às estatais, incluídas as subsidiárias integrais de sociedades de economia mista.

Com isso, amplia-se a possibilidade de acompanhamento e controle pela sociedade e pelos órgãos de controle, permitindo que as referidas entidades sejam utilizadas efetivamente para consecução dos objetivos para os quais elas foram criadas (CARDOSO, 2016, p. 119).

FRAZÃO (114:2017) salienta que a gestão das estatais se pauta pelo interesse público que justificou sua criação. Assim, não se pode negligenciar, deliberadamente, a justificação legal e política da constituição de uma sociedade estatal para se buscar a função eminentemente lucrativa de uma sociedade anônima, vertendo-a para outros fins que não digam respeito aos previstos na lei que autorizou sua criação. Tais balizas se estendem aos controladores e gestores das estatais, artigo 239 da LSA, preconizando que os deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas, tanto quanto à necessidade de seguir o desiderato pelo qual se ensejou a instituição da estatal quanto a seguir os deveres fiduciários do administrador de acordo com a legislação societária e, também, de administração pública. Assim, se os controladores direcionarem a gestão estatal para objetos estranhos ou incompatíveis com seu objeto social, incorrerão em abuso do poder de controle. A lei das estatais

procurou ser mais precisa quanto à definição de função social da estatal, identificando-a como sendo a realização do relevante interesse coletivo ou do imperativo de segurança nacional constantes na lei autorizadora.

4. CONFLITOS DE AGÊNCIA E AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Os gestores de estatais têm a obrigação precípua de agir no interesse da companhia, tendo em vista o interesse público ensejador de sua criação. Os deveres e responsabilidades dos controladores e administradores servem não apenas para assegurar que a gestão seja consentânea com os interesses constitucional e legalmente protegidos, mas também garantir o monitoramento e a transparência necessários aos empreendimentos do Poder Público no setor privado. Existe uma obrigação fundamental de que os controladores de sociedades empresárias não causem danos injustificáveis ou desproporcionais aos interesses albergados pela ordem constitucional, sob pena de abuso do poder de controle e até apontando desvios como conflito de agência, sujeitando-se à devida responsabilização (FRAZÃO, 2017, p. 116).

Ponto sensível é o das indicações dos ocupantes da alta administração de sociedades de economia mista e de suas subsidiárias integrais. Isso porque, não raras vezes as pessoas indicadas para ocupar tais cargos detêm vinculação com a estrutura decisória de partidos políticos, com sindicatos, dentre outros, ou seja, mantêm relações capazes de viciar sua atuação junto à estatal, fazendo com que ocorra o denominado conflito de agência, o qual é caracterizado pelo desalinhamento dos propósitos dos gestores com os objetivos da sociedade empresária, no caso, a estatal.

Muitas das vezes os cargos de alta direção de estatais são tidos como moedas de troca para favores políticos, desvirtuando a natureza de tal cargo, fazendo com que pessoas imbuídas de má-fé busquem vantagens em proveito próprio ou de outrem, descurando-se de seu

papel de gestor de uma sociedade de economia mista, sendo que, inclusive, há em tais sociedades relevante interesse coletivo ou um imperativo de segurança nacional justificador de sua criação, de modo que tal sociedade deve cumprir seu objeto.

Segundo leciona MUSACCHIO (2015, p. 89), comparativamente à iniciativa privada, os executivos de estatais *não estão motivados para empenhar-se na melhoria do desempenho e/ou não são bem monitorados pelo conselho de administração, nem pela agência reguladora competente, nem pelo ministro incumbido de supervisionar a empresa em questão*. Isso porque há limitadores para a remuneração de tais executivos em estatais que são desvinculados de sua *performance*, e também não enfrentam ameaças de controles hostis quando apresentem desempenho inferior ao dos concorrentes, ou até de sofrer processos falimentares.

Aspecto importante do Estatuto Jurídico das Estatais foi a busca da diminuição da ingerência do Estado (Controlador) em sociedades de economia mista e suas subsidiárias integrais, evitando, com isso, o aludido conflito de agência. Assim, a novel legislação veda a indicação de pessoas desprovidas de qualificação técnica para Conselho de Administração, Diretores, Diretor-Geral e Diretor-Presidente de estatais, impedindo (ou diminuindo a possibilidade) de indicações eminentemente políticas, consoante preconiza o artigo 17 da Lei das Estatais³⁷⁶.

376 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 conexa àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

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

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

Conforme previsão legal, verifica-se a exigência de que os indicados tenham experiência profissional de, no mínimo, 10 (dez) anos no setor público ou privado, ou pelo menos tenham ocupado durante 4 (quatro) anos cargos correlatos aos que foram indicados, seja na Administração Pública ou na iniciativa privada, o que demonstraria sua *expertise* na área da atuação da estatal em que for indicado.

Ademais, o §2º do artigo 17 da Lei das Estatais traz expressas vedações para indicações para o Conselho de Administração e para a diretoria de Estatais³⁷⁷.

Parece-nos que a *mens legis* foi a de profissionalização da gestão das sociedades de economia mista, evitando-se assim que as

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.

377 § 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.

indicações de tais profissionais pudessem trazer gestores cujo objetivo não se alinhasse aos da estatal.

A preocupação com a questão da indicação de gestores foi tamanha que o artigo 10 da Lei no 13.303/2016³⁷⁸ prevê a criação de um comitê estatutário para avaliar a conformidade do processo de indicação dos membros do Conselho de Administração e Conselho Fiscal.

Ademais, o Decreto nº 8.945/2016, regulamentador da Lei nº 13.303/2016, estabelece, em seu art. 30, a necessidade de observância imediata a partir da publicação da regulamentação: *Os requisitos e as vedações para administradores e Conselheiros Fiscais são de aplicação imediata e devem ser observados nas nomeações e nas eleições realizadas a partir da data de publicação deste Decreto, inclusive nos casos de recondução.*

Importante frisar que as regras de direito societário constantes na Lei no 6.404/76 são aplicáveis supletivamente às empresas estatais, nos moldes preconizados pelo artigo 16 da Lei das Estatais³⁷⁹. Pode-se afirmar que entre as duas legislações não há uma subsidiariedade ou uma subordinação nesse aspecto, haja vista tratar-se de legislações complementares e supletivas, dando uma maior regulamentação nesse particular.

Portanto, a Lei das Estatais, adotando institutos inerentes à Governança Corporativa, trouxe balizas para a atuação do acionista controlador, preconizando que a indicação de pessoas para ocupar cargos da alta administração de uma estatal passasse a ser um processo mais criterioso e sujeito à aprovação de comitê específico para tanto, evitando-se, assim, o conflito de agência com a ingerência do controlador, o que é tão prejudicial à administração de qualquer sociedade empresária, seja pública ou privada.

378 Art. 10. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

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

CONCLUSÃO

Diante das questões analisadas no presente estudo, infere-se que a atuação do Estado como empreendedor dispõe de fundamentos teóricos específicos para se evitar distorções no mercado, o que violaria, por consequência, o princípio da isonomia.

Entretanto, existem peculiaridades e dificuldades para o ente público que se afiguram como entraves ou óbices ao dinamismo das sociedades empresárias privadas, a exemplo da Lei nº 13.303/16, a fiscalização dos Tribunais de Contas e Controladorias Públicas.

Ao que se denota na análise temporal da legislação vigente desde a década de noventa, pode-se concluir que as alterações legislativas foram ocorrendo de modo gradativo, desde graves escândalos internacionais (caso Enron e WorldCom que culminou na criação da Lei *Sarbanes-Oxley Act* - SOx), cuja introdução e inserção no Brasil se deu em certa forma pela Lei nº 10.303/2001, que alterou substancialmente a LSA, bem quanto a graves eventos envolvendo corrupção em estatais e grandes corporações no Brasil. Consequentemente, o Estado, dando uma rápida resposta à sociedade, promulgou a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e o Estatuto Jurídico das Estatais (Lei nº 13.303/2016), a fim de se evitar desvios de conduta por parte de administradores públicos que pudessem trazer graves prejuízos ao patrimônio público (mesmo que reflexamente através da Administração Indireta), e também que pudesse abalar a economia e a própria credibilidade do país para fins de atração de investimentos estrangeiros.

Com esses avanços legislativos, a governança corporativa foi explicitamente inserida no ordenamento jurídico, sendo uma obrigação às sociedades estatais a adoção de suas diretrizes, inclusive, com curto prazo de adequação (24 meses), ou seja, de *vacatio legis* do Estatuto Jurídico das Estatais. Assim, essas medidas se mostram extremamente salutares, haja vista que tendem a nortear e balizar a conduta dos gestores e controladores de sociedades estatais, em atenção e respeito aos acionistas minoritários, aos *stakeholders*, *shareholders* e à própria sociedade.

Portanto, parece-nos mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito e a proteção do patrimônio público (direta ou reflexamente) e também da poupança popular, a adoção de tratamento mais rígido e diferenciado para as empresas estatais, notadamente, sociedades de economia mista, apontando que o Estado está comprometido com as questões atinentes à Governança Corporativa (inserindo sua aplicação no arcabouço legislativo) e, inclusive, disposto a dar o exemplo em “cortar na própria carne” eventuais desvios de conduta de seus gestores e do próprio acionista controlador.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresa Público-Privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 890. p. 33 – 68. Dez. 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 10^a ed. rev., aum. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 25 fev. 1967.

_____. Lei nº 13.303, de 10 de janeiro de 2002. 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. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 jun. 2016.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, v. 120, n. 1, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 24^a ed.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2014. 6^a ed. v. 4, tomo 1. a

_____. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva. 5^a ed. v 4. tomo 2. b, 2014.

COFFEE JR, John C. *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*. New York: Oxford University Press Inc., 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 85, no 732, p. 41, out 1996.

DALLARI, Adilson Abreu. *Empresa estatal prestadora de serviços públicos Natureza jurídica - repercussões tributárias*. Revista de Direito Público RDP, ano 23, n. 94, p. 94-108, abr./jun. 1990.

DE LUCCA, Newton. *O regime jurídico da empresa estatal no Brasil*. Tese (livre-docência em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FRAZÃO, Ana. O abuso do poder de controle na Lei das Estatais. In NORONHA, João Otávio de; Frazão, Ana; MESQUITA, DANIEL AUGUSTO (Coord.). *Estatuto Jurídico das Estatais: análise da Lei n. 13.303/2016*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 107-140.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14^a ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Elementos de direito econômico*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

HOPT, Klaus J., *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and International Regulation* (February 25, 2011). American Journal of Comparative Law, Vol. 59, p. 1, Janeiro 2011, ECGI - Law Working Paper no 170/2011; < disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1713750> > acesso em 28/12/2021.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

----- (organizador) *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAMY FILHO, Alfredo; e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (coordenação). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Revista e atualizada por Roberto Papini.. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MUSACCHIO, ALDO; e Sérgio G. LAZARINNI. *Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países*. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra - 1ª ed. - São Paulo : Portfolio-Penguin, 2015.

NESTER, Alexandre Wagner. *O exercício do poder de controle nas empresas estatais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 121-138.

OCTAVIANI, Alessandro; e NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Os administradores das empresas estatais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 141-167.

----- . *O conselho de Administração nas empresas estatais*. In: JUSTEN FILHO, Marçal (organizador). *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 171-182.

PARGENDLER, Mariana. *The Corporate Governance Obsession*. Journal of Corporation Law, Vol. 42, No. 2, pp. 359-402 (2016), <Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2491088> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2491088> > acesso em 28/12/2021.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. *Empresa Estatal: Funções Econômicas e Dilemas Societários*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. Mitos da Governança Corporativa II. Revista Capital Aberto, São Paulo, p. 70 - 71, 10 nov. 2008. <Disponível em: https://www.capitalaberto.com.br/wp-content/uploads/2008/10/extra_governanca_corporativa.pdf.> acesso em 23/12/2021.

TONIN, Mayara Gasparoto. *Sociedade de economia mista: a importância da observância do interesse privado na consecução do interesse público*. Informativo Eletrônico Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n 94, dezembro de 2014, disponível em www.justen.com.br/informativo, acesso em 22/09/2017.

WALD, Arnaldo. *As sociedades de economia mista e as empresas públicas no direito comparado*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 152, p. 510 - 523, mar./abr. 1954.

WARDE, Walfrido. *O Espetáculo da Corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-la estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: Leya, 2018, p. 70-74.

