

LEI DE RESPONSABILIDADE DAS ESTATAIS: FOMENTO E PERSPECTIVAS ÀS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO

Por Alécia Paolucci Nogueira Bicalho

Advogada consultora de entidades públicas e privadas.

Contratações públicas, infraestrutura e regulatório.

alecia@mottabicalho.adv.br

Resumo: O trabalho aborda aspectos da governança corporativa introduzida nas empresas estatais e examina seus impactos positivos na alavancagem de parcerias de infraestrutura com a iniciativa privada, em especial quanto aos serviços públicos de saneamento básico.

Palavras-chave: Lei de Responsabilidade das Estatais – Lei 13.303/2016. Serviços Públicos. Saneamento Básico. Parcerias com o setor privado. Governança Corporativa.

Sumário: 1. Introdução. 2. Principais eixos temáticos da Lei de Responsabilidade das Estatais. 3. O cenário atual das estatais prestadoras de serviço público de saneamento básico. 4. Novos paradigmas das empresas estatais: regulação do Estado-Empresário. 4.1 Parcerias Societárias e Contratuais. 4.2 Mecanismos de governança corporativa das estatais. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Ao assistir os noticiários nos últimos meses o cidadão brasileiro vem sendo massacrado pela fotografia de um Estado rastejante, um Leviatã alquebrado, incapaz de proporcionar a ordem e o progresso estampados como *slogan* em nossa bandeira.

A mídia expõe velozmente as informações sobre o verdadeiro *tsunami* da crise nacional, que dessa vez não poupou ingredientes: é política, é fiscal, é econômica, é social. Mas é, antes de tudo, ética e cívica.

Os representantes eleitos assumiram com desconcertante naturalidade o hábito de manejar egoisticamente seus poderes conferidos pelo povo, subvertendo a seu bel prazer o conteúdo do *interesse público* tutelado pela ordem constitucional¹.

Em uma palavra: deturpam seu papel e prerrogativas, e assim, aqueles próprios do Estado, que deixa de atuar finalisticamente para tornar-se mero (e potente) instrumento de poder maquiavelicamente a serviço do Governo².

O país vem sendo judiado por mandos e desmandos, como mostra o esquema de corrupção descortinado pela Força-Tarefa da Operação Lava-Jato, localizado na maior estatal brasileira, que nesse episódio lograram a proeza de aniquilar.

O tal esquema é a "prova provada" de que as estatais brasileiras tem se prestado a integrar um aparato estatal destinado à manutenção do poder e ao enriquecimento pessoal.

¹ Em seu Curso de Direito Administrativo, o Professor Marçal Justen Filho comenta a fluidez do conceito de interesse público, que muitas vezes fica à deriva e disposição do governante para se amoldar às diferentes situações, conforme os interesses em jogo; e assim se transforma em ferramenta destinada a legitimar posturas não democráticas, mediante a invocação vazia da conveniência estatal, na expressão indeterminada interesse público, e em prejuízo de interesses estatais concretos. (JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 142).

² GUIMARÃES, Bernardo Strobel, A nova Lei das Estatais e seu caráter original, Revista Zênite ILC nº 271, st. 2016, p. 877.

E como acertadamente destacou Murilo Queiroz Melo Jacoby FERNANDES:

“Os episódios delatados têm pouca relação com as facilidades do regulamento próprio de licitações, mas têm muita relação com a ausência de uma matriz de responsabilidade e marco legal de negócios de estatais.”³

É óbvio que os desvios ocorridos na Petrobras não podem ser atribuídos exclusivamente à forma de contratação adotada pela estatal, mas situam-se, sobretudo, na gestão da Companhia, ou, melhor dizendo, em sua ausência.

Em que pesem as práticas já consolidadas e os controles a que submetem as estatais, falta-lhes planejamento, gestão e controle eficazes, sendo inconcebível que entidades criadas à imagem e semelhança das empresas privadas prescindam de instrumentos de governança corporativa essenciais a garantir-lhes condições de competitividade⁴, além de transparência no cumprimento de seus objetivos institucionais.

2. Principais eixos temáticos da Lei de Responsabilidade das Estatais

Nesse cenário, a Lei nº 13.303, de 20 de junho de 2016, veio finalmente dispor 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*.

A Lei estrutura-se em dois eixos temáticos principais – os mecanismos de *governança corporativa e compliance*, e as *licitações e contratos* – cujos dispositivos aplicam-se a todos os entes da federação, na condição de lei geral, transitiva direta, o que despertou polêmica, diante da ausência de previsão constitucional da competência exclusiva da União para legislar sobre o tema⁵.

Além de aplicar-se às estatais em todos os níveis da federação, o texto confere tratamento legal uniforme às estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, eliminando a clássica dicotomia de segregação vinculada à atividade destas empresas -- que doravante regem-se por regras horizontalizadas em termos societários, de governança, e **também** no que se refere às suas **licitações e contratos**.

Em trabalho publicado em 1999, a Professora Alice Gonzales BORGES recomendava, em relação à lei então vindoura:

“7. É preciso que se observem, entretanto, no estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, as suas **diferenças estruturais para o efeito da abrangência das normas gerais sobre licitações e contratos**, quanto ao que dispõe o inciso III do referido § 1º do art. 173. Também aí **é necessário estabelecer-se um**

³ JACOBY FERNANDES, Murilo Queiroz Melo, Lei nº 13.303/2016: Novas Regras de Licitações e Contratos para as Estatais, Revista Síntese - Licitações, Contratos e Convênios, Ano VI – Nº 34 – AGO-SET 2016, p. 9-13.

⁴ Vide artigo de Sérgio LAZZARINI publicado na Revista Veja de 28/09/16, pág. 28.

⁵ Esta impropriedade foi bem pontuada pelo Professor Egon Bockmann Moreira na crítica formulada à incidência multifederativa geral da Lei, e da redação do art. 173, § 1º da Constituição Federal, conforme redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 -- que não lhe teria conferido essa amplitude constitucional. O Professor destaca que não se trata de competência legislativa excepcional, mas sim do conteúdo da lei vindoura, de forma que a hipótese não se insere no art. 22 da CF, que elenca a competência privativa da União; e nem no art. 24 da Carta Magna, cuja competência concorrente não autorizaria edição de lei nacional sobre estatais. (MOREIRA, Egon Bockmann, Duas polémicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal, <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colonistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj>>, Consulta em 20/09/16).

divisor de águas. [...] Quanto aos **contratos**, o novo estatuto jurídico dessas empresas governamentais **deverá distinguir o seu regime jurídico. Se cabe o regime dos contratos administrativos em geral para as entidades** que somente se dedicam à prestação de serviços públicos, as prerrogativas próprias desse regime contratual, estabelecidas em favor da Administração contratante (que somente têm sentido, mesmo nos demais contratos administrativos em geral, em função do atendimento das necessidades de serviço público), **não poderão aplicar-se aos contratos celebrados pelas entidades que exploram atividade econômica**, pois facilmente estas levariam ao estabelecimento de privilégios incompatíveis com o § 2º do citado art. 173 da Constituição.”⁶ (g.n.).

Na mesma linha, ao comentar decisões do Supremo Tribunal Federal e pontuando a crescente tendência de cumulação das funções das estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, o Professor Marçal JUSTEN FILHO destacou a impossibilidade (ou inconstitucionalidade) de se equiparar tais entidades à luz da jurisprudência daquele Tribunal (aplicável às prestadoras de serviços públicos), sustentando a impropriedade de se assegurar benefícios inerentes ao Estado, a uma empresa organizada com vocação para o lucro. E profetizava:

“Por outro lado, não existe solução normativa específica para as estatais que se dediquem cumulativamente à exploração de atividade econômica e à prestação de serviço público. Na prática, tornou-se comum a cumulação dessas atividades. [...] O futuro poderá trazer a constatação de que a distinção entre entidades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas retratou a situação jurídica existente em certo momento histórico. A evolução dos fatos pode conduzir à superação dessa classificação, com o surgimento de situações híbridas, dotadas de maior complexidade. Essas situações demandarão do estudioso a elaboração de novos instrumentos de análise, classificação e solução de problemas.”⁷

De qualquer forma, essa necessária assimetria não foi considerada no tratamento legal ora dedicado às estatais, não fazendo a Lei distinções em função da natureza das atividades por elas desempenhadas, nem quanto à gestão, governança e controle, nem no que se refere às suas contratações.

As regras de governança corporativa introduzidas pela Lei se aplicam a todas estas empresas, inclusive à estatal dependente⁸, sendo excluídas do alcance destes comandos (e em termos) apenas algumas delas, em função de sua receita operacional, caso em que os Poderes Executivos estão autorizados a estabelecer-lhes regras próprias, observadas as diretrizes da Lei federal⁹.

⁶ BORGES, Alice Gonzales, O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98, R. Dr. Adm., Rio de Janeiro, 217: 1-12, julho.set. 1999, págs. 10-11.

⁷ JUSTEN Filho, Marçal. Curso ..., cit., p. 283-287. A lei mereceu as críticas nesse aspecto também do Professor Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA m artigo intitulado As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo? <<http://www.direitodoestado.com.br/columistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>, Consulta em 26/09/2016.

⁸ Vide trabalho de nossa autoria, BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira, A Interpretação do Conceito de Empresa Estatal Dependente na Lei de Responsabilidade Fiscal, FCGP, ano 1, n. 3, março 2002; e BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; GONÇALVES, Andreia Barroso, “Organização Administrativa Brasileira”, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho, Coord., Curso Prático de Direito Administrativo, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 70.

⁹ Aparentemente facultativa, a providência logo adiante se transmuta em impositiva, já que não sendo referidos atos editados no prazo de cento e oitenta dias, a partir da publicação da Lei, as empresas se submeterão às regras de governança previstas no Título I (§4º) e, de qualquer forma, aos comandos dos arts. 2º a 8º (normas estatutárias sobre criação, controles obrigatórios, governança e transparência); art. 11 (vedação à empresa pública quanto ao lançamento de debêntures ou outros títulos ou valores mobiliários, conversíveis em ações e emissão de partes beneficiárias); art. 12 (dever das estatais quanto à divulgação da remuneração de seus administradores e de adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras

Também se submetem à legislação as empresas públicas e as sociedades de economia mista que participem de consórcio constituído nos termos do art. 279 da Lei nº 6.404/76, na condição de operadora, bem como as Sociedades de Propósito Específico controladas por empresa pública ou sociedade de economia mista¹⁰.

A nosso ver, o ponto alto da nova Lei situa-se nas normas de *governança corporativa* do Título I, que traz as *disposições aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista*, distribuídas em três Capítulos: *disposições preliminares* (arts. 1º ao 4º, Capítulo I); *regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista* (arts. 5º a 26, Capítulo II); e *função social da empresa pública e da sociedade de economia mista* (art. 27, Capítulo II).

O Título II dispõe sobre *as licitações* (arts. 28 a 67, Capítulo I); *os contratos* (arts. 68 a 84, Capítulo II); e *a fiscalização pelo Estado e pela sociedade* (arts. 85 a 90, Capítulo III). O Título III contém as disposições finais e transitórias (arts. 91 a 97).

3. O cenário atual das estatais prestadoras de serviço público de saneamento básico

A governança corporativa é, portanto, a tônica da Lei de Responsabilidade das Estatais, ao introduzir um **novo paradigma** de estruturação, funcionamento e controle destas empresas.

O legislador moraliza e despolitiza a composição de seus quadros estatutários e de sua gestão, e aparelha as estatais com mecanismos inerentes à segurança jurídica necessária à atuação destas empresas num mercado que lhes impõe a crescente tendência de convivência mais próxima com o setor privado.

regras de boa prática de governança corporativa) e art. 27 (observância a sua função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação).

¹⁰ Este tema tem sido objeto de constante acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União, desde a "privatização híbrida" da Infraero, vinculada às desestatizações dos primeiros aeroportos nacionais, cujas concessões foram assumidas por SPEs com participação acionária conjunta da estatal e de empresas privadas. Vide a respeito do tema os inúmeros problemas detectados no AC-1865-28/16-P relatado pelo Ministro Augusto Nardes, relacionado à AUDITORIA OPERACIONAL. AVALIAÇÃO DA ATUAÇÃO DA INFRAERO E DA ANAC NO ACOMPANHAMENTO DOS CONTRATOS DE CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS. MONITORAMENTO DO ACÓRDÃO 548/2014-TCU-PLENÁRIO. Anote-se que nos termos do § 7º do art. 1º da Lei das Estatais, no caso de participação societária, sem controle acionário estatal, as empresas deverão adotar, no exercício do dever de fiscalizar, de práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual participem, considerando para esse fim os elementos indicados nos incisos I a VII, a saber: São eles: I - documentos e informações estratégicos do negócio e demais relatórios e informações produzidos por força de acordo de acionistas e de Lei considerados essenciais para a defesa de seus interesses na sociedade empresarial investida; II - relatório de execução do orçamento e de realização de investimentos programados pela sociedade, inclusive quanto ao alinhamento dos custos orçados e dos realizados com os custos de mercado; III - informe sobre execução da política de transações com partes relacionadas; IV - análise das condições de alavancagem financeira da sociedade; V - avaliação de inversões financeiras e de processos relevantes de alienação de bens móveis e imóveis da sociedade; VI - relatório de risco das contratações para execução de obras, fornecimento de bens e prestação de serviços relevantes para os interesses da investidora; VII - informe sobre execução de projetos relevantes para os interesses da investidora; VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais; IX - avaliação das necessidades de novos aportes na sociedade e dos possíveis riscos de redução da rentabilidade esperada do negócio; X - qualquer outro relatório, documento ou informação produzido pela sociedade empresarial investida considerado relevante para o cumprimento do comando constante do caput.

A providência veio bem a propósito, pois em meio à crise instaurada, o Brasil vive ainda o ideário da reforma administrativa, de reestruturação e reformulação do papel do Estado, pressionado pelas contingências da globalização e suas pressões por mudanças¹¹.

Este processo, observado ao longo da história, pauta-se por movimentos cíclicos ditados pela política, pela constante atualização das demandas da sociedade, e também pelas novas conformações de mercado¹².

As estatais, criadas na condição de *longa manus* do Estado, têm modelo orgânico derivado do direito empresarial, moldadas que foram segundo um regime jurídico que lhes permite atuar livres das amarras do regime publicista estrito.

Nas décadas de 60 e 70, de euforia desenvolvimentista, testemunhou-se a proliferação destas empresas, seguida de reação contrária (anos 80) que culminou com as privatizações da década de 90¹³.

No trabalho já citado, a Professora Alice Gonzales BORGES comenta o conjunto de dispositivos definidos pela Emenda Constitucional 19/1998 como advindo da "... nova filosofia da **administração pública gerencial**, gerada sob o impacto de novos

¹¹ Na obra Estado de Crise Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni debatem sobre a crise do mundo globalizado. C. Bordoni aponta a crise como o fator que predispõe à mudança, que prepara para futuros ajustes sobre novas bases. (BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo, Estado de Crise; tradução Renato Aguiar, 1ª ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2016, págs. 77, 11, 28).

¹² Referimo-nos aos fatos sociais que impuseram mudanças estruturais no atuar estatal, desde os feudos (Idade Média), passando pelo Estado Absolutista (centralizador), seguido pelo liberal-burguês (Estado Liberal, no qual o Estado era considerado um mal necessário, e sua função deveria se restringir ao mínimo, operando segundo o princípio da neutralidade, com restrita intervenção econômico-social); seguiu-se o Estado Social (Estado do Bem Estar Social, prestacional ou Welfare State) fundado no fato de que a sociedade clama por ações positivas na melhoria da qualidade de vida, com objetivos de justiça social; enfim, após a crise de 1929, é a fase do Estado Econômico, marcado por forte intervenção estatal na economia. Situa-se justamente nesse o momento o surgimento das estatais, como ferramentas necessárias, ágeis e flexíveis, para que o Estado pudesse intervir na ordem econômico-social, suprimindo as incapacidades da iniciativa privada; este Estado-Empresário atua diretamente na produção de bens e serviços. Mas assim como havia conquistado a cidadania política, por força das revoluções liberais, a sociedade buscava a cidadania econômica. Como reação ao intervencionismo estatal excessivo e um retorno do pêndulo às revoluções liberais -- ora sob a ótica econômica --, surge o movimento social no sentido de limitar a atuação estatal até o ponto em que a sociedade não se basta; aceitam-se paradigmas do Estado do Bem Estar Social, então reformados na busca da eficiência de gastos e de atuação estatal. Trata-se de definir a posição do Estado na política econômica com foco na defesa da concorrência e para assegurar e disciplinar os mercados, ou seja, uma aceitação da intervenção indireta de estímulo (estado fomentador) e condicionante (regulador). Há um contrapeso em relação ao Estado mínimo -- em que o Estado só exercia atividades essenciais e deixava todo o mais para a iniciativa privada (base na individualidade, do Estado Liberal) -- em relação ao Estado subsidiário, que exerce atividades essenciais típicas do Poder Público, e também sociais e econômicas que o particular não faça a contento no regime de livre competição e iniciativa. Contudo, a globalização impôs mudanças, a partir da segunda metade do século XX, as multinacionais tornaram o mundo sem fronteiras, impondo uma evolução do Estado Moderno para o Estado Pós-Moderno, como se refere Jacques CHEVALIER, da modernidade para a pós-modernidade. No Brasil as reformas administrativas nesse percurso observaram, em grande síntese, o seguinte roteiro: a Administração Burocrática, anos 30; Desenvolvimentista (de 1967 e 1969); a chamada mini-reforma (CF/88) e o Estado Gerencial, especialmente entre 1995-1999, com destaque às Emendas Constitucionais 5/95 e 20/98.

¹³ O período compreendido entre 1995 e 1999 trouxe um ambiente de privatizações *strito sensu*, pautadas pelas ideologias neoliberais de globalização e na linha de redução do tamanho do Estado, quando várias estatais foram vendidas ou submetidas a novo regime jurídico (Emenda Constitucional nº 19/98), operando conforme clássica dicotomia constitucional: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica.

acontecimentos, novas condições históricas, econômicas e sociais, que não tinham sido bastante refletidas pelo constituinte de 1988”.¹⁴

Contudo, passados quase vinte anos, as estatais ainda não perfizeram *ipso facto* a transição então preconizada, da *administração pública patrimonialista e burocrática* para aquela *gerencial*, pautada por desígnios de eficiência e eficácia, com controle de resultados e não de meios.

A história recente mostra que estas empresas permanecem administradas segundo modelos gerenciais ultrapassados, fadadas a se acomodar na condição de instrumentos de realização de objetivos político-governamentais, e não propriamente estatais.

Nessa condição, elas representam ícones das estruturas de um *Estado em Crise* -- que ao invés de provedor e garantidor do bem-estar público, torna-se “um parasita” da população, preocupado apenas com a própria sobrevivência, exigindo cada vez mais e dando menos em troca¹⁵.

E em que pesem as realidades e contingências políticas a que nos referimos, as empresas estatais são instadas a se adaptar às novas realidades de mercado impostas pelas carências de setores diversos da infraestrutura nacional, aliadas à disposição da iniciativa privada de assumir, em regime concorrencial, os serviços públicos prestados por várias delas.

Um exemplo típico e atual dessa realidade situa-se nos serviços de *saneamento básico* – na latitude em que definidos no art. 3º da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007¹⁶ --, que evoluiu pouquíssimo nos últimos anos.

É notória a situação crítica vivenciada por diversas estatais estaduais prestadoras destes serviços a municípios, via relações convenientes antigas, que têm manifestado o ânimo de buscar novos concessionários, em razão da demanda por melhor qualidade e alcance dos serviços.

Nesse cenário, delinea-se forçosamente um novo cenário para as estatais e para as empresas do setor privado que operam nesse setor da infraestrutura, e que implica no

¹⁴ GONZALES, Alice Borges, O estatuto jurídico ... cit.

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo, Estado de Crise, cit. págs. 77 e 11.

¹⁶ Lei 11.445/2007, Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de: a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição; b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente; c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas; d) drenagem e manejo das águas pluviais, limpeza e fiscalização preventiva das respectivas redes urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.

reconhecimento pelos controladores públicos, da necessidade de desempenho de suas empresas segundo as *práxis* deste horizonte concorrencial vigente, e que as capacitem para competir (ou atuar com) a iniciativa privada.

O momento aponta para muitos interesses convergentes em torno da prestação destes serviços, que integram potencialmente a carteira de novos negócios de empresas privadas, em sua incessante expansão de mercado.

Com isso, a diversificação dos modelos de negócios das estatais e, como conseqüência, sua preparação para tanto, são contingências concretas e urgentes a serem enfrentadas, já que uma posição imobilista poderá ser altamente prejudicial ao cumprimento das finalidades institucionais que justificaram sua criação no passado¹⁷.

Mesmo porque, especificamente no caso das sociedades de economia mista, o tipo societário adotado (sociedade anônima) tem como característica indissociável de seu objeto a natureza mercantil e a persecução de lucro, como definido no art. 2º da Lei das S.As.¹⁸.

Estas empresas carregam em si uma constante tensão e um conflito originário entre a finalidade sócio-institucional e política de sua criação, reafirmada pelo art. 27 da nova Lei, e a finalidade lucrativa intrínseca ao tipo societário¹⁹.

Como adverte o Professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, não se trata destas sociedades assumirem, fetichisticamente, sua personalidade de direito privado - imaginando-se e agindo segundo o pressuposto de que tal regime poderia proporcionar-lhes desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo serviu-lhes de parâmetro para sua criação - mas sim de exercitar suas prerrogativas privadas legítimas, num ambiente equilibrado de governança corporativa voltada ao cumprimento de seus fins²⁰.

Também o Professor Modesto CARVALHOSA, referindo-se às sociedades de economia mista, afirma que “esse rigoroso equilíbrio é condição que não pode ser descumprida, sob pena de estar a sociedade de economia mista fraudando seus objetivos ao mesmo tempo institucionais e contratuais²¹”.

Em suma: o Estado-Empresário é uma realidade imposta pela modernidade à forma de atuação das estatais.

Esse estado de coisas implica em que a tutela do equilíbrio entre as mencionadas forças (aparentemente opostas e incongruentes) deve se pautar por princípios de

¹⁷ Apenas para citar um exemplo, é conhecido o histórico de dificuldades enfrentadas pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN. Tanto que o Ministério Público Estadual implementou Programa em 2010, a partir de Inquérito Civil de âmbito estadual instaurado pelo Procurador-Geral de Justiça em 2004, destinado a apurar responsabilidades atinentes ao baixo índice de saneamento básico nos municípios catarinenses e na concepção e implementação de medidas capazes de melhorar os indicadores constatados (<<http://www.mpsc.mp.br/programas/saneamento-basico>>), acesso em 24/08/15.

¹⁸ BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. BARROSO, Andreia, “Organização Administrativa Brasileira”, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho (Coord.), Curso Prático ... cit., págs. 70 e 90.

¹⁹ Idem, *ibidem*.

²⁰ Apud BICALHO, Alécia ..., cit., p. 91.

²¹ Idem, p. 89.

governança corporativa, transparência e eficiência, com ênfase na realização das finalidades institucionais de caráter público a que se destinam estas empresas, mas também em atenção às características de seu tipo societário.

Implica, também, como ora reforçado pela Lei das Estatais, que este controle seja focado nos resultados, sob a ótica do empreendedorismo que também orienta a atuação das estatais prestadoras de serviço público²².

No prefácio da obra *Governança Pública – O Desafio do Brasil*²³, Jorge Gerdau JOHANNPETER comenta que o tema *governança* integra essencialmente o DNA das empresas privadas, sendo sua qualidade uma premissa para a sobrevivência no mercado globalizado.

Destaca, ainda, o importante papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União no controle e fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública direta e indireta, bem como os vários esforços desenvolvidos desde a década de 1990 com vistas ao aprimoramento de tais controles²⁴.

E dá a medida do alcance do tema governança, demonstrando que a despeito destas gestões, os controles ainda são defasados em relação à **realidade empresarial** em que estas entidades se inserem:

“o tema Governança é mais amplo. Não se vincula exclusivamente à legalidade e controle. Uma boa governança é aquela que traça um horizonte, define um propósito, alinha as estruturas, desdobra os objetivos e metas e tem um sistema robusto de processos críticos que sustentam suas estratégias, garantindo uma execução e um controle de excelência.”²⁵ (g.n.).

Por este, entre outros aspectos, o aspecto central da Lei das Estatais -- governança corporativa e *compliance* – deve refletir na evolução do conceito de controle das estatais, como bem ponderou o Professor Bernardo Strobel GUIMARÃES:

“Mais do que isso, a própria dinâmica das estatais tem de ser interpretada em linha com a Constituição, que as define como modos de atuação do estado em regime empresarial. Nessa linha, cumpre elucidar o que, em nossa percepção, representa o ponto de ruptura da nova lei. Analisando os dispositivos da norma de maneira holística, apresenta-se relevante o fato de que seu escopo foi fortalecer as estatais como entes autônomos, em que o Estado controlador está sujeito a orientar seu poder de modo a prestigiar os fins estatutários que levaram a criação da empresa em detrimento de suas conveniências políticas.”²⁶ (g.n.).

²² *Idem*, p. 70. Vide ainda GUIMARÃES, Bernardo Strobel, *A nova lei ... cit.* p. 877.

²³ NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, *Governança Pública – O Desafio do Brasil*, 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

²⁴ Entre tais ações o empresário destaca: o Decreto Presidencial de 1998, que implantou o PPA – Plano Plurianual, com planejamento estatal num horizonte de 4 anos, e destinado a complementar os processos orçamentários das Leis de Diretrizes Orçamentárias e das Leis Orçamentárias Anuais; paralelamente, destacou a Lei de Responsabilidade, as Leis de Transparência, de Acesso à Informação e Anticorrupção, que vieram engrossando essa estrutura legislativa rumo à governança pública.

²⁵ NARDES, João Augusto, ALTOUNIN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, *Governança Pública ...*, cit., p. 153.

²⁶ GUIMARÃES, Bernardo Strobel, *A nova lei das estatais ...*, cit., p. 877.

Portanto, as regras estatutárias delineadas no art. 6º da Lei, relacionadas à *governança corporativa, transparência e estrutura, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e mecanismos de proteção aos acionistas*, obrigam os gestores a imprimir eficiência e transparência na condução das finalidades públicas institucionais - e **empresariais** - destas entidades.

Com isso, é preciso que se tenha em mente que essas novas regras deverão mudar também o **eixo do controle**, sobretudo externo, a ser doravante exercido nas estatais, que deverá **considerar o aspecto empresarial dos resultados obtidos por estas empresas, na roupagem de Estado-Empresário**.

A esse propósito, cabe uma crítica ao art. 85 da Lei, que parece não ter levado em conta esta realidade, ao prever a fiscalização da legitimidade, economicidade e eficiência da aplicação dos recursos pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial.

É de se esperar que o controle adote essa visão mais ampla de fiscalização, no contexto da administração pública gerencial, considerada a latitude de atuação das estatais no ambiente ora comentado, reforçada pelos novos paradigmas introduzidos pela Lei 13.303/2016.

4. Novos paradigmas das empresas estatais: regulação do Estado-Empresário

4.1 Parcerias Societárias e Contratuais

A esse propósito, o legislador andou bem ao prever no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei a dispensa de licitação para a contratação nos casos em que a **escolha do parceiro** esteja associada a suas características particulares e vinculada a **oportunidades de negócio** definidas e específicas, que justifiquem a inviabilidade de procedimento competitivo.

O § 4º do mesmo dispositivo define **oportunidades de negócio** como *“a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”*. (g.n.).

Estas disposições consolidam importante vetor de fomento às estatais, no contexto apresentado no introito deste trabalho, em especial neste momento de mudança da política econômica do país.

Ampliam-se, assim, as perspectivas de parcerias com a iniciativa privada, necessárias a viabilizar a conjugação da capacidade de governança, gestão, financiamento e operativa destas empresas, com as utilidades de interesse público que cabem ao Estado prover.

A Lei vem reconhecer o *ponto de não retorno* do Estado-Empresário, ora legitimado em sede legislativa a trafegar em seus negócios mediante formas variadas de associação com setor privado, destinadas a atender a diversidade de situações no plano da desestatização (concessões e PPPs, arrendamentos, e correlatos) -- doravante ampliadas pelas **parcerias societárias ou contratuais**.

Trata-se de tendência confirmada pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que criou *“o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização”*.

Atente-se para a amplitude e diversificação dos modelos de contratos alcançados pela Lei citada - que considera **contratos de parceria** a *“concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e*

os **outros negócios público-privados** que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, **adotem estrutura semelhante.**"²⁷(g.n.)

O Estado brasileiro passa pela modificação comentada pelo Professor Luciano FERRAZ citando o jurista português Moreira VITAL ao referir-se ao "poliformismo organizatório" da Administração Pública, imposto pelas diversas formas de atuação do Estado, consoante as necessidades de cada tempo, e partindo-se do reconhecimento da existência de um processo contínuo de reformulação e reconfiguração na estrutura do processo orgânico decisório da Administração Pública²⁸.

O autor cita Paulo OTERO, segundo o qual a temática é essencialmente permeada por uma "interpretação do direito privado na operatividade do direito administrativo, com o recurso à formação de figuras híbridas que não aceitam categorização nos tipos comuns das entidades públicas²⁹".

A perspectiva societária adicional nas parcerias público-privadas *lato senso* -- identificada no engajamento da estrutura estatal diretamente na exploração de atividades econômicas mediante participação do Estado como sócio de empresas privadas que não integram a Administração Pública -- já vem sendo tratada há algum tempo pela doutrina pátria, como brilhantemente abordado pelo Professor Rafael Wallbach SCHWIND³⁰.

Ana Carolina RODRIGO e Felipe Taufik DAUD historiam o processo evolutivo que abriu espaço para a proposição de um novo modelo institucional, focado na necessidade do aporte de parâmetros renovados de interação entre empresas estatais e privadas³¹.

O ambiente globalizado impõe técnicas de consensualidade, contratualização, agilidade e adaptabilidade, com ênfase, em especial, no princípio da finalidade na tutela do interesse público, e sua acomodação em relação à legalidade e tipicidade; enfim, uma era pautada por novos paradigmas, entre os quais a negociação via acordos e parcerias³².

Nesse contexto, além das parcerias tradicionais, outra espécie de parceria já vinha despertando o interesse das empresas estatais e da iniciativa privada: as parcerias de natureza societária, envolvendo a cooperação entre as esferas pública e privada no âmbito de arranjos associativos acionários, para a exploração de atividades econômicas, normalmente com participação minoritária do Estado.

Sob o aspecto procedimental destas parcerias, já defendíamos anteriormente à edição Lei, a dispensa de licitação como solução legítima à proposição vertente.

Na ocasião, interpretamos que a ausência de regramentos legais específicos sobre o *modus operandi* a ser observado pelas estatais na definição de seus sócios privados terá decorrido de opção do legislador no sentido de **não restringir onde o regime próprio das estatais não o fez.**

²⁷ Em depoimento ao Consultor Jurídico (conjur.com.br), o Professor Marçal Justen Filho manifestou sua aprovação ao que entende como a criação do gênero dos contratos de parceria.

²⁸ FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 266, p. 49-68, maio/ago. 2014.

²⁹ *Idem*, p. 52.

³⁰ SCHWIND, Rafael Wallbach, Participação Estatal em Empresas Privadas: as "Empresas Público-Privadas", 2014, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orientadora Professora Titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mimeo, p. 1.

³¹ "Trata-se fundamentalmente de uma redefinição na forma como se percebe o papel do Estado, identificando-se que os limites de eficiência do mercado não se resolvem com o abandono do protagonismo privado, nem com o estatismo tradicional, mas sim com a participação indutiva do Estado, cooperando com agentes privados". (RODRIGUES, Ana Carolina; DAUD, Felipe Taufik, O estado como acionista minoritário, Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012).

³² CARVALHO, Gabriela, A nova Administração Pública e o direito administrativo, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.

Ou seja, na condição de contingente necessário à boa condução de seus negócios, a lei não haveria de criar regramentos potencialmente incongruentes com a flexibilidade do regime privado tipicamente conferido às sociedades de economia mista³³.

Entre outros fundamentos, entendemos que a obrigatoriedade de licitação fixada no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal aplica-se sempre que a Administração Pública pretender, ela própria, e para si, contratar obras, serviços, compras, alienações, ou seja, sempre que, demandando uma de tais prestações, for buscar um particular *executor, fornecedor, adquirente*, enfim um prestador de determinada utilidade demandada pela empresa, na condição de tomadora.

Nesse contexto, a licitação tem caráter instrumental, na medida em que é útil à seleção da melhor proposta a ser ofertada pelo mercado no atendimento de determinada prestação a ser contratada pela Administração Pública para sua fruição, nos termos de demanda posta.

Outro fator e característica situacionais e decisivos quanto ao cabimento do certame licitatório consistem em que o objeto possa ser disputado por competidores em oposição, sob a forma de lances ou propostas, e que seja, efetivamente, intercambiável.

Ora, as oportunidades de negócios relacionadas às parcerias societárias ou contratuais não traduzem tais feições prestacionais a serem materializadas via licitação.

Além disso, suas próprias peculiaridades na condição de oportunidade de negócio não são licitáveis, pois encerram condições e proposições próprias, únicas e específicas da empresa potencial parceira, consideradas sua capacidade de empreendedorismo, de concepção e negociação, bem como disposição para a assunção de riscos³⁴.

Finalmente, sustentamos ainda que a exposição do negócio (oportunidade de negócio) à seleção pública colocaria em risco não apenas o próprio negócio e as vantagens que este ordinariamente geraria à Companhia caso não fosse publicizado e licitado de antemão, mas também a disputa na licitação -- que nesse ambiente e contexto seria promovida pelo concedente, na outra ponta, com prejuízos ao princípio da competitividade, ao contratante e aos usuários.

Um procedimento licitatório cuja publicidade carregue em si potencial risco de dano aos interesses da estatal, do concedente, e dos usuários do serviço, traria em si, por decorrência, maior potencial lesivo aos princípios da Administração Pública que a estatal deve atender – em especial a finalidade e a eficiência – do que sua ausência talvez pudesse implicar à isonomia, publicidade e impessoalidade.

Portanto, o legislador andou bem nas disposições versando sobre as parcerias societárias ou contratuais, ora autorizadas mediante dispensa de licitação motivada nas condições específicas da oportunidade de negócio que as justifiquem.

³³ BICALHO, Alécia. SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO - CONDIÇÕES DE RESOLUTIVIDADE DAS PARCEIRAS SOCIETÁRIAS ENTRE O PODER PÚBLICO E A INICIATIVA PRIVADA, parecer mimeo, setembro/2015.

³⁴ A nosso ver, outras contradições lógicas impediriam uma licitação, como é o caso das intercorrências vislumbradas na fase interna, preparatória da licitação: a) a estatal deveria preparar um projeto próprio, por ela moldado, que não consideraria a presença de um possível parceiro (ainda desconhecido) e as peculiaridades do projeto específico estruturado que este poderia lhe apresentar, baseado nas premissas da empresa, e condizente com as condições específicas por ela detidas (aportes intelectuais, negociais, financeiros, entre outros); b) a estatal deveria desenvolver seus próprios estudos e levantamentos, segundo as feições nesse contexto definidas para o negócio (ou seja, sem contar com a presença de tal desconhecido potencial parceiro e as especificidades do projeto por este elaborado), e para tanto arcaria com os inconvenientes custos financeiros e temporais; c) o nível de detalhamento do objeto da licitação deveria ser tal que não comprometesse a necessária reserva do negócio em si, já que seus licitantes poderiam vir a ser seus futuros concorrentes nos negócios pretendidos; e d) a publicidade quanto ao perfil dos parceiros buscados poderia surtir efeitos negativos sobre os interesses de mercado, e de concorrentes menos simpáticos ou aptos a responder ao chamado de possível associação societária com a estatal. Na etapa seguinte, ao obter na licitação as propostas solicitadas junto ao mercado, a Companhia passaria a contar com uma vantagem competitiva, em tese indevida, pois teria total e amplo conhecimento da estrutura viável de negócio, suas margens, entre outras informações de caráter comercial, detidas pelos licitantes - seus próprios potenciais futuros concorrentes.

Caso bem aplicados, esses dispositivos alargam a possibilidade de destravamento de um dos mais graves gargalos da infraestrutura nacional, impactante do meio ambiente e da saúde pública em nossas *pólis*, o saneamento básico.

4.2 Mecanismos de governança corporativa das estatais

Enfim, não fosse pela necessidade premente de extirpar a má prática do uso político das estatais e aperfeiçoar seus controles, a mera perspectiva de atuação negocial concertada entre as estatais e o setor privado – nos moldes das parcerias acima comentadas -- já demandaria um reforço na governança corporativa destas entidades.

Na verdade, mais do que a governança corporativa das empresas estatais, a **Governança Pública** é uma carência geral da **Administração Pública como um todo**.

Na obra já citada, *Governança Pública – O Desafio do Brasil*, o Ministro João Augusto NARDES e os co-autores Cláudio Sarian ALTOUNIAN e Luís Afonso Gomes VIEIRA definem:

“Governança pública pode ser entendida como a **capacidade que os governos têm de avaliar, direcionais e monitorar** a gestão das políticas e serviços públicos **para atender de forma efetiva as necessidades e demandas da população**.”³⁵ (g.n.).

No voto proferido em Relatório de Levantamento com o objetivo de sistematizar informações sobre a situação da governança pública em âmbito nacional (esferas federal, estadual, distrital e municipal), o Ministro Augusto NARDES destacou os pontos chaves da governança pública, nos seguintes termos:

"Apesar de o tema ter sido desenvolvido, inicialmente, com foco nas empresas privadas, ao longo dos anos, crises no setor público propiciaram a realização de estudos para tornar o assunto mais abrangente e aplicável às organizações governamentais. Em 2001, a Federação Internacional de Contadores (IFAC) publicou o trabalho “Governança no Setor Público” (*Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*, 2001), no qual redefiniu os princípios da boa governança, para aplicabilidade nas organizações públicas. São eles (transcrito do item 14 do relatório do Acórdão 3.023/2013-Plenário):

Transparência: necessidade de os altos dirigentes das organizações públicas exporem toda informação relevante aos interessados e se colocarem à disposição para esclarecimentos, de forma que os interessados confiem nos processos de tomada de decisão, na gestão e nos agentes públicos.

Integridade: necessidade de os altos dirigentes serem honestos e objetivos, adotando voluntariamente altos padrões de comportamento que conduzam os interessados ao reconhecimento de que seu comportamento é probo e apropriado. O cumprimento deste princípio depende da efetividade do modelo de controle e do profissionalismo dos agentes públicos.

Prestação de contas: necessidade de que os altos dirigentes assumam integralmente a responsabilidade por decisões e ações de sua alçada e prestem contas por elas, inclusive pelos resultados alcançados. Para que esse princípio seja cumprido, é essencial haver uma clara definição de papéis e responsabilidades dos agentes públicos.”³⁶

³⁵ NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Cláudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, *Governança Pública ...*, cit., p. 153.

³⁶ AC-1273-19/15-P, Ata nº 19/2015 – Plenário TCU, Data da Sessão: 27/5/2015 – Ordinária.

Nesse quadrante, os requisitos mínimos de **transparência** a serem adotados pelas estatais e suas subsidiárias estão previstos no art. 8º da Lei nº 13.303/2016, e se referem à elaboração e **divulgação na internet, de forma permanente, cumulativa e atualizada** de:

- (i) informações relevantes, em especial relativas às **atividades desenvolvidas, à estrutura de controle, aos fatores de risco, aos dados econômico-financeiros, aos comentários dos administradores sobre o desempenho, políticas e práticas de governança corporativa e descrição da composição e da remuneração da administração;**
- (ii) carta anual de governança corporativa, que consolide tais informações em um único documento escrito, em linguagem clara e direta, destinada a habilitar terceiros a **acompanhar a tutela do interesse público representado pelas estatais, e que se manifeste por meio do alinhamento entre os objetivos da empresa e aqueles de políticas públicas;**
- (iii) política de divulgação de informações, em conformidade com a legislação em vigor e com as melhores práticas;
- (iv) política de **transações com partes relacionadas**, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente, e aprovada pelo Conselho de Administração;
- (v) nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financeiros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; e
- (vi) anualmente, relatório integrado ou de sustentabilidade. (g.n.)

A carta anual do Conselho de Administração deverá explicitar os **compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas** - em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que tenha justificado a criação da entidade --, com definição clara dos recursos a serem empregues para esse fim, além dos impactos econômico-financeiros da consecução dos objetivos, **mensuráveis por meio de indicadores objetivos**.

Com isso, a Lei **qualifica objetivamente** a natureza do interesse público a ser realizado pela estatal, mediante **indicadores explícitos, mensuráveis** e aferíveis pelo controle interno, externo, e pela sociedade, via ampla publicidade de dados e informações.

Exsurge efetivamente no cenário legislativo das estatais a administração pública gerencial, com controle de resultados e tutela por técnicas e práticas atuais, vinculando-se doravante tais entidades às regras de obrigatória *accountability* e, portanto, de responsabilidade com a ética e prestação transparente de suas contas, decisões e ações.

Nesse ponto, a Lei de Responsabilidades das Estatais faz o necessário alinhamento com a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que introduziu a exigência da adoção do *compliance* pelas empresas, ao prever que na dosimetria das sanções legais serão levados em consideração, entre outros aspectos, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Anote-se que as sanções previstas na Lei Anticorrupção se aplicam às estatais, exceto a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica; e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras.

Tais exceções terão decorrido do aspecto estatal que permeia a existência destas empresas, embora, a nosso ver, fosse justificável estender a vedação às empresas infratoras, mesmo que estatais, do recebimento de incentivos, subsídios, empréstimos e seus correlatos, na hipótese de infração tipificada na mencionada Lei.

De qualquer forma, as regras de *compliance* estendem-se no art. 9º da Lei nº 13.303/2016, que exige estruturas e práticas de **gestão de riscos e controle interno** abrangendo: ação dos administradores e empregados, por meio da **implementação cotidiana** de práticas de controle interno; área responsável pela **verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos**; e auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

O conteúdo **Código de Conduta e Integridade** deverá contemplar: (i) princípios, valores e missão da empresa, além de orientações sobre **prevenção de conflito de interesses e vedação da prática de atos de corrupção e fraude**; (ii) instâncias internas responsáveis por sua **atualização e aplicação**, com **canal de denúncias** que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas a seu descumprimento, e das demais normas internas de ética e obrigacionais; (iii) **sanções** aplicáveis em caso de violação às regras do Código; e (iv) **treinamento periódico**, no mínimo anual, sobre o Código, a ser ministrado a **empregados e administradores**, e sobre a **política de gestão de riscos, a administradores**³⁷.

A área responsável pela verificação do cumprimento de obrigações e de gestão de riscos será vinculada ao Diretor-Presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto prever suas atribuições e estabelecer mecanismos que **asseguem sua atuação independente**, além da possibilidade de se reportar **diretamente** ao Conselho de Administração em situações de suspeita do envolvimento do Diretor-Presidente em irregularidades, ou quando este se furtar à adoção de medidas necessárias em relação aos fatos a ele relatados.

Ao Conselho de Administração compete cuidar da **aplicação e execução** do *compliance*, e, especificamente: (i) discutir, aprovar e monitorar decisões envolvendo práticas de governança corporativa, relacionamento com partes interessadas, política de gestão de pessoas e código de conduta dos agentes; (ii) implementar e supervisionar os sistemas de gestão de riscos e de controle interno estabelecidos para a prevenção e mitigação dos principais riscos a que se expõe a empresa, inclusive relacionados à integridade das informações contábeis e financeiras e à ocorrência de corrupção e fraude; (iii) estabelecer política de porta-vozes visando eliminar risco de contradição entre informações de diversas áreas e dos executivos; (iv) avaliar os diretores, nos termos do inciso III do art. 13 da Lei, podendo para tanto contar com apoio metodológico e procedimental do Comitê Estatutário.

Ao Conselho de Administração caberá, ainda, sob pena de seus integrantes responderem por omissão, **promover anualmente análise de atendimento das metas e resultados na execução do plano de negócios e da estratégia de longo prazo**, devendo suas conclusões serem publicadas e informadas ao Congresso Nacional, às Assembleias Legislativas, à Câmara Legislativa do Distrito Federal ou às Câmaras Municipais e aos respectivos tribunais de contas, quando houver.

O caput do art. 95 fixa prazo de cento e oitenta dias, da data de publicação da Lei, para a aprovação pelo Conselho de Administração da estratégia de longo prazo a ser apresentada pela Diretoria até a última reunião ordinária do ano anterior.

Portanto, a Diretoria tem destaque na função de planejamento finalístico e de controle, cabendo-lhe fiscalizar o cumprimento dos compromissos de metas e resultados

³⁷ Lei 12.846/2013, Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] inciso VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica O conteúdo do Programa de Integridade é indicado nos artigos 41 e 42 do Decreto nº 8.420 de 18 de março de 2015; vide ainda Portaria CGU Nº 909, de 7 de abril de 2015.

específicos a serem alcançados, e apresentar para a aprovação do Conselho de Administração: (i) o plano de negócios para o exercício anual seguinte; e (ii) a estratégia de longo prazo atualizada com análise de riscos e oportunidades para, no mínimo, os próximos 5 (cinco) anos.

Já a Auditoria Interna será vinculada ao Conselho de Administração (diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário, adiante tratado) e será responsável por aferir a adequação do controle interno; a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança; e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando a preparação de demonstrações financeiras.

O Comitê Estatutário será responsável por verificar a conformidade do processo de **indicação e de avaliação** de membros dos Conselhos de Administração e Fiscal, cabendo-lhe auxiliar o acionista controlador em tais indicações, além de divulgar as atas das reuniões realizadas para a verificação do cumprimento pelos indicados dos requisitos definidos na política de indicação.

O Comitê de Auditoria Estatutário terá a competência de:

- (i) opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente;
- (ii) supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua **independência**, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa;
- (iii) **supervisionar** as atividades desenvolvidas nas áreas de **controle interno, de auditoria interna** e de elaboração das demonstrações financeiras;
- (iv) **monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno**, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas;
- (v) avaliar e monitorar **exposições de risco** da empresa, podendo requerer, entre outras, informações detalhadas sobre políticas e procedimentos referentes à: remuneração da administração; utilização de ativos da empresa e gastos em seu nome incorridos;
- (vi) avaliar e **monitorar**, em conjunto com a administração e a área de **auditoria interna**, a adequação das transações com partes relacionadas;
- (vii) elaborar relatório anual com informações sobre as **atividades**, os resultados, as **conclusões e as recomendações** do Comitê de Auditoria Estatutário, registrando, se houver, as divergências significativas entre administração, auditoria independente e do Comitê de Auditoria Estatutário, em relação às demonstrações financeiras;
- (viii) avaliar a razoabilidade dos parâmetros em que se fundamentam os cálculos atuariais, bem como o resultado atuarial dos planos de benefícios mantidos pelo fundo de pensão, quando a empresa for patrocinadora de entidade fechada de previdência complementar.

Garantindo efetividade às medidas de *compliance* e transparência, o Comitê de Auditoria Estatutário deverá possuir meios para receber denúncias, inclusive sigilosas, internas e externas, versando sobre matérias relacionadas ao escopo de suas atividades, e deterá autonomia operacional e dotação orçamentária para conduzir ou determinar a realização de consultas, avaliações e investigações atinentes a suas atividades.

O art. 12 da Lei impõe às estatais a obrigação de divulgar toda e qualquer forma de **remuneração dos administradores** e de **adequar constantemente suas práticas** ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma ali estabelecida.

Outro destaque do bloco de artigos voltados à governança na Lei das Estatais -- em linha de consonância com seu art. 9º e com o inciso V, §3º do art. 173 da Constituição Federal -- refere-se à obrigatoriedade da lei que autorizar a criação da empresa dispor sobre diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto, em especial no que se refere a, entre outros: **avaliação de desempenho dos administradores e dos membros de comitês**, individual e coletiva, de periodicidade anual, observados os quesitos mínimos relacionados à: exposição dos atos de gestão praticados, **licitude e eficácia da ação administrativa**; contribuição para o resultado do exercício; e **consecução dos objetivos estabelecidos no plano de negócios e na estratégia de longo prazo**.

Já o acionista controlador, deve observância às obrigações de praxe, da Lei das Sociedades Anônimas, respondendo pelos atos praticados com abuso de poder, mediante ação de reparação proposta pela sociedade, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia-geral de acionistas.

A ele caberá, ainda, observar a **política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal**, responsabilizando-se por **preservar a independência do Conselho de Administração** no exercício de suas funções, além de fazer constar do Código de Conduta e Integridade -- aplicável à alta administração -- a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente da estatal, de informação que possa afetar a cotação dos títulos da empresa e em suas relações com o mercado, consumidores ou fornecedores.

Os membros do Conselho de Administração e da Diretoria submetem-se às normas da legislação societária e serão escolhidos (inclusive o Presidente, Diretor-Geral e Diretor-Presidente) na forma prescrita no art. 17 da Lei, entre cidadãos de **reputação ilibada e de notório conhecimento**, que atendam os requisitos relacionados à **experiência profissional mínima** (alíneas *a* a *c* do inciso I); o §2º do mesmo dispositivo traz as **vedações à indicação** para o Conselho de Administração e para a Diretoria.³⁸

Merece destaque, ainda, o art. 22 da Lei, que determina seja o Conselho de Administração composto por, no mínimo, vinte e cinco por cento de **membros independentes** (ou pelo menos um, caso haja decisão pelo exercício da faculdade do voto múltiplo pelos acionistas minoritários, nos termos do art. 141 da Lei das Sociedades Anônimas).

Também quanto aos **conselheiros independente** -- definido nos incisos I a VII do § 1º do mesmo dispositivo³⁹ --, a Lei estabelece **regras restritivas à livre nomeação**, vinculando as escolhas aos pressupostos de **isenção de interesses ou possíveis conflitos**.

³⁸ Lei 13.303/2016, Art. 17. [...] § 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria: I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, 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.

³⁹ Lei 13.303/2016, Art. 22. [...] § 1º O conselheiro independente caracteriza-se por: I - não ter qualquer vínculo com a empresa pública ou a sociedade de economia mista, exceto participação de capital; II - não ser cônjuge ou parente consanguíneo ou afim, até o terceiro grau ou por adoção, de chefe do Poder Executivo, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado ou Município ou de administrador da empresa pública ou da sociedade de economia mista; III - não ter mantido, nos últimos 3 (três) anos, vínculo de qualquer natureza com a empresa pública, a sociedade de economia mista ou seus controladores, que possa vir a comprometer sua independência; IV - não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da empresa pública, da sociedade de economia mista ou de sociedade controlada, coligada ou subsidiária da empresa pública ou da sociedade de economia mista, exceto se o vínculo for exclusivamente com instituições públicas de ensino ou pesquisa; V - não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços ou produtos da empresa pública ou da

Pois bem. Esta estrutura de governança impõe uma ruptura profunda com o modelo político e obsoleto segundo o qual as estatais brasileiras tem sido operadas, e de cuja ineficiência o desastre Petrobras é o exemplo emblemático.

5. Conclusões

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 confirmou a tendência que já vinha se manifestando no horizonte das empresas estatais, de ampliação dos negócios público-privados mediante formas associativas, societárias ou contratuais; operou-se, portanto, ora em sede legal, o reconhecimento da juridicidade da legítima vertente de atuação do *Estado-Empresário*.

Além disso, a Lei aparelhou as empresas estatais a, nesse contexto, atuarem de forma concertada com a iniciativa privada, compartilhando de sua musculatura e eficiência, ora mediante mecanismos de gestão e de controles condizentes com a dimensão ético-estatal e social das estatais.

Os instrumentos de governança corporativa incorporados a estas empresas conferirão às próprias, à sociedade e a seus possíveis parceiros, a segurança jurídica da legitimidade dos atos e dos negócios essenciais às soluções necessárias a alavancar investimentos em setores carentes da infraestrutura nacional, como é o caso do saneamento básico, conforme exposto neste trabalho.

6. Referências bibliográficas.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo, *Estado de Crise*; tradução Renato Aguiar., 1ª. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira, A Interpretação do Conceito de Empresa Estatal Dependente na Lei de Responsabilidade Fiscal, *FCGP*, ano 1, n. 3, março 2002.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; GONÇALVES, Andreia Barroso, “Organização Administrativa Brasileira”, In MOTTA, Carlos Pinto Coelho, Coord., *Curso Prático de Direito Administrativo*, 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BORGES, Alice Gonzales, O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional nº 19/98, *R. Dr. Adm.*, Rio de Janeiro, 217: 1-12, julho.set. 1999.

CARVALHO, Gabriela, A nova Administração Pública e o direito administrativo, *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.

FERRAZ, Luciano. Além da sociedade de economia mista. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 49-68, maio/ago. 2014.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel, A nova Lei das Estatais e seu caráter original, *Revista Zênite ILC* nº 271, st. 2016.

sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência; VI - não ser funcionário ou administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços ou produtos à empresa pública ou à sociedade de economia mista, de modo a implicar perda de independência; VII - não receber outra remuneração da empresa pública ou da sociedade de economia mista além daquela relativa ao cargo de conselheiro, à exceção de proventos em dinheiro oriundos de participação no capital.

JACOBY FERNANDES, Murilo Queiroz Melo, Lei nº 13.303/2016: Novas Regras de Licitações e Contratos para as Estatais, *Revista Síntese - Licitações, Contratos e Convênios*, Ano VI – Nº 34 – AGO-SET 2016, p. 9-13.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann, Duas polêmicas da nova lei de responsabilidade das empresas estatais: conflito federativo e direito intertemporal, <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/duas-polemicas-da-nova-lei-de-responsabilidade-das-empresas-estatais-conflito-federativo-e-direito-intertemporal-3lzym9s4gpos25w70xdeevxj>>, Consulta em 20/09/16.

NARDES, João Augusto, ALTOUNIAN, Claudio Sarian, VIEIRA, Luís Afonso Gomes, *Governança Pública – O Desafio do Brasil*, 2ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA, *As licitações na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): mais do mesmo ?* <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/as-licitacoes-na-lei-133032016-lei-das-estatais-mais-do-mesmo>>, Consulta em 26/09/2016.

RODRIGUES, Ana Carolina; DAUD, Felipe Taufik, O estado como acionista minoritário, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, out./dez. 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach, *Participação Estatal em Empresas Privadas: as “Empresas Público-Privadas”*, 2014, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orientadora Professora Titular Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *mimeo*.