

ARTIGOS

Governança corporativa e controle do “Sistema U” sobre a gestão das estatais

Uma análise da Lei nº 13.303/16

André Castro Carvalho

Otávio Venturini

02/02/2018 – 07:59



TCU. Divulgação

AGU

ESTATAIS

ESTATUTO JURÍDICO DAS ESTATAIS

GOVERNANÇA CORPORATIVA

TCU

Um dos maiores desafios da Lei nº 13.303/16, também conhecida como o Estatuto Jurídico das Estatais, é regular a governança corporativa e harmonizá-la com os mais diversos tipos de controles exercidos sobre as estatais, de modo a viabilizar a sua atuação de acordo com a observância e ponderação dos interesses legítimos envolvidos (Poder Público, cidadãos e acionistas).

No plano teórico, afirma-se que a finalidade da governança corporativa é superar o “conflito de agência”, que se origina do distanciamento entre propriedade e administração da empresa, quando o proprietário/acionista (shareholder) delega o poder de decisão sobre a empresa a um agente especializado/administrador (manager) de maneira profissionalizada.

No entanto, em relação às estatais, a governança corporativa ganha novos contornos. Primeiro porque o Estado é um tipo diferente de “proprietário”: uma organização política e econômica moldada pelo seu próprio regime jurídico de natureza pública. O principal custo de agência no Estado situa-se entre os atores públicos (eleitos ou não) e os cidadãos, que devem ser os beneficiários finais da ação estatal. Segundo porque, no caso das sociedades de economia mista, o “conflito de agência” incorpora um terceiro ator ao estender-se aos acionistas que detêm parcela da estatal e com ela pretendem extrair lucro.

Nessa relação entre Poder Público, cidadãos e acionistas, a governança corporativa enfrenta o desafio de conformar todos os interesses em jogo, não podendo se voltar exclusivamente à busca pelo lucro ou ao atendimento dos shareholders (arquétipo de firma no mercado), visto que as estatais se vinculam a valores sociais e finalidades públicas que justificaram a sua criação.

Todo esse contexto bastante peculiar e permeado de nuances não deve ser desprezado pelo controle que o “Sistema U” vem exercendo sobre a gestão das estatais. O “Sistema U” foi uma alcunha criada pelo mercado para designar o conjunto de controles integrado pelas fiscalizações conduzidas no âmbito da União pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (MTFCGU) e Ministério supervisor ao qual a empresa estatal esteja vinculada, por intermédio da Advocacia-Geral da União (AGU). É perceptível que o emaranhado de controles que recai sobre as estatais muitas vezes coloca os órgãos por eles responsáveis em sobreposição e disputa institucional por prevalência, acabando por “emperrar” a gestão da empresa e os fins para os quais ela foi constituída.

Sobre as estatais recaem o controle externo, a ser realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas (do art. 70, caput, art. 71, II e III, e art. 173, §1º, II, da Constituição Federal), o controle jurisdicional exercido pelo Poder Judiciário, e o controle interno, realizado dentro do próprio Poder Executivo, também previsto no art. 70 da CF. Isso tudo sem se olvidar da incidência de outros mecanismos de controle de natureza empresarial, tal como a necessidade de auditoria externa, principalmente para aquelas que têm ações negociadas em Bolsa.

Nessa seara de multiplicidade institucional, surgem as controvérsias a respeito da amplitude e intensidade da competência de cada órgão, muitas vezes sem a devida reflexão acerca das peculiaridades que envolvem as estatais. Fato é que os numerosos feixes de controle conduzidos, sobretudo, pelo “Sistema U” nem sempre observam o papel a governança corporativa ou convergem em sentido a favorecer a gestão das estatais, mesmo quando conduzidas em consonância com o interesse público que ensejou a criação delas, promovendo um quadro de disfuncionalidades.

Nesse cenário de incompreensões acerca da relação entre o papel da governança corporativa e do controle sobre as estatais, a Lei nº 13.303/16 introduziu importantes inovações. Com relação aos limites e harmonização dos controles, o Estatuto das Estatais dispôs em seu art. 90, disciplinado pelo art. 50 do Decreto nº 8.945/16, que as ações e deliberações dos órgãos ou ente de controle “não podem implicar interferência na gestão das empresas estatais nem ingerência no exercício de suas competências ou na definição da forma de execução das políticas públicas setoriais”.

Mais do isso, o Decreto nº 8.945/16 (art. 49), refletindo o disposto no art. 89 da Lei nº 13.303/16, prescreve que a supervisão feita pelo Ministério ao qual a empresa estatal esteja vinculada não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia conferida pela lei que autorizou a sua criação ou da autonomia inerente a sua natureza, inclusive no que diz respeito à ingerência em sua administração e seu funcionamento.

No entanto, ao mesmo tempo em que a norma parece criar um espaço de liberdade gerencial, faz incidir sobre as estatais o controle externo e interno em termos bastante amplos, pautados em aspectos relativos à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação dos seus recursos. O Estatuto também veio regulamentar a responsabilidade das estatais pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, em uma espécie de inversão de presunção de legitimidade de seus atos. Além de corroborar a prerrogativa dos órgãos de controle externo e interno de solicitar a qualquer tempo para exame documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional da empresa (art. 45 c.c. art. 47, §3º).

Portanto, se por um lado a Lei nº 13.303/16 procurou preservar um núcleo de discricionariedade gerencial (art. 90), por outro reforçou a incidência sobre elas de um controle em termos elásticos, relativos a aspectos de difícil objetivação, como legitimidade, economicidade e eficácia, tal como expresso no seu art. 85. Em vez de delimitar o âmbito do controle estabelecido na Constituição Federal, a legislação apenas o replica, deixando margem para a mesma discussão dicotômica que vem sendo travada há quase trinta anos entre controle versus gestão das estatais.

Em que pesem o desafio hermenêutico e a possível “lamentação” pela perda da janela de oportunidades para delimitar melhor o âmbito do controle prescrito constitucionalmente, acreditamos ser possível encontrar a mens legis conformadora da aparente tensão.

Entendemos que, nesse campo, a Lei nº 13.303/2016 trouxe dois grandes aprimoramentos: a) robustecer o papel da governança corporativa nas estatais, por meio do fortalecimento e regulamentação do funcionamento do Conselho de Administração enquanto instância mediadora dos três interesses legítimos envolvidos (Poder Público, cidadãos e acionistas); eb) definir um âmbito de discricionariedade gerencial – isto é, de decisões relacionadas à proposta negocial da empresa, sempre pautada por planejamento prévio, de maneira que se aproxime do que ocorre em sociedades anônimas com controle privado.

Nesse sentido, não cabe aos órgãos de controle e aos agentes políticos se imiscuírem de modo direto na governança e na gestão negocial das empresas públicas e sociedades de economia mista. Não seria possível, por exemplo, o órgão de controle interferir nas decisões societárias, muito menos na sua composição – solicitando afastamento de um conselheiro de administração, por uma decisão que possa ser interpretada como equivocada, do ponto de vista gerencial.

O controle externo, dessa maneira, deve incidir nos termos de sua amplitude nas operações-meio regidas por normas de natureza administrativa, mormente as relacionadas ao monitoramento de gastos públicos (licitação, concurso público e regras orçamentárias), uma vez que sobre essas entidades e nesse aspecto aplicam-se as normas relativas ao direito público, sem, no entanto, adentrar nos aspectos envolvidos com as decisões gerenciais – e, no que se refere às regras para licitação e contratos, a Lei das Estatais também foi bastante detalhada.

Todavia, o caminho para uma efetiva mudança vai além da letra fria da lei e passa pela sensibilização dos órgãos do “Sistema U” acerca do papel e da relevância da governança corporativa nas estatais, o que não nos parece tão distante. Em 2017, o plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 442/2017, revogou a cautelar – deferida anteriormente no Acórdão nº 3.166/2016 – que impedia a continuidade dos processos de venda de ativos da Petrobras no âmbito dos seus projetos de desinvestimento. Um dos aspectos mais relevantes do acórdão foi o reconhecimento, por parte dos Ministros, da importância do papel da governança corporativa da estatal, e a recomendação para que a Secretaria-Geral de Controle Externo (SEGECEX) promovesse, em processo apartado, a avaliação dos processos de gerenciamento de riscos e de controles internos que subsidiaram a elaboração e a implantação da sistemática para desinvestimentos da Petrobras.

Ainda que na decisão da Corte de Contas não se tenha delimitado com clareza o papel do controle externo em face da autonomia gerencial, o Acórdão nº 442/2017 parece apontar para um propósito de autolimitação e deferência do controle externo em relação à governança corporativa, quando estruturada de acordo com a legislação e boas práticas adotadas no mercado. Além do Acórdão nº 442/2017, referenciais elaborados pelos órgãos do “Sistema U”, como o “Referencial de Combate a Fraude e Corrupção” do TCU e o “Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais” do MTFCEGU, confirmam a valorização da governança corporativa.

André Castro Carvalho – Bacharel, Mestre, Doutor e Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo, tendo sua tese de doutorado recebido o Prêmio CAPES de Tese de 2014. Foi pós-doutor visiting researcher no Massachusetts Institute of Technology – MIT. É sócio-coordenador do Departamento de Governança, Risco e Compliance (GRC) do Braga Nascimento e Zilio Advogados Associados

Otávio Venturini – Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie com mobilidade acadêmica para a Universidade de Coimbra. É advogado do Departamento de Governança, Risco e Compliance (GRC) do Braga Nascimento e Zilio Advogados Associados

Os artigos publicados pelo JOTA não refletem necessariamente a opinião do site. Os textos buscam estimular o debate sobre temas importantes para o País, sempre prestigiando a pluralidade de ideias.

COMENTÁRIOS

0 comentários

Classificar por **Mais antigos**



Adicionar um comentário...

[Plugin de comentários do Facebook](#)

