

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ENRICO PIZAO SAID

**A GESTÃO PÚBLICO EMPRESARIAL E O OBJETIVO
ANTICORRUPÇÃO DA LEI Nº. 13.303 de 2016**

UBERLÂNDIA

2017

ENRICO PIZAO SAID

A GESTÃO PÚBLICO EMPRESARIAL E O OBJETIVO
ANTICORRUPÇÃO DA LEI Nº. 13.303 de 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Ricardo Padovini Pleti

Ass: _____

UBERLÂNDIA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ENRICO PIZAO SAID

A GESTÃO PÚBLICO EMPRESARIAL E O OBJETIVO ANTICORRUPÇÃO DA LEI Nº. 13.303 de 2016

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito à obtenção do título de bacharel em Direito, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Ricardo Padovini Pleti

Orientador – Faculdade de Direito Prof ‘Jacy de Assis’

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

Banca Examinadora

Prof. Cristiano Gomes de Brito

Banca examinadora

Uberlândia, ...de.....de 2017

Aos meus pais, Alfredo e Rosângela, por me permitirem sonhar.

À Giovanna, minha base e sustentação.

À minha Tia Ana, a qual palavras não bastam para agradecer.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Rosângela, que sacrificou mais do que eu sei e muito mais do que eu poderia pedir, apenas para que eu tivesse a chance de escrever estas palavras.

Ao meu pai, Alfredo, que usou todas as suas velas com todos os defuntos, bons ou ruins, na jornada que tivemos até aqui. Minha educação é a única homenagem possível para tudo que fez.

Agradeço à Giovanna, minha companheira de cinco anos. Foi um longo caminho até aqui, e por ele todo você esteve ao meu lado.

À minha Tia Ana, que me abriu porta, casa e coração. Sei que não houve um segundo em que foi fácil, que não faltaram momentos em que quis desistir. Mas não tive nada e nem ninguém mais importante nesta trajetória. A você, meu agradecimento é eterno, bem como meu amor, ainda que nem sempre claro e exposto, mas sempre presente.

Agradeço aos meus amigos. Vocês foram muitos, vocês foram minha família em frente à distância, uma chama de afago onde nada pensei encontrar. A vocês dedico as forças que pensei nunca ter.

Agradecimentos a todos meus professores, técnicos e funcionários da Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis. Cada um construiu um pouco do pouco que sou.

Em especial agradeço ao meu Orientador, Professor Ricardo Pleti, pela atenção e esforço dedicados à finalização deste trabalho.

Por fim, para todos que tornaram minha Faculdade um pouco melhor, dia por dia, risada por risada, sorriso por sorriso, meus mais sinceros agradecimentos. Vocês embelezaram meus dias mais feios e deram luz aos momentos mais escuros.

RESUMO

Esta monografia tem o objetivo de analisar os novos mecanismos da Lei nº 13.303/16, principalmente no que concerne aos seus requisitos de transparência, gestão de riscos, escolha dos administradores e inserção do *Compliance* nas estatais. Tal análise se contextualiza pela atualidade da lei e pela conjuntura atual, em que empresas públicas e sociedades de economia mista são protagonistas em inúmeros casos de corrupção. Dessa forma, este trabalho verificará se a nova legislação obteve avanço ao trazer dispositivos anticorrupção, se alinhando com modernas técnicas de mercado, e se, assim, estará de fato sujeita à criação de uma cultura de conformidade e ética nas empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias.

Palavras-chave: Estatais; Lei nº 13.303; Anticorrupção; Compliance; Transparência.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the new mechanisms of Law 13303/16, mainly regarding its requirements of transparency, risk management, selection of administrators and insertion of the Compliance in the State-owned organizations. This analysis is contextualized by the currentness of the law and by the current conjuncture, in which public companies and mixed economy societies are the key figures in numerous cases of corruption. Therefore, this paper verifies if the new legislation has made visible progress in bringing anti-corruption devices, that align with modern market techniques, and if will be, indeed, subject to the creation of a culture of compliance and ethics in public companies, mixed-capital societies and subsidiaries.

Keywords: State; Law nº 13,303; Anti-corruption; Compliance; Transparency.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABBI – Associação Brasileira de Bancos Internacionais

CRVD - Companhia Vale do Rio Doce

CSN - Companhia Siderúrgica Nacional

DAS - Grupo de direção e assessoramento superiores

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

ICTS - Gestão de Riscos Consultoria e Serviços

IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa

LAC – Lei Anticorrupção

LAI - Lei de Acesso à Informação

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA - Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PND - Plano Nacional de Desestatização

SOX - Lei Sarbanes-Oxley

TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA EMPRESA PÚBLICA	12
2.1	Breve Histórico	12
2.2	Panorama atual e desafios na Contemporaneidade	15
3	A LEI 13.303 E SEU OBJETIVO ANTICORRUPÇÃO.....	18
3.1	A Corrupção na organização Público-Empresarial.....	18
3.2	O novo cenário jurídico anticorrupção no direito brasileiro: A Lei nº 13.303/16 como reflexo público da microssistema de tutela à Administração Pública.	22
4	AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DAS ESTATAIS.....	25
4.1	O hibridismo jurídico.....	25
4.2	O campo de aplicação	28
4.3	As Práticas de Transparência e Governança.....	28
4.4	A Escolha do Conselho de Administração e Cargos de Direção	32
4.5	A inserção do <i>Compliance</i> nas Estatais	36
4.5.1	A área de controle interno, auditoria interna e o Comitê de Auditoria Estatutário .	37
4.5.2	O Código de Conduta e Integridade	39
4.5.3	O Canal de Denúncias	41
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1 INTRODUÇÃO

As empresas públicas e sociedades de economia mista estão em alta nos debates populares e jurídicos. A controvérsia frequente sobre privatização, aliada aos últimos casos notórios de corrupção, trouxe as estatais de volta à moda. Para esquentar o assunto, ainda recentemente, foi sancionada a Lei nº 13.303 de 30 de junho de 2016, estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, prestadoras de serviço ou exploradoras de atividade econômica. É a aclamada Lei das estatais.

O estatuto tece inúmeras disposições sobre o regime das empresas ligadas à Administração Pública. Apresenta, em um só texto legal, dispositivos sobre a criação das estatais, o campo de aplicação da lei, seu regime de contratação, licitação, fiscalização, etc. Contudo, o objetivo deste trabalho, que evita qualquer premissa arrogante de estudo geral sobre uma lei de noventa e sete artigos, coaduna com os temores atuais ligados aos casos de degradação, desvio e mau uso dos recursos públicos das sociedades de economia mista e empresas públicas. Neste viés, identificará mecanismos anticorrupção ao longo da norma, analisando os requisitos de transparência, as regras de gestão de riscos, a escolha dos administradores, bem como a inserção do *Compliance* nas estatais.

Dessa forma, a escolha do tema se justifica pela atualidade da lei e a situação problema de corrupção nas empresas estatais vista diuturnamente. Assim, analisará se os novos preceitos trazidos pela Lei nº 13.303/16 serão úteis nos desafios de inserção da ética e conformidade no cotidiano das estatais, através dos mecanismos propostos peça nova legislação.

A pesquisa harmoniza temas e técnicas empresariais recorrentes no mercado privado, agora ao prazer das empresas públicas e sociedades de economia mista. Afirma-se, portanto, como um estudo das técnicas anticorrupção na gestão público empresarial, buscando demonstrar o objetivo proposto pelo legislador ao longo dos artigos e incisos em relação às necessidades do mercado e da população.

No que concerne ao procedimento metodológico de pesquisa utilizada neste trabalho, afirma-se que foi bibliográfica. Desse modo, a análise para construção deste texto passou por estudiosos das empresas estatais, como Marçal Justen Filho, Mário Engler e Alexandre Santos de

Aragão, assim como pesquisadores de *Compliance* e Governança Corporativa, tais como Coimbra e Manzi e institutos da área, como o IBGC, ABBI e FEBRABAN. O objetivo da pesquisa tem viés descritivo, que, segundo Antonio Carlos Gil, consiste no objetivo de descrever determinado fenômeno e estabelecer relações entre suas variáveis, no caso, destrinchar os dispositivos pertinentes da Lei nº 13.303/16 e relacioná-los com a situação problema apresentada. O método de abordagem que será utilizado importa no qualitativo, para Gerhardt e Silveira, a pesquisa qualitativa não se preocupa com problemas numéricos, mas com a compreensão aprofundada de um grupo social, fenômenos específicos, etc. Está relacionada ao estudo do por quê de determinado episódio e na análise de dados não quantificados, objetivando a exploração e elucidação de certas dinâmicas sociais.

A estrutura desta monografia se organiza em quatro partes, além desta introdução. Primeiramente, apresenta-se o escopo das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como sua contextualização histórica. Após, a apresentação do problema da corrupção no Brasil, demonstrando o cenário econômico e jurídico em que a Lei nº 13.303/16 se introduz. Em sequência, como objetivo fulcral deste trabalho, é tecida uma análise dos novos mecanismos do estatuto, relacionando-os com técnicas do mercado privado, *cases* internacionais e considerando-os como ferramentas anticorrupção, de forma com que destrincha-se o objetivo do legislador ao promover a nova lei, buscando compreender quais os novos desafios para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA EMPRESA PÚBLICA

2.1 Breve Histórico

As empresas estatais, em caráter generalista, são visualizadas como instrumento público de gestão econômica, internamente através do caráter fomentador de políticas públicas e sociais, e de forma externa, pela inserção e diálogo com o mercado financeiro, do qual fazem parte. Sobre isso, o professor Marçal Justen Filho traça o seguinte diálogo:

A intervenção do Estado no domínio econômico foi vislumbrada, por muitos e durante muito tempo, como a solução ideal e mais desejável. Por um lado, havia o problema das falhas de mercado, cuja superação dependia de mecanismos externos à atividade empresarial. Mas, mesmo quando as forças do mercado atuassem de modo adequado, havia o risco de apropriação excessiva da riqueza pelos agentes econômicos mais hábeis. Muitos pensaram, então, que a indispensável intervenção estatal poderia ser efetivada por meio de empresas estatais. A solução mais apropriada seria a aplicação dos esforços e dos recursos estatais para assumir, total ou parcialmente, a exploração das atividades econômicas. Segundo essa concepção, os interesses públicos seriam satisfeitos, de modo inevitável, por via de uma empresa controlada pelo Estado. Então, os excessos do egoísmo privado seriam neutralizados por meio de uma empresa norteado por padrões éticoestatais inquestionáveis. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 5)

Primordialmente, cumpre observar que a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista são manifestações da administração pública indireta, conforme notado pela doutrina brasileira, pela presença de personalidade jurídica própria, patrimônio próprio, capacidade de autoadministração e receita própria. Assim, prediz Fernanda Marinela que:

A expressão “empresa estatal ou governamental” é utilizada para designar todas as sociedades, civis ou empresariais, de que o Estado tenha controle acionário, abrangendo a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza. (MARINELA, 2010, p. 137)

Isto posto, cumpre observar as origens das empresas públicas, em estudo horizontal até as novas disposições reguladas pela lei nº 13.303 de 2016, com o escopo de descortinar as finalidades dos órgãos aludidos e, mais adiante, verificar se os mecanismos propostos pela nova

legislação não de conciliar com aqueles.

Na obra “Empresa Estatal”, o professor Mário Engler nota que a primeira experiência empresarial da administração pública brasileira remonta à criação do Banco do Brasil, ainda em 1808, com controle acionário ligado à Coroa portuguesa. Após, verifica que, apesar do inicial investimento privado, a malha ferroviária do Brasil foi estatizada e controlada pelo Estado, com ápice na criação da Rede Ferroviária Federal S.A, sociedade “*holding*” criada no governo de Getúlio Vargas.¹

No cenário do estudo das empresas públicas, merece atenção o período de governo de Getúlio Vargas. Baseado no nacionalismo econômico, o investimento público na exploração econômica direta foi de alto valor, econômico e histórico. Assim, a industrialização estatal, começa a ser analisada de forma distinta do investimento privado, principalmente no que toca aos seus objetivos e finalidades específicas.

A partir dessa época, o investimento econômico público, através das empresas estatais, se desprende do mero caráter interventivo e obtém corpo próprio, atuando através de uma forma primitiva de “*structural policy*”², aquecendo a produção privada e atuando em harmonia com os objetivos estatais. Neste primeiro momento, as empresas públicas surgem para ocupar os espaços vazios deixados pelo setor privado, assumindo caráter regulatório, e não meramente lucrativo.

Em sequência, dá-se a criação de um dos primeiros modelos mistos público-privado: a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). Com controle estatal, apesar da participação privada no capital, a CSN se propunha, inicialmente, a atuar de forma competitiva no mercado. Contudo, ligada fortemente à produção nacional, limitou-se ao caráter regulatório e organizacional. De outra via, criada pouco depois, no mesmo setor siderúrgico, a Companhia Vale do Rio Doce, de gestão público-privada compartilhada, atua em cenário competitivo, com preços combativos e com pouca harmonia aos interesses de políticas públicas. Deste modo, até então, percebe-se a dificuldade de delimitar o caráter das empresas estatais, se estas servem à maximização dos

¹ C.f. Empresa estatal: função econômica e dilemas societários / Mario Engler Pinto Junior. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

² Cf. “Monthly Bulletin” do Banco Central Europeu, ed. 12/2008, ECONOMIC AND MONETARY DEVELOPMENTS.

lucros ou ao interesse popular.

O caminho das empresas estatais prossegue, no início da década de 50, com a criação da Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A) e da Eletrobrás (Centrais Elétricas Brasileiras S.A), ainda no viés de ocupação dos setores estratégicos e não ocupados pelas empresas privadas. Nas décadas seguintes, tem-se a Embraer (Empresa brasileira de Aeronáutica S.A) em 1969, e a Cobra (Computadores e Sistemas Brasileiros S.A), na persecução tecnológica e de objetivos estratégicos pelo governo militar.

É neste período de expansão da atividade empresarial pública que entra em vigor o Decreto-lei nº 200, em 1967, que dispõe sobre a Administração Federal, aqui incluídas as empresas públicas. Assim considerado, Engler faz importante observação sobre o período: *“Durante os governos militares, a política econômica procurou fortalecer o empreendimento privado e definir melhor o papel exercido pelas empresas estatais para evitar conflitos de interesses ou justaposição de atuações”*. (ENGLER, 2013, P.36).

Conforme se observa o passado empresarial público nacional, nota-se que a industrialização brasileira foi típica do modelo de capitalismo tardio, necessitando do investimento público para infraestrutura e tecnologia.³

É de suma importância jurídica o ano de 1976, que com a lei nº 6.404, regula a Sociedade por Ações, principal modelo de exploração empresarial pelo Estado. Contudo, a aplicação da lei às empresas públicas ainda não é inteiramente regulada, e a atividade empresarial do Estado permanece vinculada aos fortes limites da legislação administrativa.

Passado o governo militar, é promulgada a Constituição Federal de 1988. Dentre centenas de disposições, o art. 173, § 1º, indica que as estatais exploradoras de atividade econômica direta deverão obedecer a regime jurídico diferenciado. Entretanto, até o ano de 2016, a indicação constitucional não havia sido cumprida.

Já exaurida a fase de industrialização e fixação do modelo capitalista no Brasil, a exploração econômica direta pelo Estado encontrou óbice no movimento de privatizações,

³ Cf TREBAT, Thomas J. Brazil's state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur. Cambridge. Cambridge University Press, 1983, p. 240-241.

marcado pela ideologia neoliberal implementada nas décadas de 1980 e 1990, principalmente na ratificação do Consenso de Washington, em 1989, que busca redefinir a atuação estatal, reduzindo-a, assim como sua função empresarial.

No Brasil, reflete-se no Plano Nacional de Desestatização (PND), de 1990, e as subsequentes desestatizações promovidas pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, incluindo a antiga CVRD.

Tal movimento é encabeçado pelos ideais de desempenho ineficiente da empresa estatal. Sintetizando as críticas realizadas ao modelo, explica Engler:

Três são os motivos normalmente apontados para explicar o comportamento menos eficiente nesse caso: (i) distorções relacionadas com a natureza pública dos direitos de propriedade do Estado, que seriam mal definidos e pouco protegidos; (ii) problema de agência característico das empresas de capital pulverizado e sem acionista controlador definido, em que os administradores (agentes) agem de forma descompromissada com a maximização do bem-estar dos acionistas (principais); e (iii) desvios de conduta típicos de gestores públicos e agentes políticos autointeressados, conforme apontado pela teoria da escolha pública (public choice). (ENGLER, 2013, P.55)

2.2 Panorama atual e desafios na Contemporaneidade

Nesta seara, as críticas ao modelo empresarial público perduram até a contemporaneidade. Ainda que sejam observáveis modelos de sucesso, como o da Sociedade de Economia Mista, Banco do Brasil S/A, que observou lucro de R\$ 14,4 bilhões em 2015⁴, a atividade econômica estatal padece, conforme críticas mais ferrenhas, do alto corporativismo, burocratização que impede a concorrência de mercado e, foco deste trabalho, da corrupção entranhada à administração pública.

Entretanto, ainda que os problemas sejam notáveis, não há de se harmonizar com posição que adere à extinção da atividade empresarial pública. Afinal, é plausível e factível o entendimento que a empresa estatal cumpre, além da arrecadação de recursos ao Estado e aos sócios privados (nos modelos mistos), papel de gestão do interesse público, nota-se:

⁴Cf: “Lucro do Banco do Brasil sobe para 144 bilhões em 2015.<<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/02/lucro-do-banco-do-brasil-sobe-para-r-144-bilhoes-em-2015.html>> acesso em 04 de set. de 2017

Quando a companhia tem por objeto a prestação de serviço público e atua como longa manus do ente controlador, a presença do interesse público é inerente à própria natureza da atividade exercida. Em se tratando, porém, de exploração econômica também facultada ao setor privado, o interesse público societário traduz-se no relevante interesse coletivo ou no motivo de segurança nacional, que justificaram a intervenção estatal nos termos do artigo 173 da Constituição da República. A exploração de monopólio estatal tampouco se resume na maximização do retorno financeiro, na medida em que o sistema constitucional brasileiro admite a consecução simultânea de objetivos de política pública. (ENGLER, 2013, P. 234)

Com base nos motivos acima expostos, com o objetivo de estruturar o regime jurídico indicado no art. 173 da C.F, e, dentre outras diversas disposições, adequar as empresas estatais a um modelo de gestão eficiente e anticorrupção, que o Senado Federal aprovou, em 21 de junho de 2016, a lei nº 13.303.

Até a lei aludida, que recentemente entrou em vigor, as empresas estatais eram regidas, como já citado, pelo Decreto lei nº 200 de 1967, com a regulação societária analisada em método comparativo na lei 6.404 de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, suas características e natureza de forma geral. Ainda, o regime licitatório era estudado a partir da lei nº 8.666 de 1993.

Desta forma, as empresas estatais, conquanto numerosas e importantes à economia nacional, eram reguladas de forma abstrata e fracionada. Agora, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, serão analisadas juridicamente pela lei própria, integralmente.

Neste sentido, Marçal:

A Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, reflete uma nova utopia. Trata-se de imaginar que o direito dispõe de mecanismos de prevenção suficientemente satisfatórios para impor limites aos desvios verificados até o presente. Segundo essa visão, os fins a que se orienta a intervenção do Estado poderão ser efetivamente realizados se uma disciplina organizatória mais apropriada for adotada para a empresa estatal. Portanto, a Lei 13.303/2016 introduz uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem marcadamente a autonomia dos governantes e dos gestores na condução das atividades das empresas estatais. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 11)

Assim, a “lei das estatais” está longe de apenas reunir os dispositivos que já compunham o ordenamento nacional. Ao contrário, traz importantes inovações na interpretação jurídica das estatais, na abrangência legislativa conforme a proporção econômica da empresa, no exercício licitatório e, principalmente, na administração das empresas públicas. Sobre o objetivo do Estatuto, Alexandre Santos de Aragão sintetiza:

O Estatuto das Estatais – Lei 13.301, de 30 de junho de 2016 –, foi previsto pelo § 1º do art. 173 da CF, com a redação da Emenda Constitucional nº 19/1998, a indigitada Reforma Administrativa, com o objetivo de homogeneizar o regime jurídico das estatais exploradoras de atividades econômicas, aproximando-o do regime aplicável às empresas privadas em geral. (ARAGÃO, 2017, p. 3)

Então, a proposta aqui determinada é uma primeira análise dos dispositivos que tratam da gestão empresarial pública, com a posterior intenção de verificar sua possível eficácia e qualidade no cenário brasileiro.

Desse modo, o panorama atual das empresas públicas começa a se descobrir em um novo microsistema jurídico, através do regimento uno e de dedicação textual exclusiva à abrangência daquelas, propiciando um momento de coesão legal e fático das finalidades e mecanismos de controle das estatais.

Os principais desafios dessa nova era, trazida pela Lei nº 13.303, se amoldam na tentativa, talvez final, de conciliar as práticas de mercado com o interesse público, bem como descobrir se os novos dispositivos de combate a corrupção e de organização, seja de gestão, contratual ou licitatória, serão suficientes para sustentar a organização público empresarial.

3 A LEI 13.303 E SEU OBJETIVO ANTICORRUPÇÃO

3.1 A Corrupção na organização Público-Empresarial

Conforme Brian P. Levack⁵, entre 1.450 e 1.750, a Europa Moderna viveu período conturbado de perseguição religiosa e cultural, executando indivíduos que não se amoldavam aos preceitos católicos de moral e bons costumes em voga, tempo notadamente chamado como “caça às bruxas”. No período, a Igreja Católica e governantes aliados promoveram uma verdadeira caçada aos supostos praticantes de feitiçaria e bruxaria, em uma tentativa de extinguir antigas tradições e reafirmar a posição do cristianismo no mundo moderno.

A passagem histórica acima tem o condão de surpreender o pesquisador mais desavisado, que se depara com menções histórico-culturais em trabalho jurídico sobre a nova lei das estatais. Mas, apesar de curiosa, a contextualização citada harmoniza-se com o discurso mais recente dos gestores públicos.

Augusto de Arruda Botelho, advogado e presidente do IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), como procurador da Odebrecht na mais recente Operação Lava Jato⁶, no dito maior caso de corrupção do país, afirma que o combate à corrupção, a qualquer custo e preço, lhe incomoda como verdadeira caça às bruxas.⁷

A ex-presidente da República, Dilma Rousseff, recém ré e condenada em processo de Impeachment, ainda no já longínquo ano de 2011, quando perguntada sobre o compromisso do governo federal no combate à corrupção, afirmou, *in verbis*: “*Acredito na justiça e acredito que a justiça não se faz nem com caça às bruxas nem com colocação de pessoas à execução pública...*”

Como visto, são comuns as associações cotidianas entre o combate à corrupção e a caça às bruxas, como associação da perseguição arbitrária e desenfreada que, supostamente, os gestores públicos estariam sofrendo nos últimos anos.

⁵ C.f: LEVACK, Brian P. A caça às bruxas na Europa Moderna. 2 Ed. São Paulo: Campus, 1988

⁶ C.f: “Entenda o caso” <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>, visto em 17 de jul. 2017

⁷ C.f: “Advogado critica caça as bruxas na operação lava jato” <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/12/1716248-advogado-critica-caca-as-bruxas-na-operacao-lava-jato.shtml>>, visto em 17 de jul. 2017

Claramente, o objetivo deste trabalho não coaduna em definir se o combate à corrupção é arbitrário ou não, mas, neste ponto, busca demonstrar que o país procura, das mais diversas formas, um enfrentamento com maus gestores e com o escape ilícito de verbas públicas.

Com a finalidade de que tal batalha contra a corrupção realmente não caracterize verdadeira “caça às bruxas” e, ao mesmo tempo, se efetive também no campo das empresas estatais, vítimas dia-a-dia de assombrosos casos de deturpação pública, o legislador entrega ao ordenamento jurídico a Lei nº. 13.303/16 que, além de objetivar unidade jurídica às empresas públicas e sociedades de economia mista, através da necessidade jurídico regulatória, busca, com uma série de mecanismos, especialmente preventivos, empreender um combate efetivo às práticas desvirtuadas no meio empresarial público. É o pensamento de Marçal Justen Filho, como segue:

Mas os eventos revelados nos últimos anos causaram espanto e revolta generalizada na sociedade brasileira. Foi chocante a revelação de que empresas estatais estavam sendo efetivamente utilizadas para benefício pessoal indevido de indivíduos e grupos. Constatou-se que a dimensão dos prejuízos à economia, em montantes financeiros que ultrapassavam qualquer estimativa, por mais negativa que pudesse ser.

É nesse contexto que se busca uma espécie de reforma radical do relacionamento entre Estado e ordem econômica. Foram aprovadas leis destinadas a reprimir práticas abusivas, especialmente no setor privado. Tomou-se consciência de que o rigor repressivo, em face aos agentes públicos, não era suficiente. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 11)

Mas, analogias históricas a parte, antes que se possa adentrar no estudo dos novos mecanismos de organização e gestão de valores e pessoas da lei estudada, cumpre observar a abrangência do problema da corrupção público empresarial no Brasil, lato-sensu, bem como seus desafios, suas definições e conceitos.

Zeni Andrade Brei, citando Jonhston, identifica a estruturação da corrupção sob três, perspectivas, quais sejam:

a) as explanações personalísticas. pelas quais a corrupção é vista como "más ações de gente ruim". como vinda do povo. da fragilidade da natureza humana. Seu foco está na investigação psicológica ou na ganância e racionalização humanas como causas:

b) as explanações institucionais. para as quais a corrupção decorre de problemas de administração. que podem ser de. pelo menos. dois tipos. o decorrente de estímulo exercido por líderes corruptos. que levam a corrupção a se reproduzir intra e interinstitucionalmente. e o advindo dos "gargalos" criados por leis e regulamentos que trazem rigidez à burocracia: e

c) as explanações sistêmicas. para as quais a corrupção emerge da interação do governo com o público. constituindo parte integrante do sistema político. como uma entre as várias formas de influência. (BREI, 1996, p. 30)

Na ótica de tal estruturação, por dedução ágil, parte-se da premissa que, através da instituição de técnicas de governança corporativa, publicidade administrativa e novas técnicas de controle, o legislador, no âmbito da Lei nº 13.303, visualizou a corrupção dentro da organização das empresas estatais em harmonia com a perspectiva institucional, compreendendo a má gestão como reprodutora “*intra e interinstitucionalmente*” das práticas corruptivas, buscando preencher os citados “*gargalos*” da legislação até então vigente.

Nesse mesmo sentido, o Professor Fernando de Barros Filgueiras, ao construir e observar conceitos de uma teoria da corrupção, identifica conceituação que se coaduna com a estruturação institucional supra:

A corrupção é explicada por uma teoria da ação informada pelo cálculo que agentes racionais fazem dos custos e dos benefícios de burlar uma regra institucional do sistema político, tendo em vista uma natural busca por vantagens. Basicamente, a configuração institucional define sistemas de incentivos que permitem aos atores acumularem utilidade. Uma postura rent-seeking, que é esperada quando as instituições permitem que um agente burle as regras do sistema, ocorre quando ele maximiza sua renda privada em detrimento dos recursos públicos (KRUEGER, 1974; TULLOCK, 1967). Dessa forma, situações de monopólio de poder e de recursos favorecem situações em que os agentes preferem cometer a corrupção do que seguir as regras do sistema. (FILGUEIRAS, 2009, p. 386)

Assim, percebe-se, na conjuntura das estatais, agentes encarregados do correto exercício da função pública daquelas, caindo em repetição no ato de burlar as regras do sistema na busca por vantagens pessoais em prejuízo do patrimônio público, senão vejamos.

A já citada Operação Lava-Jato, ação do Ministério Público Federal iniciada em 2014, na persecução de postos de combustíveis na formação de cartéis, culminou na investigação de práticas abusivas dentro da Petrobrás, Petróleo Brasileiro S.A, com o envolvimento de agentes políticos, operações fraudulentas de diretores, recebimento de vantagens indevidas em procedimento licitatório, etc.

A diversidade de crimes e infrações administrativas dentro da maior estatal do país atingiu a marca de mais de dez bilhões de reais em desvios ⁸. Ainda, em janeiro de 2016, a petrolífera brasileira reduziu seu valor de mercado em 85%, em comparativo a pico registrado em 2008, motivado, entre outros aspectos econômicos, pelos escândalos denotados na Operação supracitada.⁹

Nesta mesma toada, ainda em 2016, a ELETROBRAS - Eletrobras - Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - reconheceu perdas no montante de R\$ 302,5 milhões com corrupção¹⁰, através de documento entregue à SEC, central que regula o mercado de ações norte-americano, baseado em esquema de propinas investigado pela Operação Lava Jato. Não só, foi demonstrada superavaliação de 10% nos procedimentos licitatórios, através da formação de cartéis, bem como superfaturamento de 1 a 6% nos contratos firmados pela estatal.

Sendo tais dados de conhecimento público e notório, televisionados dia a dia, a população brasileira vê a corrupção como o principal problema do Brasil, conforme pesquisa realizada pelo instituto Datafolha¹¹.

Se considerada a construção do Direito como reflexo constante da sociedade, através dos conceitos de eficácia jurídica e eficácia social da norma¹², é, então, o legislador incumbido da

⁸C.f: “Lava jato em Curitiba tem 244 procedimentos abertos” < <http://noticias.r7.com/brasil/lava-jato-em-curitiba-tem-244-procedimentos-abertos-17072017>>, visto em 17 de jul. 2017.

⁹C.f: “Petrobras encolheu 85% em valor de mercado desde pico em 2008” <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/petrobras-encolheu-85-em-valor-de-mercado-desde-pico-de-2008.html>>, visto em 17 de jul. 2017.

¹⁰C.f: “Eletrobrás reconhece R\$ 302,5 milhões em perdas com corrupção” <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1822031-eletrobras-reconhece-r-3025-milhoes-em-perdas-com-corruptao.shtml>> Acesso em 17 de jul. 2017.

¹¹C.f: “Corrupção é vista como o maior problema do país, diz Data Folha” <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/11/corruptao-e-vista-como-o-maior-problema-do-pais-diz-datafolha.html>>. Acesso em 17 de jul. 2017.

¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Você conhece sociologia jurídica? 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 87.

tarefa de elaborar instrumentos legais que harmonizem com os anseios e as necessidades dos seus representados.

Assim, apesar da lista de casos de desvio de verbas públicas através das empresas públicas e sociedades de economia mista ser longa, o novo cenário fático-jurídico em que desembarca a Lei nº 13.303/16 traz esperança de novos tempos, como se começará a tratar em sequência.

3.2 O novo cenário jurídico anticorrupção no direito brasileiro: A Lei nº 13.303/16 como reflexo público do microssistema de tutela à Administração Pública.

A Lei das estatais é apenas o dispositivo mais recente no novo arcabouço protetivo e combativo às práticas corruptíveis que se forma no cenário jurídico brasileiro.

Em 30 de novembro de 2000, o Congresso Brasileiro ratificou a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, através do Decreto nº. 3678/00.

Sobre os objetivos de tal convenção, Rogério Sanches Cunha e Renee Souza pontuam o seguinte :

Dentre esses objetivos destacam-se os de estabelecer responsabilidades às pessoas jurídicas que corrompam funcionários públicos estrangeiros; considerar a imposição de sanções cíveis ou administrativas a pessoas sobre as quais recaiam condenações por corrupção aos referidos funcionários; como também a prestação da assistência jurídica recíproca. (CUNHA e SOUZA, 2017, p. 17)

Ainda, a legislação brasileira recebeu a Convenção Interamericana Contra a Corrupção, da OEA, através do Decreto 4.410/02, que busca *“prevenir, destacar e punir a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”* (CUNHA e SOUZA, 2017, p.20).

Destaca-se também a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela ONU, e regulada em território brasileiro pelo Decreto Presidencial nº 5.687/06. Esta, em confronto com as demais Convenções adotadas pelo Brasil no combate a corrupção, guarda caráter mais generalista e busca promover vinculações jurídicas nos ordenamentos dos países signatários, através de mecanismos e políticas públicas conjuntas que punam a corrupção bem como facilitem a cooperação entre os Estados neste problema.

A par de tais mecanismos internacionais, o Estado brasileiro já traça caminho na produção de um chamado microssistema jurídico de tutela da administração pública:

Essa proteção da administração pública aparece em inúmeras leis, destacando-se o Código Penal (Tit. XI, da Parte Especial) e leis extravagantes penais, Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Lei de Licitações (Lei 8.666/93) e a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/11). A mais recente é a Lei em comento (Lei 12.846/13), dispondo sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, reconhecendo também como sujeitos ativos as sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. (CUNHA e SOUZA, 2017, p. 20)

Também recente, foi promulgada a lei nº 12.846 de 2013, também chamada de Lei Anticorrupção (LAC), que, de impacto tão grande ou maior que da Lei das estatais, dialoga com a última em teleologia interessante. Todas as normas de combate às práticas nocivas à administração pública, incluída a que é objeto deste trabalho, tem como foco o agente público, em caráter de gestão ou sanção interna. A LAC, por outro lado, e em momento de graça do legislador, cuida do agente privado e, sem adentrar na autonomia comercial necessária às empresas, cuida da responsabilização da pessoa jurídica quando em contato com a Administração Pública.

A tomada em destaque da Lei Anticorrupção é de valor ímpar no estudo da Lei das estatais, pois, enquanto a primeira busca responsabilizar a pessoa jurídica privada que incorre em

corrupção ativa (art. 5º, I), ou subvenciona a prática de ilícitos pela administração pública (art. 5º, II), a segunda se preocupa com a gestão das empresas públicas e sociedades de economia mista de forma que a pessoa jurídica de direito privado não tenha a oportunidade de corrompê-las, através da inserção de práticas de governança corporativa e *compliance* no meio empresarial público.

Dessa forma, através desse microssistema de tutela à administração pública que se forma no ordenamento nacional, a eficácia dos dispositivos que serão estudados na Lei 13.303 encontra cenário suficientemente protetivo para operar.

Portanto, nos últimos anos, o Brasil se posiciona juridicamente, nacional e internacionalmente, no combate às condutas de improbidade, em sentido amplo, e prepara terreno para a necessária efetivação do objeto deste estudo, qual seja, as técnicas anticorrupção trazidas pelo estatuto das estatais.

4 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI DAS ESTATAIS

4.1 O hibridismo jurídico

Discussão já antiga no campo da análise das estatais abarca a real concepção de seu regime jurídico aplicável. A importância de comentar tal debate, ainda que de forma sintética, concerne na ótica de aplicação dos novos dispositivos do Estatuto. É necessária rápida análise sobre os artifícios da legislação aqui estudada, averiguando se estes devem ser considerados no arcabouço do Direito público ou privado. Ou seja, se a inserção dos requisitos de transparência, gestão e contratação, por exemplo, serão unicamente observáveis pelos princípios do Direito Administrativo ou pelas regras negociais de mercado.

A controvérsia em tela parte de afirmação constitucional, art. 173, § 1º, II, CF, que indicava à lei futura de regulamentação das estatais “*a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas*”. Entretanto, apesar do disposto, relembra-se que tais entidades estão inseridas na Administração pública, não subsistindo na mera concepção de regime jurídico privado. Sobre isso, inclusive definindo as sociedades de economia mista e empresas públicas como paraestatais, Hely Lopes Meirelles, em discurso prévio ao estatuto, afirma:

O paraestatal não é o estatal, nem é o particular; é o meio-termo entre o público e o privado. Justapõe-se ao Estado, sem o integrar, como o autárquico, ou alhear-se, como o particular. Tem personalidade privada, mas realiza atividades de interesse público, e, por isso mesmo, os atos de seus dirigentes, revestindo-se de certa autoridade, sujeitam-se a mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1.º, §1º) e a ação popular (Lei 4.717/65, art. 1.º). (MEIRELLES, 1998, p. 308)

A nova legislação, então, corroborando com a indicação da carta maior, afirmou que as sociedades de economia mista e as empresas públicas terão personalidade jurídica de direito privado, arts. 3º e 4º da Lei nº. 13.303/16.

Dessa forma, ficou positivada, para além da Constituição Federal, a personalidade jurídica de direito privado e a consequente sujeição à aplicação negativa do princípio da legalidade às estatais. Isto é, a atuação das mesmas é livre dentro do que não for proibido.

Contudo, ainda que confirmada a personalidade jurídica de direito privado de tais

instituições, estas não podem operar, na prática, como outras empresas. Ficarão à sorte de seu esteio legal, conforme indica o texto legal, no inciso XIX, art. 37 da Constituição Federal: *“somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”*.

Desse modo, a moderna doutrina, que inicia sua exploração sobre o estatuto das estatais, liga-se com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles¹³, e define a natureza das empresas públicas e sociedades de economia mista como híbrida, que transita entre o regime público de controle, visto que não obstante sua personalidade jurídica, estão inseridas na administração pública bem como na gestão privada de mercado. Assim elucida o Prof. Alexandre Aragão:

Sob essa perspectiva, o mais correto em relação ao regime jurídico das empresas estatais é afirmar que não é propriamente nem de Direito Privado, nem de Direito Público, nem tampouco de direito privado com derivações de direito público: trata-se de outro regime jurídico, híbrido e atípico, decorrente da junção de elementos de ambos, elementos estes que, depois de colocados no mesmo ambiente, se modificam recíproca e intrinsecamente, de modo que, nem o elemento de direito privado o será como se estivesse sendo aplicado a um particular qualquer, nem os elementos de direito público que continuarem sendo aplicáveis às estatais o serão como incidem sobre o geral dos organismos públicos. (ARAGÃO, 2016, p. 2)

Assim, tratando especificamente das mudanças trazidas pela Lei nº 13.303, observa-se que o estatuto, pela própria natureza das empresas públicas e sociedades de economia mista, que constituem seu objeto, não escapa ao hibridismo de sua disciplina jurídica, pois se ergue pela soma de lógicas de direito privado, como a classificação dos contratos das estatais como sendo de direito privado, com estipulações de direito público, como a necessidade de licitações públicas e controle pelos tribunais de conta (ARAGÃO, 2016).

Desse modo, cumpre observar que as técnicas trazidas pela nova legislação, tanto para combate da corrupção quanto para reorganização das estatais, serão tangíveis ao mundo empresarial privado, mas também estarão na mira dos princípios da administração pública, quais

¹³ Cf. LOPES MEIRELLES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed. Malheiros Editores, 1998, São Paulo p.308

sejam, publicidade, eficiência, impessoalidade, moralidade e legalidade, ainda que esta última de forma negativa, conforme Alexandre Aragão:

Elas na verdade ficam em um ponto intermediário entre a legalidade a que estão jungidas as pessoas jurídicas de direito público, que para toda operação tem que ter algum esteio legal, por mais amplo que este contemporaneamente possa ser, e a dos particulares, que podem atuar livremente salvo no que a lei lhes impuser ou vedar expressamente. As estatais precisam de uma base legal para atuar (a sua lei instituidora) e para participar de outras empresas, mas, a partir daí, podem, dentro do seu objeto social legalmente definido, praticar todas as operações que não sejam vedadas pelo Direito. (ARAGÃO, 2016, p. 10)

Importante frisar que o hibridismo aqui discutido não implica uma incompatibilidade entre as técnicas de aproximação ao mercado privado, que a Lei nº 13.303 traz às estatais, e os princípios administrativos supracitados. Inclusive, já são encontrados diversos apontamentos que indicam que a atividade gerencial administrativa, na realidade, obedece a princípios constitucionais gerais, e caminha para uma unidade jurídica que não segrega ideais públicos ou privados¹⁴.

Dessa forma, o olhar para os dispositivos de combate à corrupção que traz o estatuto supõe, claro, a já citada aproximação da gestão das estatais com os novos modelos de governança corporativa e *compliance* das empresas privadas, mas não deve olvidar da principiologia administrativa e da função pública, que obedecem as entidades estudadas. É o pensamento do Professor Alexandre Aragão¹⁵, quando afirma que os princípios constitucionais, bem como suas

¹⁴ Giulio Napolitano, catedrático da disciplina de Direito Administrativo da Universidade de Roma, indica tal evolução: “...estudos mais recentes postulam a existência de um estatuto unitário da atividade administrativa, cuja vigência independe da utilização de instrumentos públicos ou privados. A administração, por conseguinte, age sempre ‘de acordo com valorações discricionárias’ e observa todos os princípios, constitucionais ou não, que permitem perseguir o interesse público e respeitar (ou ter em conta) relações privadas. A primeira perspectiva pode ser atribuída a um bom andamento, à economicidade e à eficiência; a segunda, à imparcialidade e suas atuais decorrências: a transparência, a celeridade, a razoabilidade e a proporcionalidade. A ação administrativa de direito comum, portanto, é submetida ao seu regime especial. Para utilizar uma fórmula generalizada, pode-se dizer que a atividade administrativa em formas privadas e e consensuais permanece ‘funcionalizada’.” (NAPOLITANO in ARAGÃO, 2016, p. 10)

¹⁵ C.f.: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz

exigências procedimentais subsequentes, não antagonizam de forma veemente com as diretrizes das grandes organizações privadas, visto que estas já são reguladas por legislações próprias, como a Lei nº 6.404/76, e pelas próprias exigências, cada vez mais intensas e frequentes, do próprio mercado.

4.2 O campo de aplicação

Rapidamente, cumpre observar a abrangência do texto legal. Ainda no art. 1º, o § 1º, afirma que algumas disposições trazidas pela lei (especialmente, para este trabalho, o que concerne aos requisitos de estruturas e gestão de riscos e de escolha dos administradores) não serão aplicadas para determinadas estatais, conforme sua receita operacional bruta for inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais). Para estas empresas, que fogem do estudo focado nas técnicas dispostas no estatuto, caberá aos respectivos Poderes Executivos editar regras de governança, consoante art. 1º, §§ 3º e 4º.

Caso as regras de governança não sejam editadas em um período de 180 dias, o estatuto passar a obrigar todas as empresas públicas e sociedades de economia mista sem regulamento próprio, independente de sua receita operacional.

Com isso em mente, é justa, enfim, a análise das novas estratégias situadas ao longo da Lei nº 13.303 de 2016.

4.3 As Práticas de Transparência e Governança

Passada a análise crítico-histórica, assim como estudado o campo de aplicação e cenário político-econômico em que se insere o estatuto, cumpre compreender, enfim, quais são as técnicas anticorrupção da Lei nº 13.303/16.

O conteúdo do Art. 6º da lei citada traz, para GUSKOW¹⁶, regras gerais que importam

Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:< <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>>, p. 13

¹⁶C.f : CARDOSO, André Guskow, Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O regime instituído pela lei 13.303/2016. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 116, outubro de 2016, disponível em < <http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 16/08/2017.

marco legal relevante e inovador. Em suma, informa que as estatais deverão obedecer a regras de governança corporativa, de transparência, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e mecanismos para sua proteção, havendo acionistas.

A previsão, ainda que abstrata, é verdadeiro prenúncio da aproximação de técnicas do mercado privado às entidades estatais.

Ab initio, observa-se a especificação direta de que as estatais deverão obedecer a regras de transparência. Conforme Cláudia Capelli Aló, transparência significa fluxo de informações, sua acessibilidade e entendimento. No âmbito organizacional, indica que:

No contexto das organizações, é algo que pode permitir ou melhorar a visão sobre os processos e as informações de uma organização ao dar oportunidade de conhecimento sobre a mesma, reduzir a possibilidade de omissão entre os dados dos processos, possibilitar o controle sobre os produtos e serviços prestados, facilitar a investigação, e aumentar a confiança entre as organizações e a sociedade. (ALÓ, 2009, p. 6-7)

No cenário mundial privado, as empresas se depararam com as dificuldades da ausência de transparência, e de regulamentação da mesma, já há algum tempo.

Próximo à virada do milênio, especificamente em 2002, foi promulgada a lei norte-americana *Sarbanes-Oxley*, ou SOX, que obrigou as empresas de capital aberto nas Bolsas de *New York* e *Nasdaq*, com objetivo de evitar fraudes e buscas de investidores, ao exercício de “*transparência na gestão financeira das organizações, credibilidade na contabilidade, auditoria e segurança das informações para que sejam realmente confiáveis, evitando-se assim fraudes, fuga de investidores e novos escândalos e prejuízos.*” (ALÓ, 2009, p. 20).

Ainda antes, em 1993, foi fundada a *Transparency International*, organização não governamental que perquire o combate à corrupção, publicando, anualmente, o índice de corrupção global, e incentivando práticas de transparência e de combate. Inclusive, em 2016, a Operação Lava-Jato¹⁷, já citada, venceu o prêmio Anticorrupção oferecido pela entidade às campanhas globais alinhadas com os seus objetivos.

¹⁷C.f: “Lava Jato ganha prêmio anticorrupção da transparência internacional,<<http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/lava-jato-ganha-premio-anti-corruptcao-da-transparencia-internacional.html>>, visto em 16 de ago. 2017.

Inúmeros são os exemplos passíveis de alusão que se enquadram no objetivo de intensificar a transparência nas organizações ao redor do mundo. Assim, as estatais se alinham à tendência de organização global.

No Art. 8º do estatuto, que se aplica indiscriminadamente a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, são enumerados os requisitos mínimos de transparência que devem ser obedecidos, senão vejamos.

O inciso número um informa a necessidade de redação anual de carta compromissória dos objetivos públicos das estatais, com o objetivo de atender ao interesse coletivo, ou justificativa de interesse nacional, que justificou sua criação. Conforme Engler¹⁸, o interesse coletivo se justifica, na atuação empreendedora do Estado, pela sua capacidade de promover objetivos redistributivistas e de ordenação de mercado que não seriam alcançados pelas vias regulatórias ou pelo poder de polícia, habitualmente ligados às atividades estatais. Na carta pretendida pelo dispositivo legal, deverá ser definida claramente a disposição dos recursos empregados para cumprir aquelas finalidades. O indicativo de transparência geral entre recursos e fins das estatais observa a necessidade do mercado privado, bem como obedece o princípio da publicidade administrativa, estando em harmonia com a Lei de Acesso à Informação - LAI, nº 12.527 de 2011, que, destarte o regime jurídico de direito privado das estatais, a elas se aplica, por disposição expressa do Art. 1º, II.

Ato contínuo, os requisitos de transparência se alongam pelo corpo do Art. 8º. No mesmo sentido do inciso I, seu subsequente indica a adequação do estatuto social à lei que autorizou sua criação. Novamente, o legislador busca a conformidade entre as finalidades pensadas para aquela empresa estatal e seu efetivo funcionamento, que, conforme Ulhoa¹⁹, será definida pelo estatuto social e suas normas disciplinadoras da vida empresarial.

Em sequência, o inciso III traz às estatais mecanismo de transparência que obriga aos administradores a divulgação tempestiva e atualizada de informações relacionadas, principalmente, às práticas de controle, dados financeiros, governança corporativa e descrição da

¹⁸ C.f: ENGLER, Mário. Ob-cit p. 102

¹⁹ C.f: COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial : direito de empresa. – 24. ed. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2012, p. 250.

remuneração da administração. O dispositivo se alinha com outras ferramentas globais de transparência, como a já citada SOX, especificamente sua seção 404, que indica às sociedades de capital aberto a necessidade de avaliação anual das estruturas de controle, e sua respectiva eficácia, e elaboração de relatórios financeiros dos procedimentos internos em análise. Assim, as estatais brasileiras se harmonizam com a perspectiva organizacional de que não basta a mera existência das práticas de controle, mas, na realidade, sua real eficácia estará conectada à avaliação periódica de seu funcionamento.

As redações dos incisos IV, V e VI trazem, respectivamente, a obrigação de elaboração de uma política de divulgação de informações, política de distribuição de dividendos e divulgação da atividade financeira. Estas dividem em comum, *in fine*, a finalidade de compatibilização da empresa pública ou sociedade de economia mista com a sua lei autorizadora ou com o interesse público que motivou sua criação. Esse é um objetivo vital do estatuto que, ao facilitar a exploração do mercado privado pelas estatais, com, por exemplo, um novo regime licitatório (Art. 28 e seguintes), não pretende desligar as entidades da sua finalidade pública primária, cumprindo a previsão constitucional do Art. 37, XIX.

A política de divulgação de informações, igualmente, visa coibir práticas fraudulentas com os recursos das estatais. A periodicidade dos relatórios financeiros, tal como a avaliação dos mecanismos de controle, pode evitar, por exemplo, o superfaturamento das compras públicas, como aconteceu na Petrobrás²⁰, através da análise dos dados financeiros que, agora serão “*publicamente divulgados na internet de forma permanente e cumulativa*” (Art. 8º, § 4º). Tal raciocínio, por óbvio, não falece na inocência e parte do princípio que tais dados serão disponibilizados sem deturpação da realidade.

O estatuto se alonga nas disposições sobre transparência e divulgação de informações. *In fine*, à altura do Art. 86, afirma que inclusive as informações que concernem aos contratos e licitações, bem como sua execução (Art. 88), constarão em banco de dados sujeito ao órgão de controle competente, e, após auditadas, as demonstrações contábeis das estatais deverão estar disponibilizadas em seus respectivos *sites*, sendo protegidas, contudo, as informações que importem sigilo estratégico, comercial ou industrial..

²⁰ C.f. “Entenda o caso” < <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>, visto em 18 de ago. 2017

Assim, a transparência fica adstrita à ética daqueles que estão responsáveis pela sua divulgação. Felizmente, o estatuto preparou outros instrumentos que possibilitarão às estatais a escolha de uma administração coerente com as suas finalidades e preparada para obedecer às normas externas e internas. Cumpre, então, observar os procedimentos de escolha do administrador que, não só objetiva se harmonizar com as técnicas de transparência, como definirá toda a reformulação e profissionalização da gestão das empresas públicas e sociedades de economia mista.

4.4 A Escolha do Conselho de Administração e Cargos de Direção

O estatuto elenca diversas instruções sobre a seleção do administrador, do conselho de administração, assim como do membro independente da última, em conexão direta com o que ordena a legislação sobre as sociedades por ações. Contudo, para a finalidade desta pesquisa, que procura identificar os mecanismos anticorrupção da legislação aqui posta em destaque, há de se concentrar nos procedimentos listados para a escolha dos administradores, quais sejam, os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente das estatais.

O destaque se dá, pois, conforme Kukiela²¹, a diretoria, como órgão obrigatório em qualquer sociedade, está incumbida de sua gestão direta, devendo por em prática os objetivos estipulados na lei autorizadora de sua criação, bem como os definidos pelo Conselho de Administração.

Os Arts. 16 e 17 da Lei nº 13.303 indicam uma série de requisitos diferenciados para os selecionáveis em cargos de direção de sociedades de economia mista e empresas públicas, especificações técnicas, critérios de elegibilidade e outras exigências que buscam evitar, consoante Marçal²², que a conveniência político-partidária, presente na gestão pública, estipulasse a nomeação dos administradores das estatais, sem levar em consideração as necessidades de mercado, bem como o interesse coletivo determinado constitucionalmente como finalidade das entidades mencionadas.

²¹ C.f KUKIELA, in FILHO, Marçal Justen. Ob Cit p.80

²² C.f FILHO, Marçal Justen. Ob Cit p.94

Antes do estatuto, as empresas públicas e sociedades de economia mista, na forma de sociedade por ações, obedeciam à Lei das S/A, que indicava, em síntese, o seguinte caminho para a escolha da direção de uma S/A: o acionista controlador elegia o conselho de administração em assembleia geral e este, por seu turno, selecionava os diretores, ou diretor, da empresa.

Na forma privada, o método não carece de correções, visto que, em tese, o acionista controlador, bem como o conselho de administração, sempre realizará sua seleção buscando preservar a saúde financeira da empresa, já que o lucro se direciona de volta para o mesmo, direta ou indiretamente.

Entretanto, na gestão de recursos públicos, a técnica não se mostrou perfeitamente acurada. Basta rápida pesquisa na *internet* para que se verifique inúmeros casos de cometimento de ilícitos pela direção de uma estatal. “Diretor de estatal e subsecretário de Turismo são presos por corrupção no metrô”²³, “Ex-diretor de estatal de energia é preso”²⁴, “Ex-diretor da Petrobras relata propina a ministro do TCU”²⁵, “Ex-diretor da Eletronorte é preso em operação que investiga corrupção na estatal”²⁶.

As manchetes acima são apenas um rápido exemplo da situação-problema já apresentada nesta obra. Se a disfunção na direção das estatais não é o único transtorno identificável na reorganização das estatais, certamente é um deles.

Com isso em mente, sem prejuízo das disposições da Lei das S/A, que permanecem aplicáveis, no que couber, às estatais (Art. 16, *caput*), o estatuto alarga o critério geral de reputação ilibada para a administração, estipulado no art. 147, § 3.º, da Lei das S/A, com diversas outras determinações, conforme se nota a seguir.

²³C.f. “Diretor de estatal e subsecretário de Turismo são presos por corrupção no metrô”: <<http://www.sbt.com.br/jornalismo/sbtbrasil/noticias/87706/Diretor-de-estatal-e-subsecretario-de-Turismo-sao-presos-por-corrupcao-no-metro.html>>, visto em 19 de ago. 2017.

²⁴C.f. “Ex gerente da Petrobrás e ex Banqueiro são presos pela lava jato”: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-05/ex-gerente-da-petrobras-e-ex-banqueiro-sao-presos-pela-lava-jato>>, visto em 19 de ago. 2017.

²⁵C.f. “Ex-diretor da Petrobras relata propina a ministro do TCU”: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/01/1854127-ex-diretor-de-estatal-relata-propina-a-ministro-do-tcu.shtml>>, visto em 19 de ago. 2017.

²⁶C.f. “Ex-diretor da Eletronorte é preso em operação que investiga corrupção na estatal”: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-04-15/ex-diretor-da-eletronorte-e-preso-em-operacao-que-investiga-corrupcao-na-estatal.html>>, visto em 19 de ago. 2017.

O Art. 17, que elenca a maioria dos requisitos para a escolha dos administradores, inicia-se repetindo o critério de reputação ilibada, comum à Lei das S/A, acumulando outro requisito geral, qual seja, de notório conhecimento.

Conforme Marçal Justen Filho²⁷, a ilibação se divide em critérios de observação formal, qual seja a verificação se o sujeito possui condenação transitada em julgado em ilícitos que importam para o cargo, como os crimes do Art. 147 §§ 1.º e 2º da Lei 6.404/76. E, mais importante, de observação material. Esta, por via mais larga, pressupõe que o candidato não pode sofrer nem ao menos acusações ou processos em curso, pelo risco de comprometer futura administração.

O notório conhecimento, apesar de a primeira vista pressupor expressão vazia, se desdobra nos seus requisitos, técnicos e teóricos, a partir dos incisos do Art. 17. Inicialmente, indica a necessidade de experiência profissional, provando-se, alternativamente, pelas seguintes condições. O sujeito deverá comprovar experiência, sem especificação de cargo, de pelo menos dez anos, no setor público ou privado, em área igual ou próxima daquela em que pretende ocupar cargo. Ou, ainda, ter no mínimo quatro anos de experiência nos cargos: a) direção ou chefia em empresa com porte ou objeto social semelhante a que se pretende ocupar; b) de comissão ou confiança, exclusivamente no setor público e presente no grupo Direção e Assessoramento Superiores, DAS, nos níveis 4, 5 ou 6. c) docência ou pesquisa nas áreas de atuação da estatal pretendida. Como último dos critérios alternativos, o candidato também poderá comprovar sua experiência demonstrando quatro anos de atuação como profissional liberal no campo de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Tais requisitos de experiência externa, contudo, poderão ser dispensados se o indicado for empregado da estatal em tela, desde que este seja concursado, conte com dez anos de experiência em atuação interna e tenha ocupado cargo de gestão, conforme redação do § 5º e incisos do Art. 17.

Cumulativamente aos critérios de experiência, também deverá ser comprovado, conforme inciso II, formação acadêmica relacionada ao cargo pretendido, afirmando a necessidade de conhecimento teórico, além da experiência prática.

²⁷ C.f JUSTEN FILHO, Marçal. Ob-cit, p. 167

Por fim dos requisitos cumulativos do Art. 17, entrando no cenário da reputação ilibada, é necessário que os indicados não se enquadrem nas causas de inelegibilidade da Lei Complementar nº64 previstas no Art. 1º, I, que seriam, em síntese, os inalistáveis e analfabetos, bem como os impedidos pela redação dada Lei Complementar nº 135 de 2010, a Lei da Ficha Limpa. Dentre diversos casos de inelegibilidade elencados ao longo do inciso, destacam-se, conforme Oliveira:

A Lei da Ficha Limpa acresceu um extenso rol às hipóteses predispostas na Lei Complementar 64/1990. Ele envolve basicamente agentes políticos condenados por decisão de órgão colegiado, mesmo não transitada, versando sobre circunstâncias das mais diversas ordens: rejeição de contas, perda do cargo, crimes comuns, abuso do poder econômico ou político, corrupção eleitoral, renúncia de mandato eletivo, improbidade administrativa, simulação de divórcio para evitar inelegibilidade. (OLIVEIRA in JUSTEN FILHO, org, 2017, p.101)

Dessa forma, como mecanismo de verdadeira conformidade com os padrões éticos de gestão, como um dos indícios do exercício de governança corporativa e *compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista, o estatuto tem em foco coibir candidatos que possam, comprovadamente por más experiências pretéritas, lesar a saúde financeira e organizacional da estatal.

De outro lado, em critério visivelmente preventivo, o §2º do Art. 17 traz vedações para os cargos de administração e diretoria. Em primeiro momento, do que se entende da redação do inciso I do parágrafo citado, estão vedados os agentes públicos e reguladores externos, ou seja, que não fazem parte da própria companhia. Estão igualmente proibidos aqueles que tiveram vínculo político ou eleitoral nos últimos 36 meses, ou que exerçam cargo em entidade sindical e, ainda, que tenham contrato ou parceria comercial com a pessoa político-administrativa, que dirige a estatal pretendida, não se limitando à vedação a contrato ou parceria especificamente com a empresa. Por fim, é vedada, de forma genérica, pessoa que possa ter qualquer conflito com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou sociedade de economia mista. Essa última vedação que consta no inciso V, §2º do Art. 17, implica verdadeira imposição de conformidade na escolha do administrador e diretoria, dando amplitude à capacidade

imperativa daqueles que pretendem, e devem, proteger a estatal. Contudo, para Oliveira²⁸, a análise do conflito de interesses deve ser restritiva, sendo necessário observar verdadeira condição do candidato que seja razoável para o veto, não podendo configurar cláusula aberta para vedação indistinta.

Importante o que se nota na leitura do §4º do artigo aqui em destaque. Complementando a idealização de uma diretoria com experiência prática e conhecimento teórico na área de atuação do cargo pretendido, o dispositivo indica que, anualmente, os administradores devem participar de cursos e treinamentos de legislação societária, controle interno (novamente apontando a preocupação do estatuto com técnicas de *Compliance*), código de conduta e outros temas, na expectativa do direcionamento de uma boa governança corporativa para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Desse modo, assegurando critérios de qualificação técnica, requisitos de experiência e vedações de candidatos que possam trazer motivações políticas ou pessoais para a administração, a Lei das estatais traça boas técnicas de conformidade com um mercado que exige cada vez mais capacitação de seus gestores, bem como objetiva efetivar, pela boa destreza de seus administradores, os objetivos constitucionais das empresas públicas e sociedades de economia mista.

4.5 A inserção do *Compliance* nas Estatais

O termo *Compliance*, importado do inglês para as terras nacionais, já é termo recorrente há alguns anos no antro empresarial. Sem maiores entre voltas, sua compreensão básica traz o conceito de conformidade dentro das empresas e nas práticas negociais.

Consoante a ABBI, a inserção do instituto no mercado global visa, principalmente “assistir os gestores no gerenciamento do risco de *compliance*, que pode ser definido como o risco de sanções legais ou regulamentares, perdas financeiras ou mesmo perdas reputacionais decorrentes da falta de cumprimento de disposições legais, regulamentares...” (ABBI, 2007, p.7)

²⁸ Cf. OLIVEIRA, In JUSTEN FILHO, Marçal. Ob Cit p. 104

Portanto, em síntese, para entendimento prévio, as técnicas do instituto mencionado indicam que a empresa deve agir “conforme”. No entendimento de Coimbra e Manzi²⁹, o *Compliance* importa em noção estratégica a ser aplicada em todos os setores e tipos de organizações, não só nas empresas privadas de capital aberto e fechado, como também nas entidades públicas.

Assim, seguindo os bons métodos do empreendedorismo privado, aliado a já exposta tendência de formação de um microssistema de tutela à Administração Pública, a composição do estatuto foge da normalidade dos mandamentos administrativos, que, em geral, atende ao padrão binário normativo de lícito e ilícito, e indica, em seu Art. 9º, que as estatais deverão adotar regras próprias de estruturação, práticas de gestão de riscos e controle interno.

Inclusive, ressalta-se que, conforme a citada incorporação ao microssistema de tutela à Administração, as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas, no que lhes couber, à Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) e seu regulamento.³⁰

4.5.1 A área de controle interno, auditoria interna e o Comitê de Auditoria Estatutário.

Retornando aos dispositivos do Art. 9º da Lei nº 13.303, constata-se que, logo no inciso I, há disposição sobre a necessidade de implementação cotidiana de práticas de controle interno, não apenas pelos administradores, que já demonstraria a conexão do estatuto com modelos eficientes de governança corporativa³¹, mas também pelos empregados.

As práticas a serem implementadas, apesar de não especificadas, importam uma nova forma de atuação dos empregados e administradores, demonstrando preocupação com a postura comportamental da *Stakeholder*, no que condiz ao seu perfil interno, e apontando uma verdadeira cartilha que cada estatal deverá implementar para coibir atitudes desagradáveis e estimular

²⁹ C.f: COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

³⁰ C.f: CARDOSO, André Guskow Ob-cit, p.4

³¹ C.f: INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5ª ed. São Paulo, 2015, disponível em: http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf, visto 22/08/2017.

condutas éticas e em conformidade com as legislações em geral, assim como com o próprio estatuto social.

Ainda, para complementar o efetivo exercício das práticas do inciso I, o inciso seguinte menciona que as regras de gestão de riscos e controle interno deverão abranger verdadeira área responsável para verificar se aquelas estão sendo cumpridas, sendo, portanto, instituição de verdadeira área de *Compliance* nas estatais.

Consoante §2º-do Artigo em tela, a área de *Compliance* será vinculada ao diretor-presidente, bem como deverá ser presidida por diretor estatutário e terá suas atribuições conforme o estatuto social, que estabelecerá mecanismos para garantir sua autonomia. Aqui, aos olhos mais atentos, verifica-se ponto certo no estabelecimento de um setor de conformidade. Considerando que a área significa uma remodelação estrutural e fiscalizatória, a atribuição de autonomia ao setor indica a principal ferramenta para sua verdadeira atuação. Caso a legislação não designasse liberdade de ação para o setor de *Compliance*, seu potencial poderia ser perdido, pois a fiscalização, assim como a imposição de práticas de conformidade para os empregados e administradores, seria facilmente barrada pelos burocratas em demasia ou sujeitos de má-fé, dispostos a deturpar as atividades da estatal.

Inclusive, para demonstrar a efetiva autonomia da área responsável para verificação do cumprimento das regras de gestão de risco e controle interno, o §4º do dispositivo informa que, no caso do diretor responsável ser o alvo das suspeitas de irregularidades ou, ainda, este for omissor nas medidas necessárias para coibi-las, o setor de *Compliance* deverá se reportar diretamente ao Conselho de Administração, órgão independente e com escopo de agir no melhor interesse da companhia.³²

Por fim das regras de estruturas e gestão de riscos, o inciso III do Art. 9º também aponta pela existência de auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário. A auditoria interna, por sua vez, como efetivo complemento às regras de conformidade na estatal, será vinculada diretamente ao Conselho de Administração, estando separada da área de *compliance*, e será incumbida de verificar se o controle interno está adequado à entidade, ou seja, se seu exercício e fiscalização estão de acordo com as necessidades da empresa pública ou sociedade de economia mista. Ainda,

³² C.f: COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Ob-Cit, p. 79.

estará responsável pela “*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 ao preparo de demonstrações financeiras.*” (Art. 9º, §3º, incs. I e II).

Observa-se, assim, que a auditoria interna tem função eminentemente fiscalizatória, tanto na regularidade financeira como na verificação dos aspectos relacionados ao controle interno e demais mecanismos de governança corporativa³³.

As funções e competências do Comitê de Auditoria Estatutário são estabelecidas na Seção VII do estatuto, especificamente no Art. 24 e parágrafos. Em síntese, é órgão auxiliar do Conselho de Administração, a este devendo se reportar diretamente. Dentre outras funções de controle, deverá fiscalizar os auditores independentes (§1º, inc. I e II), e a própria auditoria interna, bem como a área de *Compliance* (§1º inc. III). Sua competência tem tamanha abrangência que, incumbido de monitorar a exposição de riscos da estatal, poderá requerer informações sobre a política adotada de remuneração dos administradores, utilização de ativos da entidade e seus gastos (§1º inc. IV e alíneas). O comitê terá autonomia operacional e orçamentária e possuirá meios para receber denúncias, sigilosas ou não, internas ou externas, garantindo, ainda mais, o combate às irregularidades.

Dessa forma, a criação dos institutos supramencionados, quais sejam, área de controle interno, auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário, “*confirma a intenção da lei de estabelecer estruturas sucessivas e superpostas de controle e fiscalização da atuação das empresas estatais e de seus dirigentes e empregados.*” (CARDOSO, 2016, p.5).

4.5.2 O Código de Conduta e Integridade

Ato contínuo à análise das regras de estruturas, práticas de gestão de riscos e controle interno presentes no Art. 9º do estatuto, seu §1º impõe o dever de elaboração e divulgação de Código de Conduta e Integridade. Este, conforme a redação que segue, tratará, dentre outros

³³ C.f. CARDOSO, André Guskow Ob-cit, p.5

assuntos, de “*princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude*” (Art. 9º, §1º, inc. I). No campo privado, já é comum cartilha de grandes companhias que apresentem e dissertem sobre os princípios, valores e missão da empresa.³⁴ Ainda que genéricos, tais aspectos já são recorrentes no cenário empresarial, que cada vez mais absorve o conceito da função social da empresa³⁵, que pressupõe efeitos diretos e conexão com a *stakeholder* de maneira geral. Em relação às orientações sobre atos de corrupção e fraude, o estatuto trabalha com a ferramenta da boa educação jurídica, auxiliando a área de *Compliance* em garantir a conformidade da estatal, já mencionada.

Ainda, o Código deverá apresentar instâncias internas responsáveis pela atualização e pela própria aplicação do mesmo, garantindo a efetividade do mandamento legal. Neste mesmo sentido, trará sanções a serem aplicadas no caso de descumprimento das regras dispostas, que deverão ser razoáveis e proporcionais à violação observada.³⁶

Ato subsequente, deverá ser estipulado treinamento periódico, pelo menos anual, para os empregados e administradores, do conteúdo do próprio Código, assim como de políticas de gestão de riscos, esta apenas para os administradores. Consoante a ICTS³⁷, empresa global de consultoria e auditoria, especializada em mecanismos de gestão de riscos, o terceiro mecanismo mais eficiente na inserção de um programa de *Compliance* consiste em treinamentos e trabalhos de conscientização sobre as regras de conformidade no corpo empresarial, com taxa de sucesso de 64,60%. Antenado aos ditames do mercado privado, o dispositivo oferece ferramentas para um trabalho preventivo de irregularidades, apostando na educação jurídica e na inclusão do dever de

³⁴ Rápida pesquisa do tema já traz informações das maiores empresas atuantes no Brasil. A Avon S/A, por exemplo, traz como missão “Nossa Missão é ser: Líder global em Beleza; A marca de escolha das mulheres; A líder em vendas diretas; O melhor lugar para se trabalhar; A maior Fundação para as mulheres; A empresa mais admirada.” C.f: http://www.br.avon.com/PRSuite/static/downloads/pdfs_releases/Release_VisaoMissao.pdf, visto em 22/08/2017. A Coca Cola Brasil S/A também divulga seus valores e princípios: “Inovação, Liderança, Responsabilidade, Integridade, Paixão, Colaboração, Diversidade, Qualidade”, disponível em: <http://www.cocacolabrazil.com.br/sobre-a-coca-cola-brasil/principios-e-valores>, visto em 22/08/2017.

³⁵ C.f: PEREIRA, Henrique Viana. Função Social da Empresa. 2010. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

³⁶ C.f: CARDOSO, André Guskow Ob-cit, p.6

³⁷ C.f: Pesquisa sobre a maturidade dos sistemas de prevenção à corrupção nas empresas brasileiras realizados pela ICTS, 2013. Visto em: http://icts.com.br/v2/files/Service/35/lamina%20canal%20de%20denuncias_set_2014.pdf, Acesso: 23/08/2017

conformidade no dia a dia corporativo. Ato contínuo, o treinamento de gestão de riscos para os administradores, bem como própria existência do Código de Conduta e Integridade, coaduna com as boas técnicas de governança, estando em harmonia com as disposições do IBGC³⁸.

A periodicidade do treinamento indica a precaução do estatuto com a atualização das regras mais recentes aos empregados e administradores, bem como perpetua e fixa as regras mais antigas. Neste teor, o Art. 12, II, da Lei em destaque, tem disposição expressa sobre a necessidade de atualização do Código de Conduta com novas práticas da boa governança corporativa que se apresentem no mercado, ressaltando a intenção do Estatuto de se manter como lei eficaz e atenta às necessidades de seu objeto, qual seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista. Guilherme Andrade de Paula, citando Manzi, indica que qualquer programa de *Compliance* estará fadado ao fracasso, caso não passe por revisões e atualizações periódicas, visto que:

Portanto, a revisão se faz necessária para que se possa verificar se os riscos estão devidamente mapeados e controlados, se todos os profissionais estão adequadamente treinados e cientes tanto das normas internas quanto daquelas dos clientes nos quais prestam serviços e se houve alterações relevantes nas políticas desses clientes ou em normas legais a que as empresas eventualmente estejam subordinadas. (ANDRADE, 2017, p.38)

4.5.3 O Canal de Denúncias

Ponto de destaque, e particularmente conclusivo, no estudo das técnicas anticorrupção da Lei 13.303 está presente no inciso III da do Art. 9º em análise. Nesta, define-se que o Código de Conduta e Integridade deverá apresentar disposição sobre canal de denúncias, internas ou externas, relacionadas ao descumprimento do próprio Código ou das “*demaís normas internas de éticas e obrigacionais.*” (Art. 9º, §1º, inc. III).

³⁸O item “g” das práticas relacionadas ao Código de Conduta, indicado pelo instituto como fundamental na boa governança corporativa, indica que “g) O código de conduta deve ser divulgado no site da organização, em local de fácil acesso. Programas de educação continuada para todos os níveis da organização são uma ferramenta adequada para garantir a efetividade do código de conduta.” C.f, IBGC, Ob-cit, p.93

Dessa forma, o estatuto, após indicar diversas estratégias de alteração na estrutura das estatais, bem como introduzir órgãos de fiscalização e auditoria, traz mecanismo final que integra as práticas de combate aos agentes de má-fé e aos procedimentos irregulares dentro das empresas públicas e sociedades de economia mista.

De acordo com Luiz Umberto Modenese, diretor de auditoria da Cielo, o canal de denúncias observa um processo para gestão de riscos corporativos, e funciona através do recebimento de informações, a análise e tratamento de seu conteúdo e o direcionamento de ações corretivas e preventivas, como verdadeiro balanço de consequências.³⁹

A instituição de canal de denúncias confere às estatais outro meio para o combate de irregularidades e abusos na gestão de recursos. A proposta surge como complemento que coaduna com a idealização de uma gestão transparente e correta nas empresas estatais. Assim, o IBGC considera a mera criação e existência de um canal de denúncias como instrumento *“fundamental para uma organização; a instituição e a divulgação de mecanismos como esse podem constituir-se em incentivos à transparência em todos os níveis da organização. A simples existência desse canal pode ser em mecanismo inibidor de condutas indesejadas.”* (IBGC, 2009, p.33)

Conforme pesquisa da ICTS⁴⁰, acima mencionada, as duas técnicas mais eficazes para garantir o *Compliance* em uma empresa são, respectivamente, a existência de um Canal de Denúncias, com taxa de efetividade de 75,40%, e a implementação de Código de Conduta Ética (72,30%). Dessa forma, a existência de um meio para queixas e a subsequente identificação de fraudes fornece auxílio para os órgãos supramencionados de controle, fortalecendo a análise de ameaças à saúde da estatal e corroborando com posturas éticas do corpo empresarial.

Por fim, o legislador demonstrou preocupação com a eficiência do canal de denúncias por ele estabelecido, indicando que caberá ao Código de Conduta e Integridade elaborar *“mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o*

³⁹ C.f Desafios na Implementação de um Canal de Denúncias. Luiz Umberto Modenese. Instituto dos Auditores Internos do Brasil, 2013. Visto em: http://www.iiabrasil.org.br/new/2013/downloads/eventos/seminario_porto_alegre/04_Luiz_Modenese_poa2013.pdf, acesso: 24/08/2017.

⁴⁰ C.f: ICTS, Ob-Cit - p.1

canal de denúncias” (Art. 9º, §1º, inc. IV). Segundo Cardoso⁴¹, a redação é vital para que as denúncias sejam incentivadas, pois o denunciante não pode estar sujeito a eventuais retaliações ou prejuízos por informar irregularidades aos órgãos competentes.

Através dos mecanismos observados ao longo deste capítulo, observa-se a abertura de um caminho para longe das irresponsabilidades e obscuridades que cercam as estatais. Técnicas já consolidadas e provadas com sucesso em organizações privadas, bem como a proposta de fiscalização inexorável sobre as negligências e iniquidades dos administradores e funcionários, têm o condão de instaurar um novo modelo ético às empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁴¹ C.f: CARDOSO, André Guskow Ob-cit, p.6

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por várias décadas as empresas públicas e sociedades de economia mista foram vistas como mera manifestação da administração pública, com o objetivo de ocupar espaços não ocupados pelas empresas privadas, sem o viés da competição comercial e com procedimentos que ao mesmo tempo as tornavam amontoadas de procedimentos lentos para agir diante da rapidez do mercado.

Paulatinamente, a existência das estatais se adequou às necessidades governamentais e às do próprio povo, deixando de visar meros espaços vazios de mercado, e passando a ocupar posições estratégicas na economia, detendo autonomia gerencial e capacidade de exploração econômica e, ainda que este equilíbrio tenha sido difícil de ser visualizado⁴², a manutenção da sua posição como instrumento de políticas públicas.

Considerada a premissa jus sociológica básica do Direito como produto social, se a existência prática das empresas estatais se reformou com a passagem do tempo, suas normas reguladoras não poderiam deixar de passar por sensíveis mudanças. Da Carta outorgada em 1937, ao DL 200/67 e à Lei das S/A, todas as legislações buscaram reorganizar a posição das empresas públicas e sociedades de economia mista bem como indicar a trajetória que deveriam seguir. Não diferente, esta é a realidade do presente momento das estatais, passando pelos indicativos do Art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, que vertem na Lei nº 13.303/16.

A nova legislação busca adequar os entes à contemporaneidade, que, conforme visto, observa diuturnamente casos de corrupção e deturpação das finalidades das estatais. Mas, se o estatuto tem regulamentos imediatos, como o campo de aplicação das suas normas, procedimentos de licitação e sanções administrativas, também tem o condão de indicar o caminho a ser traçado pelas estatais, com apontamentos de boa governança corporativa, transparência e

⁴² Mário Engler comenta sobre tal dificuldade em sua obra *Empresa Estatal*: “Não se nega a tensão latente entre duas tendências que estão presentes na empresa estatal, a saber: o desejo de autonomia gerencial, por um lado, e a preocupação com o controle governamental, de outro. Essa tensão tem como pano de fundo o aparente conflito entre eficiência microeconômica, que pressupõe flexibilidade de gestão e possibilidade de exercício autônomo da lógica empresarial, e os objetivos mais amplos de política pública, que normalmente demandam intervenções externas e hierarquização de prioridades pelo governo central. Não é tarefa fácil encontrar o ponto ideal de equilíbrio entre as duas forças opostas, para fazer com que a empresa estatal seja ao mesmo tempo eficiente sob o aspecto operacional e continue vinculada à sua causa existencial.” (ENGLER, 2013, p. 91)

Compliance, operando em harmonia com princípios da administração pública e cartilhas do mercado privado.

Ao longo de seus 97 artigos, a Lei nº 13.303/16 traz à tona inúmeras disposições sobre as empresas estatais, regulando-as, quase inteiramente. Importa dizer, assim, que além dos mecanismos observados até aqui, o estatuto carrega consigo normas sobre a criação das empresas públicas e sociedades de economia mista, a participação do capital privado na sua composição, contratos e procedimento licitatório, neste último trazendo, aos que ali concentraram seu estudo, verdadeira flexibilização e redução do rigorismo formal⁴³.

Reconhece-se que grande parte dos dispositivos foram intencionalmente inexplorados por este trabalho, na expectativa de aprofundar em sua temática e finalidade, conforme já indicado no ato introdutório deste texto. A concentração de esforço nos preceitos de transparência, gestão de riscos e governança corporativa, dentre outros, teve viés preciso e alvo pontualmente definido: uma análise inicial sobre as técnicas com capacidade de servir ao combate à corrupção e adulteração das finalidades econômico-sociais das estatais.

Neste sentido, cumpre observar que as técnicas de *Compliance* e gestão de riscos estão em voga após inúmeros escândalos no cenário público empresarial brasileiro. A Petrobrás, por exemplo, em harmonia com a Lei nº 13.303/16, ampliou seu setor de fiscalização externa, contratando escritórios jurídicos especializados na área em questão, após ter quatro de seus ex-diretores presos e sofrer com perdas bilionárias⁴⁴.

Ainda que os novos mecanismos adotados pelo ordenamento possam, à primeira vista, introduzir novos entraves burocráticos para o funcionamento das estatais, com ritos aprimorados na escolha da administração, e, também, pareçam ainda mais custosos financeiramente para os acionistas e ao tesouro nacional, com práticas de transparência que, sim, demandam recursos para serem efetivadas, tal olhar preliminar deve ser superado pelos ditames modernos de mercado e pelas necessidades enfrentadas pela gestão público empresarial no país. Na Suécia, por exemplo,

⁴³ Cf: FILHO, Marçal Justen Ob-Cit, p. 230

⁴⁴ C.f “Após escândalos, compliance é a nova palavra de ordem no Brasil.” Visto em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2015/01/20/apos-escandalos-compliance-e-a-nova-palavra-de-ordem-no-brasil.htm>>” Acesso: 28/08/2017.

o aumento da fiscalização em conjunto com práticas de boa governança nas estatais, através de auditorias com a devida autonomia⁴⁵, coibiu fortemente a corrupção, tornando-o um dos países menos corruptos do mundo, de acordo com os índices da *Transparency International*⁴⁶.

Neste âmbito conclusivo, importa lembrar que as empresas públicas e sociedades de economia mista correm, com infeliz atraso, atrás de uma tendência em todo o mundo capitalista, que indica padrões de conformidade e obediência às cartilhas internacionais de governança corporativa⁴⁷, bem como do pensamento jurídico moderno que relembra a necessária função social da empresa. A gestão dos recursos particulares das empresas privadas já compreendem, em sua maioria, a necessidade, para sua própria prosperidade financeira, de uma atuação correta perante o mercado e dentro da própria *stakeholder*, considerada a atividade empresarial como também produtora de riqueza social e agente intrínseco ao desenvolvimento⁴⁸.

Neste cenário, as empresas públicas e sociedades de economia mista, como instrumentos de políticas públicas, seja através da própria atividade que empreendem em prol da sociedade, aos interesses estratégicos quando adotado o monopólio estatal ou o equilíbrio na prestação de serviços em concorrência com o mercado privado, não têm o privilégio de se desvencilhar de uma gestão embasada em princípios de conformidade, transparência e boa governança corporativa, visto que não só estão sujeitas à função social da empresa⁴⁹, como também ao próprio múnus público de ética e moralidade.

⁴⁵ “Como a Suécia evita a corrupção em empresas estatais.” Visto em: <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/como-a-suecia-evita-a-corrupcao-em-empresas-estatais-por-claudia-wallin/>>. Acesso: 29 de ago. 2017

⁴⁶ Os 20 países mais corruptos do mundo e os menos desonestos. Visto: <<http://exame.abril.com.br/mundo/os-20-paises-mais-corruptos-do-mundo-e-os-menos-desonestos/>> Acesso em: 29 de ago. 2017

⁴⁷ Importa lembrar, internacionalmente, nas já citadas Lei Sarbanes-Oxley e na *Transparency Internacional*. Na seara nacional, cabe lembrar dos também já mencionados “Manual de Compliance” do IBGC e “Função de Compliance” da ABBI.

⁴⁸ PEREZ, Viviane. Função Social da Empresa.RDE. Revista de Direito do Estado, v. 4, p.142, 2006. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/funcao-social-empresa.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

⁴⁹ Mayara Gasparoto Tonin, sobre a função social da empresa: “Diante disso, pode-se afirmar que o paradigma contemporâneo da função social combina com o enaltecimento das condições dignas de trabalho, com a inexistência de vícios nos produtos e serviços que comprometam de forma grave o mercado de consumo, com a arrecadação de tributos e com a sua correta, adequada e sonhada mensuração. Também adota o meio ambiente como destinatário de medidas de proteção e redução da sua deterioração. Na verdade, encarar o fenômeno empresarial de maneira

Assim, a Lei nº 13.303/16 traz, além de inúmeras regras e procedimentos, verdadeiro desafio às estatais, de consolidar uma cultura de transparência e conformidade. Ainda que a nova legislação atenda aos anseios emergenciais do país, que viu recentemente a maior de suas empresas envolver-se no segundo maior caso de corrupção do mundo⁵⁰, ela indica, na realidade, novo conceito de integridade e regularidade a ser introduzido. Dentre as complexidades das suas vedações, canal de denúncias e programas de gestão de riscos, o estatuto das estatais oferta, em sua síntese, a simplicidade de uma gestão ética e a esperança de uma Administração Pública que cumpra seus deveres perante seus administrados.

funcional é conferir a real importância a todos os fatores que lhe propiciam existência, como os trabalhadores, consumidores e meio ambiente.” (TONIN in JUSTEN FILHO, 2016, p. 194)

⁵⁰ Petrobrás é o segundo maior escândalo de corrupção do mundo, aponta Transparência Internacional, visto em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/petrobras-e-o-segundo-maior-escandalo-de-corrupcao-do-mundo-aponta-transparencia-internacional/>> Acesso: 29 de ago. 2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais; Febraban – Federação Brasileira de Bancos. **Cartilha função de compliance.** 2013. Disponível em: ABBI, Associação Brasileira de Bancos Internacionais. **Cartilha da Função de Compliance.** 1. ed. Brasília, 2007.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa).** 20. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2012.
- Aló, Claudia Capelli Tese (Doutorado em Informática) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. <http://www-di.inf.puc-rio.br/~julio/tese-cappelli.pdf//> **Uma abordagem para transparência em processos organizacionais utilizando aspectos /** Claudia Cappelli Aló; orientador: Julio Cesar Sampaio do Prado Leite. - 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais.>>
- CARDOSO, André Guskow, **Governança Corporativa, Transparência e Compliance nas Empresas Estatais: O regime instituído pela lei 13.303/2016.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 116, outubro de 2016, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 16/08/2017.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Você conhece sociologia jurídica?** 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** – 24. ed. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2012

COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance**. São Paulo: Atlas, 2010.

CUNHA, Sanches e SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

Direito Administrativo/Fernanda Marinela - 4.ed. - Niterói: Impetus, 2010, p. 137

Empresa estatal: função econômica e dilemas societários / Mario Engler Pinto Junior. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

EUROPEU, Banco Central. **Monthly Bulletin** .ed. 12/2008.

FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. **Função de compliance**. 2014 Disponível em: <http://www.febraban.com.br> >. Acesso em 25 ago. 2017

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social**. Opin. Publica, Campinas, v. 15, n. 2, Nov. 2009.

FILHO JUSTEN, Marçal. **Estatuto Jurídico das empresas estatais** [livro eletrônico]: Lei 13.303/2016: “Lei das estatais” / Marçal Justen Filho, coordenação, -- 1. Ed., -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Caderno de boas práticas de governança corporativa para empresas de capital fechado: um guia para sociedades limitadas e sociedades por ações fechadas**. Disponível em <<http://www.ibcg.com.br>>. Acesso em 04 set. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de Orientação para Melhores Práticas de Comitês de Auditoria; coordenação: Roberto Lamb e João Verner Juenemann. São Paulo, SP: IBGC, 2009**. Disponível em <<http://www.ibcg.com.br>>. Acesso em 23/08/ 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5ª ed. São Paulo, 2015.

LEVACK, Brian P. **A caça às bruxas na Europa Moderna**. 2 Ed. São Paulo: Campus, 1988

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23^a ed. Malheiros Editores, 1998, São Paulo

MACEDO, Fausto, YONEYA, Fernanda. **“Petrobras é o segundo maior escândalo de corrupção do mundo, aponta Transparência Internacional”**. 2016. Disponível em: (<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/petrobras-e-o-segundo-maior-escandalo-de-corrupcao-do-mundo-aponta-transparencia-internacio>) Acesso em: 20/10/2016.

MANZI, Vanessa. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo, Saint Paul, 2008.

GERHARDT, Tatiana Engel e SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

MODENESE, Luiz Umberto. **Desafios na Implementação de um Canal de Denúncias. Instituto dos Auditores Internos do Brasil**, 2013. Visto em: <http://www.iiabrasil.org.br/new/2013/downs/eventos/seminario_porto_alegre/04_Luiz_Modene-se_poa2013.pdf>, acesso: 24/08/2017.

NAPOLITANO, Giulio. **Pubblico e privato nel diritto amministrativo**. Editora Giuffrè, Milão. 2003. P. 159-160. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Regime jurídico das empresas estatais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2.a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Manual da Monografia Jurídica**. 10. ed. São Paulo : Saraiva,

2013.

PASQUINO, Gianfranco. Corrupção. In: BOBBIO, Norberto et. al. (Org.). **Dicionário de política**. 7. ed. Brasília: UNB, 1995. v. 1, p. 291-292.

PEREIRA, Henrique Viana. **Função Social da Empresa**. 2010. 123f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

PEREZ, Viviane. **Função Social da Empresa**.RDE. Revista de Direito do Estado, v. 4, p.142, 2006. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/funcao-social-empresa.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Tese de Doutorado de Barbara de Lima Voss, disponível na Biblioteca da Faculdade de Economia, Administração de Contabilidade da USP, “**Discursive Constructions of Social and Enviromental Accouting in Brazil: The Case of Petrobras**”, 2016.

Trabalho de Conclusão de Curso de Guilherme Andrade de Paula. “**Uma análise entre a função de Compliance, Governança Corporativa e Ética no Brasil**”, Universidade Federal de Uberlândia, 2017.

TREBAT, Thomas J. **Brazil’s state-owned enterprises: a case study of the state as entrepreneur**. Cambridge. Cambridge University Press, 1983.

ZENI, Andrade. **A corrupção: causas, conseqüências e soluções para o problema**, Revista de Administração Pública, 1996, v.30, n.3.