

# O que esperar da Lei nº 13.303/2016

O novo diploma realmente resolverá o problema da gestão das estatais?

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Ex-conselheira do Cade.

---

A Lei nº 13.303/2016 ingressou no mundo jurídico com a missão espinhosa de disciplinar o estatuto das empresas públicas e das sociedades de economia mista, o que se estende às suas controladas e, em certo grau, também às sociedades em que o Estado mantém investimentos.

A iniciativa surge diante de preocupante histórico de resultados econômicos controversos e escândalos de corrupção, fatos que deixaram clara a fragilidade da organização e gestão das estatais e fizeram surgir interesse renovado na reconfiguração do seu modelo de governança.

Entretanto, para verificar a importância e a utilidade da lei, cumpre observar as verdadeiras razões pelas quais o regime jurídico a que as estatais estavam submetidas anteriormente não se mostrava eficaz. A hipótese de que parte do presente artigo é de que o problema da má gestão das estatais jamais foi propriamente a ausência ou a deficiência de legislação, mas sim a falta de efetividade do arcabouço normativo então existente.

Não se ignora, com tal afirmação, o rol de dificuldades naturais para compatibilizar organizações de finalidades lucrativas com os propósitos de interesse público que justificam a criação das estatais. Entretanto, é importante destacar que o regime jurídico anterior já continha diversas previsões que, se fossem efetivamente aplicadas, funcionariam como bons freios para impedir o excesso de discricionariedade dos gestores de estatais, evitando vários dos descabros recentemente registrados.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que a questão da necessária observância do interesse público específico que justificou a criação da estatal, tão destacada na Lei das Estatais, não é nenhuma novidade. A própria

Constituição Federal, em seu artigo 173, afasta a excessiva discricionariedade na condução das estatais, exigindo a delimitação do “relevante interesse coletivo” ou dos “imperativos da segurança nacional” que justificam a autorização para a sua criação.

Trata-se, portanto, de requisito obrigatório das leis autorizadoras de criação de estatais, a ser igualmente obedecido pelos atos constitutivos, aos quais cabe o natural papel de pormenorizar de que maneira o objeto social de tais entes – que é necessariamente lucrativo – deve se compatibilizar com o interesse público específico igualmente justificador da sua existência.

Não bastassem tais cuidados, a Lei das S/A – aplicável diretamente às sociedades de economia mista e de forma subsidiária ou análoga às empresas públicas, já que estas podem adotar outros modelos societários que não o da sociedade por ações – já prevê, desde a sua edição em 1976, vários instrumentos para limitar a discricionariedade de controladores e administradores de estatais.

Um desses instrumentos é a exigência expressa de que a gestão seja adstrita ao objeto social, na medida em que “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição” (Lei das S/A, art. 237). Tal dispositivo era reforçado pela necessidade de que os estatutos das estatais definissem o objeto social da companhia “de modo preciso e completo”, nos termos do art. 2º, §2º, da Lei das S/A.

No que toca ao interesse social, o artigo 238 da Lei das S/A preceitua que “a pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. Veja-se, portanto, que é o interesse público específico que motivou a criação da estatal que pautará a sua atuação.

Por essa razão, a doutrina estabelecida mesmo antes da Lei das Estatais já alertava para a importância do interesse público específico definido na lei de criação da estatal e da precisão do objeto social, a ser definido no estatuto, como parâmetros fundamentais para limitar a discricionariedade dos

gestores<sup>1</sup>. Logo, somente seria possível o alargamento da atuação da empresa estatal ou do interesse público que justificaria a sua ação por meio de nova intervenção legislativa, e não apenas decisão administrativa pautada em pretensão interesse público.

Verdade seja dita que a menção, pelo artigo 238, ao artigo 116 da Lei das S/A, que trata da função social do poder do controle, mostra que o interesse social das estatais, assim como de todas as companhias privadas, está igualmente relacionado ao necessário equilíbrio entre os diversos interesses que se projetam sobre a empresa, dentre os quais os dos trabalhadores e os da comunidade.

Tal preocupação é corroborada pelos princípios da ordem econômica constitucional, especialmente o da função social da empresa, que igualmente confirmam a orientação de que o interesse social de qualquer sociedade empresária, privada ou estatal, necessariamente terá que levar em consideração interesses outros que não apenas os dos acionistas.

Certamente que a ampliação da noção de interesse social acentua em grande medida a complexidade da gestão das companhias<sup>2</sup>, privadas ou estatais. Entretanto, não chega ao ponto de desnaturar o seu perfil de sociedade lucrativa, transformando-as em instrumento flexível para o atendimento direto de qualquer finalidade de interesse público.

Com efeito, fora das hipóteses em que o princípio da função social da empresa é concretizado pela lei, por meio da previsão de obrigações específicas impostas aos agentes empresariais, a sua consequência imediata restringe-se à extensão dos deveres de lealdade, cuidado e diligência dos gestores – controladores e administradores – igualmente aos demais interessados (*stakeholders*), fazendo com que os acionistas (*stockholders*) e a própria companhia deixem de ser os únicos destinatários de tais deveres<sup>3</sup>. Sob essa perspectiva, os gestores devem conduzir os negócios da companhia sem gerar danos desproporcionais ou injustificáveis aos demais grupos que estão sujeitos às consequências da atividade empresarial<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver, por todos, PINTO JR., Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

<sup>2</sup> FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 128.

<sup>3</sup> FRAZÃO, Op. cit., pp. 203-211.

<sup>4</sup> FRAZÃO, Op. cit., pp. 319-326.

Entretanto, a função social da empresa não cria obrigações concretas para que outros interesses dos *stakeholders* sejam perseguidos e atendidos diretamente, ainda mais quando isso se dá mediante a preterição dos interesses dos acionistas e da própria companhia. O máximo que permite a Lei das S/A é que tais interesses sejam atendidos, de forma facultativa, ao franquear que os órgãos da companhia autorizem a prática de atos gratuitos em benefício de empregados ou da comunidade<sup>5</sup>.

Mesmo na hipótese de atendimento facultativo de outros interesses, campo da chamada responsabilidade social voluntária, a Lei das S/A exige o critério da razoabilidade, a fim de impedir que os gestores atuem de forma amplamente discricionária e possam, inclusive, comprometer a manutenção lucrativa da empresa.

Com efeito, não se pode esquecer que um dos pilares da função social da empresa é a preservação e a sustentabilidade econômica da atividade produtiva. Não há como conferir qualquer operacionalidade à função social da empresa sem garantir a sua manutenção lucrativa, o que é pressuposto essencial para qualquer definição do interesse social<sup>6</sup>.

Esse aspecto é particularmente interessante por deixar claro que, nos termos da Lei das S/A, as estatais jamais puderam desprezar, mitigar ou negligenciar a sua função lucrativa, muito menos para o fim de instrumentalizar a gestão e direcioná-la para outros fins de interesse público que não dissessem respeito aos fins específicos constantes da lei autorizadora<sup>7</sup>, muito menos

---

<sup>5</sup> Preceitua o texto do §4º do artigo 154 da Lei das S/A: “§4º O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

<sup>6</sup> Ver: FRAZÃO, Op. cit., pp. 214-220. Essa perspectiva da função social “mostra a necessidade de que os interesses dos empresários e sócios de sociedades empresárias sejam considerados com a devida atenção, sob pena de não haver estímulo para a atividade empresarial. Tal preocupação projeta-se, com maior intensidade, em relação às companhias abertas, nas quais há a socialização do investimento” (FRAZÃO, Op. cit., p. 219).

<sup>7</sup> A respeito da instrumentalização de empresas estatais para a consecução de interesse público primário e geral, vale mencionar o conhecido “Caso EMAE”, apreciado pela CVM em 2015 (CMV, PAS nº 2012/1131, Relatora: Diretora Luciana Dias, Data de julgamento: 26.05.2015.), no qual se afirmou que os acionistas privados, ao investirem em sociedade de economia mista, deverão estar cientes de que a controladora poderá priorizar o interesse público na condução da companhia, porém o ente público estará submetido aos limites impostos pela Lei das S/A. No caso em questão ao Estado de São Paulo imputou-se a conduta de quebra do dever de lealdade pelo fato de utilizar o reservatório da Empresa Metropolitana de Água e Energia (EMAE, que produz e comercializa energia elétrica) como fonte para a companhia estatal de abastecimento de água (Sabesp). Com isso, o acionista controlador (estado de São Paulo) auferia benefícios que não eram compartilhados com os demais acionistas da EMAE ao utilizar-se de seus recursos de outra controlada sua, a Sabesp.

quando estes pudessem inviabilizar ou comprometer excessivamente a sua rentabilidade.

Na verdade, o arcabouço normativo que decorre da Constituição e da Lei das S/A é claro no sentido de que as estatais jamais puderam ser consideradas instrumentos flexíveis para a persecução de qualquer interesse público, ainda mais quando este resultasse de políticas públicas circunstanciais<sup>8</sup>. Pelo contrário, a gestão das estatais apenas poderia ser pautada pelo interesse público específico que justificou a sua criação, a ser devidamente equilibrado com sua finalidade lucrativa. Tanto é assim que havia doutrina segundo a qual não haveria nem mesmo necessidade de uma legislação específica das estatais, uma vez que a aplicação da Lei das S/A já possibilitaria a adequada gestão<sup>9</sup>.

O que faltava no Brasil, portanto, era o devido *enforcement* do referido regime das estatais, ainda que tal quadro estivesse dando recentes sinais de modificação<sup>10</sup>. De toda sorte, a análise da experiência nacional mostra que o maior problema dos desmandos na gestão das estatais era a falta de vontade política para o cumprimento das normas legais existentes, o que era estimulado e reforçado pela ausência de fiscalização e controle efetivos. Criou-se, dessa maneira, contexto de grande permissividade para o Estado que, como regulador, criava as regras e, como agente econômico, sentia-se no direito de descumpri-las sempre que fosse conveniente.

Por mais que a Lei das Estatais tenha feito muitos avanços para assegurar a adequada gestão das estatais, especialmente nas áreas de governança, transparência, publicidade e controle, isso pouco adiantará sem que a ela seja dada a devida eficácia. Tal missão envolve um árduo trabalho, a ser executado por seus gestores e também pelos órgãos de controle e pela própria sociedade.

---

<sup>8</sup> Tanto não houve ruptura com o regime anterior que a Lei nº 13.303/2016 não revogou a parte da Lei das S/A que trata das sociedades de economia mista.

<sup>9</sup> Ver, por todos: VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedades anônimas ou companhias de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*. v. 1, n.2, pp. 429-441, 1945. p. 437.

<sup>10</sup> Importante exemplo da aplicação das normas da Lei das S/A às sociedades de economia mista e da limitação do poder de controle das pessoas jurídicas de direito público baseado na noção de interesse público pode ser verificado do voto da Diretora Luciana Dias no Processo Administrativo Sancionador nº 2013/6635, o conhecido “caso Eletrobras”, em que se entendeu que a União exerceu seu direito de voto como controladora tendo interesse conflitante com o da companhia, o que não seria admitido.

Apesar dos inúmeros aspectos positivos, a Lei das Estatais acabou criando um sistema pesado, complexo e burocrático de governança, o que aumenta consideravelmente a complexidade da gestão das estatais e, conseqüentemente, pode dificultar o seu *enforcement* e controle<sup>11</sup>. Por outro lado, especialmente no que diz respeito à prevenção das práticas de corrupção, não se pode esquecer que apenas por meio de redesenho estrutural das relações entre estado e sociedade, tal objetivo poderá ser alcançado<sup>12</sup>.

Tais pontos são ora realçados para que não se coloquem indevidas expectativas sobre a Lei nº 13.303/2016, adotando a crença ilusória, tão comum em nosso país, de que todas as mazelas relativas às estatais serão resolvidas com a nova lei. A nova lei é apenas o primeiro passo de um longo caminho que, se não percorrido adequadamente, não levará a nenhuma mudança estrutural e significativa.

*Publicado no Portal Jota em 1º de Fevereiro de 2017.*

*Disponível em: <http://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-esperar-da-lei-das-estatais-01022017>*

---

<sup>11</sup> Sobre a necessidade de que a regulação jurídica dos mercados seja simples, até para possibilitar o controle social, ver ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people*. Recapturing the lost genius of American prosperity. New York: Basic Books, 2014.

<sup>12</sup> Nesse sentido, ver ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Governement*. Causes, Consequences and Reform. New York: Cambridge University Press, 2016.