

Carta de Opinião IBGC nº 3/2015

Governança de sociedades de economia mista

13 de fevereiro de 2015

Preâmbulo

Há muito que as sociedades de economia mista de capital aberto suscitam questionamentos quanto à capacidade de seguir regras de mercado e de atingir o patamar de Governança esperado de companhias abertas – ou seja, aquelas autorizadas a captar recursos da poupança pública e, por esse motivo, submetidas a um regramento robusto de transparência, prestação de contas e proteção a investidores. Casos de ingerência ostensiva em empresas estatais, com impactos negativos nos desempenhos operacional e financeiro, somam-se à percepção generalizada de que o padrão de eficiência administrativa resulta inferior às congêneres do setor privado.

Como propagador e defensor da boa Governança Corporativa, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) fomenta geração de conhecimento e iniciativas na direção das melhores práticas e, por isso, prepara o lançamento, em 2015, de ao menos três publicações que tratam da Governança de sociedades em que um ente público (União, Estado, Distrito Federal ou Município) é o acionista controlador. Este pronunciamento preliminar, em que apresentamos o tema à luz de duas das dimensões que pretendemos explorar ao longo do ano, é o primeiro; o segundo, uma Carta Diretriz específica sobre o tema, com abordagem analítica e minuciosa de princípios e orientações; e, por fim, um guia de boas práticas de Governança Corporativa para empresas estatais.

De pronto, consideramos imperativo que a sociedade civil debata, primeiramente, quanto à conveniência de o Estado atender a determinado objetivo por meio da intervenção direta na produção de bens e serviços sob a forma de empresas estatais; e, em segundo lugar, quanto à conveniência da abertura de capital de empresas estatais.

Nesse ponto, relativo à própria genética das empresas estatais, caberia lembrar o princípio constitucional supremo, inscrito no artigo 173 da Constituição Federal: “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Ademais, a presença do Estado como acionista controlador, especialmente nas sociedades de economia mista de capital aberto, impõe desafios adicionais ao exercício das boas práticas de Governança Corporativa. Contudo, neste primeiro posicionamento, o IBGC propõe recomendações assumindo o cenário atual, em que há empresas de controle estatal listadas em bolsas de valores. Nesta carta, vamos nos concentrar em dois desafios sensíveis.

O primeiro diz respeito à interferência do acionista controlador em instâncias decisórias exclusivas dos administradores da companhia, com o objetivo de impor iniciativas contrastantes ao objeto social. Muitas vezes, pretende-se justificar tal atitude com base na suposição de que o Estado estaria zelando pelo interesse público, uma vez que o artigo 238 da Lei 6.404/76 dispõe que a “pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista (...) poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”.

O segundo desafio é o preenchimento de cargos de administração – seja os de conselho de administração, seja os da diretoria executiva, seja os do conselho fiscal – para acomodar interesses político-partidários, em detrimento de critérios técnicos e meritocráticos, o que pode causar: i) a ocupação de postos relevantes da empresa por indivíduos comprometidos com agendas desalinhadas aos interesses da companhia; e ii) a fragilização da independência dos administradores.

Por mais que a legislação exija independência na atuação dos conselheiros de administração – com a consequente responsabilidade individual e os deveres de diligência e lealdade de cada administrador com a empresa, em última instância –, sabe-se que a aplicação desse princípio em companhias de controle definido pode colidir com o poder do acionista controlador de eleger a maior parte dos membros do conselho de administração.

Recomendações

1 - Delimitação de interesse público

Ao IBGC não escapa a aparente dificuldade de conciliação entre as disposições dos artigos 238 e 116 da lei societária. Por conseguinte, defendemos uma interpretação da legislação que equilibre as aspirações de todas as partes interessadas.

À primeira vista, o artigo 238 da Lei das S.A. permite entender que o “interesse público” justificador da criação da sociedade de economia mista concederia ao Estado, acionista controlador, liberdade de exercer discricionariamente seu poder de controle e utilizar a empresa para atender a quaisquer políticas públicas, programas de governo ou interesses político-partidários.

Trata-se de uma leitura hostil às melhores práticas de Governança. O atendimento ao interesse público não exime o acionista controlador de seus deveres e responsabilidades. A previsão dada pelo artigo 238 da lei societária – a de que o controlador pode orientar as atividades da companhia de modo a satisfazer o interesse público que justificou a sua criação – deve ser aplicada em equilíbrio com o disposto no parágrafo único do artigo 116 da mesma legislação, que determina que o “acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

O IBGC entende que o termo “interesse público” é tão somente aquele que justificou a criação da sociedade de economia mista e deve ser, necessariamente, conciliado com os atributos intrínsecos a uma companhia aberta: ser administrada de forma responsável e transparente, tratando com equidade todas as partes interessadas, e visando o longo prazo.

Essa conciliação é facilitada quando delimitamos o conceito de interesse público, que não deve ser abrangente nem arbitrário. A teoria jurídica divide interesse público em duas categorias: primário e secundário. A primeira diz respeito à supremacia do interesse da coletividade sobre o particular, e a segunda refere-se ao interesse patrimonial do Estado. Resta claro que somente o interesse público primário pode justificar a criação de uma companhia estatal. Como diz o artigo 173 da Constituição, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária (...) a relevante interesse coletivo”.

Para que se eliminem dúvidas e interpretações convenientes, recomenda-se que o interesse público da sociedade de economia mista seja claramente identificado em seu objeto social, em capítulo específico do Estatuto Social, e receba ampla divulgação. Na elaboração do Relatório da Administração, esse tema deve ser abordado com transparência, de modo a explicitar a lisura dos seus administradores e aumentar a confiabilidade de decisões estratégicas da

companhia. Caso a companhia seja levada, pelo acionista controlador, a atingir finalidades não previstas no objeto social, configura-se abuso de poder de controle.

2 - Segregação de papéis

A interferência direta de interesses político-partidários na condução de sociedades de economia mista é injustificável. Os administradores não exercem uma função propriamente pública nessas companhias, uma vez que o Estado nelas comparece como produtor de bens e serviços de consumo privado. A realidade evidencia que o procedimento prevaiente para preenchimento de cargos nas sociedades de economia mista é inteiramente discricionário e não atinge padrões minimamente aceitáveis. No entanto, a boa administração exige a adoção de critérios profissionais na contratação para cargos-chave, como de diretor-presidente e de membros da diretoria executiva.

O conselho de administração tem deveres fiduciários para com a companhia e deve agir de maneira independente. Nesse sentido, o conselho de administração é responsável pela seleção, avaliação e dispensa dos diretores estatutários. Em contraste, não é admissível que os conselhos de administração das sociedades de economia mista de capital aberto apenas homologuem, sem nenhum exame crítico, escolhas que passam ao largo de critérios profissionais.

Nem mesmo o interesse público poder ser invocado para justificar a inobservância da segregação de papéis dos integrantes dos órgãos de administração e desvios aos sistemas de Governança. É fundamental que o acionista controlador e os administradores das sociedades de economia mista observem deveres fiduciários, agindo de forma diligente, desinteressada e refletida, em benefício da empresa.

Considerações finais

Experiências levadas a efeito no nosso país e em outras sociedades de desenvolvimento avançado impelem a seguinte reflexão: A satisfação dos objetos sociais das sociedades de economia mista, de fato, exige a presença do Estado como acionista controlador? O IBGC pretende se aprofundar nessa questão em seus próximos posicionamentos sobre a Governança desse tipo de companhia.

Também, a experiência tem demonstrado que o aparato de controle e o escrutínio público a que estão sujeitas as empresas de economia mista têm sido ineficazes, pois focam mais a forma do que a essência. A despeito de algumas dessas empresas estarem submetidas a diversas instituições de supervisão e fiscalização,

as fraudes sucedem com frequência e dimensão assombrosas, provocando indignação e danos materiais severos à sociedade.

Cabe ressaltar que, a partir do momento da abertura de capital, as empresas controladas pelo Estado submetem-se às mesmas regras de mercado aplicáveis às demais companhias abertas de controle privado. A autorização para captar recursos da poupança pública requer alto nível de transparência e respeito total aos direitos de todos os acionistas.

Não podemos ignorar o fato de a Lei Anticorrupção não fazer menção específica às empresas estatais. Esse silêncio não é suprido pelo complexo ambiente regulatório em que se inserem as sociedades de economia mista.

A questão remanescente é se as pessoas jurídicas das sociedades de economia mista poderão ser incriminadas, independentemente do que possa suceder com seus dirigentes alcançados em desmandos, ou, se a rigor, elas são vítimas daqueles que deveriam antes que tudo servi-las com lealdade. Uma vez que o patrimônio de uma empresa estatal seja atingido por alguma punição material que o desvalorize, é de se avaliar quem estará sendo punido e quem estará sendo recompensado, em última instância.