

A inaplicabilidade parcial dos impedimentos à eleição de conselheiros fiscais em subsidiárias integrais de sociedades de economia mista: a Lei das S.A. e a Nova Lei das Estatais*

Partial inapplicability of the impediments to the election of supervisory board members in subsidiaries wholly owned by mixed capital companies: the Law of Corporations and the New Law of State Companies

Walter Guandalini Junior**

* Artigo recebido em 5 de agosto de 2016 e aprovado em 11 de outubro de 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v276.2017.72997>.

** Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: prof.walter.g@gmail.com. Advogado da Companhia Paranaense de Energia. Professor no Departamento de Direito Privado do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professor no Programa de pós-graduação em Direito — Mestrado no Centro Universitário Internacional (UNINTER). Mestre e doutor em direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, com estágio de pesquisa no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno — Università di Firenze.

RESUMO

Este artigo examina os impedimentos à eleição de conselheiros fiscais em sociedades anônimas, sustentando a parcial inaplicabilidade da vedação à eleição de empregados do mesmo grupo para o conselho fiscal de subsidiárias integrais de sociedades de economia mista. Argumenta que nesse modelo societário não há acionistas minoritários a serem protegidos e que não há risco à independência do conselho quando seus membros são empregados da acionista controladora. Conclui que as subsidiárias integrais de sociedades de economia mista não só podem como devem ter, entre os integrantes de seu conselho fiscal, ao menos um empregado público vinculado à sua acionista controladora, como medida de proteção do interesse público e de preservação dos interesses de seu único acionista em face dos órgãos de administração da companhia.

PALAVRAS-CHAVE

Sociedade anônima — sociedade de economia mista — subsidiária integral — conselho fiscal — lei das estatais — lei das S.A.

ABSTRACT

This paper examines the impediments to the election of supervisory board members in corporations, advocating the partial inapplicability of the limitations to the election of employees in the same company group to the supervisory board of subsidiaries wholly owned by mixed capital companies. It argues that in this corporate model there are no minority shareholders requiring protection, hence there is no risk to board independence when its members are employees of the controlling shareholder. In conclusion, it demonstrates that subsidiaries wholly owned by mixed capital companies not only can, but also should have, among its supervisory board members, at least one public servant linked to its controlling shareholder, as a measure for protecting both public interest and the interests of its sole shareholder before the company's management bodies.

KEYWORDS

Corporation — mixed capital company — wholly owned subsidiary — supervisory board — law of state companies — corporate law

1. Introdução: a sociedade de economia mista

Tradicionalmente se identifica como marco inicial da história das sociedades anônimas a fundação da Companhia Holandesa das Índias Orientais, criada em Amsterdã no início do século XVII para coordenar as atividades de comércio com o Oriente.¹ Construída sobre a base de uma concepção mercantilista que defendia a contínua intervenção do Estado na esfera econômica, a companhia se caracterizava não só por se constituir a partir de uma combinação de capital público e privado, mas principalmente por depender da concessão de um privilégio estatal que a autorizasse a realizar suas atividades — consideradas, afinal, estratégicas para a prosperidade da nação.

Embora esse modelo público-privado tenha sido o arquétipo a que se moldaram as demais companhias do período, as transformações ocorridas no ocidente entre os séculos XVIII e XIX modificaram profundamente as funções socioeconômicas desempenhadas pelas sociedades anônimas e, conseqüentemente, o modo como elas se organizavam juridicamente. A intensificação do desenvolvimento capitalista, as conseqüências das revoluções burguesa e industrial, a formação do Estado moderno e a hegemonia da doutrina econômica liberal deram origem ao regime de liberdade plena que distingue as companhias contemporâneas, agora caracterizadas por sua natureza essencialmente empresarial e privada — independentes, portanto, da autorização ou da participação financeira do Estado para o seu funcionamento. Como explica Ascarelli:²

Triunfam, na metade do século XIX, em matéria de sociedade anônima, os princípios do liberalismo econômico.

A sociedade anônima [...] supera a necessidade de autorização governamental para cada caso; passa a poder ser constituída, em princípio, com a observância de determinadas normas legais e de publicidade,

¹ Nesse sentido, por exemplo: MARTINS FERREIRA, Waldemar. *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 34; ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 313; LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 41; ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165; BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301; NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 423; TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 2.

² Tullio Ascarelli, *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*, op. cit., p. 318.

independentemente de um controle de mérito pelas autoridades publicadas em cada constituição. [...]

Com a liberdade de sua constituição, é natural que as sociedades anônimas se multiplicassem constituindo o instrumento típico da grande empresa com ações distribuídas entre o público, qual se foi espalhando em consequência da revolução industrial, e sendo também frequentes como instrumento da média empresa e, às vezes, se bem que a princípio timidamente, da transformação de um negócio individual em negócio familiar ou social. De instrumento jurídico excepcional, a sociedade anônima passou a constituir uma forma jurídica normal da empresa econômica, e a sua adoção se espalhou *pari passu* com a industrialização dos vários países.

Desse modo, a despeito do mito fundador de síntese entre interesses públicos e privados, o fato é que na economia contemporânea as sociedades anônimas são, primordialmente, organizações de caráter privado: segundo Bruscato,³ sua substância (e a relevância de sua função econômica) se encontra no fato de permitirem a realização de grandes empreendimentos, que exigem recursos vultosos, graças à técnica de pulverização do seu capital em pequenas partes, o que facilita a captação de recursos junto ao mercado investidor e reduz os riscos do investimento. E é esse o modelo que a Lei nº 6.404/1976 tem em mente ao regular as sociedades por ações, definindo-as como aquelas cujo capital é dividido em ações que limitam a responsabilidade dos sócios, e atribuindo-lhes como objeto qualquer empresa de finalidade lucrativa:

Art. 1º [Lei nº 6.404/1976] A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Art. 2º [Lei nº 6.404/1976] Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

Ainda assim, apesar da natureza eminentemente privada das sociedades anônimas contemporâneas, há ocasiões em que o Estado se vê obrigado

³ Wilges Bruscato, *Manual de direito empresarial brasileiro*, p. 297.

a utilizar-se dessa estrutura societária para a consecução de objetivos de interesse público. Isso ocorre naquelas hipóteses excepcionais em que a Constituição autoriza a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), mas o próprio Estado não se vê em condições econômicas de levá-la a cabo integralmente com recursos públicos. Nessas ocasiões é obrigado a combinar seus esforços com os esforços dos particulares, e por expressa determinação legal a atividade econômica decorrente dessa combinação deverá se organizar como *sociedade de economia mista*, nos termos do Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 173. [Constituição da República] Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 5º [Decreto-Lei nº 200/1967] Para os fins desta lei, considera-se:

I — Autarquia — o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III — Sociedade de Economia Mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

IV — Fundação Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia

administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Como se infere da leitura do texto normativo, é a opção pela captação de recursos privados que impõe a adoção da forma de sociedade anônima, não obrigatória quando o Estado decide atuar exclusivamente com capital público sob a forma legal da empresa pública. A decisão do legislador é compreensível: a presença de capital privado em organização controlada pelo Estado deve sujeitar seus administradores não só às prescrições gerais aplicáveis a toda a administração pública, mas também às normas previstas para a proteção dos acionistas minoritários e do mercado acionário; e a legislação reguladora das sociedades anônimas é a que confere a mais ampla proteção a todos os envolvidos nesse tipo de relação, como explicam os próprios autores da Lei nº 6.404/1976:⁴

Com efeito, ao buscar a forma anônima para o empreendimento que promove, o Estado visa a assegurar ao particular, aos quais oferece associação, os mesmos direitos e garantias de que fruem os acionistas das demais companhias sem prejuízo das disposições especiais da lei federal.

Com isso a sociedade de economia mista se caracteriza como entidade *híbrida*, a meio caminho entre o público e o privado. Essa natureza anfótera pode gerar algumas dificuldades, decorrentes principalmente da necessidade de compatibilização do regime de restrições típicas do direito privado com a discricionariedade do administrador na realização do interesse público, aliadas à incontornabilidade da forma societária obrigatória na formalização das suas relações com os investidores. Arquitetados para regular as relações econômicas entre investidores privados, nem sempre os ditames previstos na Lei das S.A. são adequados às especificidades da administração pública; por outro lado, também as restrições de ordem pública à organização das sociedades de economia mista podem representar óbice ao eficiente desenvolvimento de suas atividades empresariais.

⁴ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, op. cit., p. 244.

Este estudo pretende examinar, levando em consideração a legislação aplicável e a realidade prática de funcionamento das sociedades de economia mista, de uma perspectiva dogmática, apenas uma das complexas dificuldades geradas por esse regime híbrido, a saber: como conciliar o controle de *holding* sociedade de economia mista sobre seu grupo econômico com as regras relativas aos impedimentos para a eleição de conselheiros fiscais do mesmo grupo em sociedades anônimas?

A análise do problema exige alguns esclarecimentos.

2. O regime da Lei das S.A. para o conselho fiscal da sociedade de economia mista

Como vimos no capítulo anterior, o legislador decidiu limitar a liberdade de organização do ente da administração pública que se dedica à exploração de atividade econômica concedendo-lhe somente duas alternativas: constituir-se com base em capital exclusivamente público, caracterizando-se como empresa pública com ampla liberdade para assumir qualquer forma societária; ou constituir-se com a participação minoritária de capital privado, caracterizando-se como sociedade de economia mista obrigatoriamente organizada sob a forma de sociedade anônima.

Ao optar pela inclusão de investidores privados como partícipes de sua atividade econômica, a administração fica então submetida a toda a legislação aplicável às sociedades anônimas e aos princípios fundamentais que orientam esse sistema normativo: a proteção dos acionistas minoritários, a responsabilização do acionista controlador e a defesa dos interesses de todos os *stakeholders* — acionistas, empregados e comunidade.⁵ E um dos principais instrumentos voltados à materialização destes princípios é o conselho fiscal: órgão societário responsável por fiscalizar os atos da administração e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários, como prescreve o art. 163 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 163. [Lei nº 6.404/1976] Compete ao conselho fiscal:

I — fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários;

⁵ José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, op. cit., p. 163.

II — opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia geral;

III — opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão;

IV — denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia;

V — convocar a assembleia geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias;

VI — analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia;

VII — examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar;

VIII — exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam.

Trata-se, em suma, de órgão responsável por examinar a regularidade administrativa e contábil da sociedade, atuando como instrumento do direito de fiscalização pelos acionistas, de modo a permitir que obtenham todas as informações necessárias ao exercício do seu direito de voto nas assembleias gerais. Segundo Tavares Borba,⁶ compete-lhe acompanhar a atuação da empresa verificando a regularidade dos negócios realizados, opinando sobre o relatório anual e as demonstrações financeiras e, especialmente, sobre propostas de modificação do capital, emissão de debêntures, planos de investimento, orçamentos de capital, distribuição de dividendos,

⁶ Ibid., p. 441.

transformação, incorporação, fusão e cisão. Mas, como esclarece Eizirik,⁷ a lei não lhe atribuiu competência para interferir na orientação geral ou na gestão ordinária dos negócios da companhia, conduzidas pelo conselho de administração e pela diretoria executiva, devendo a atuação do conselho fiscal se concentrar na verificação do atendimento dos deveres legais e estatutários pelos administradores.

A atuação do conselho fiscal é tão importante para o desempenho das atividades das sociedades anônimas que a Lei das S.A. chega a ser detalhista na fixação dos requisitos mínimos necessários à eleição de conselheiros pelos acionistas, exigindo que apenas sejam eleitas para a função pessoas naturais residentes no Brasil, com curso de nível superior ou experiência mínima de três anos como administrador de empresa ou conselheiro fiscal, e condicionando à autorização judicial a possibilidade de dispensa de tais requisitos nas localidades em que não houver pessoas habilitadas.

Art. 162. [Lei nº 6.404/1976] Somente podem ser eleitos para o conselho fiscal pessoas naturais, residentes no País, diplomadas em curso de nível universitário, ou que tenham exercido por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de administrador de empresa ou de conselheiro fiscal.

§1º Nas localidades em que não houver pessoas habilitadas, em número suficiente, para o exercício da função, caberá ao juiz dispensar a companhia da satisfação dos requisitos estabelecidos neste artigo.

§2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

§3º A remuneração dos membros do conselho fiscal, além do reembolso, obrigatório, das despesas de locomoção e estada necessárias ao desempenho da função, será fixada pela assembleia geral que os eleger, e não poderá ser inferior, para cada membro em exercício, a dez por cento da que, em média, for atribuída a cada diretor, não computados benefícios, verbas de representação e participação nos lucros.

⁷ EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 113.

Além disso, adota expressivas providências indutoras da autonomia dos conselheiros no exercício de suas funções fiscalizadoras, fixando-lhes uma remuneração mínima equivalente a 10% da média atribuída aos diretores e estabelecendo os impedimentos previstos no §2º, que proíbe a eleição para o conselho fiscal de membros de órgãos de administração ou empregados da companhia ou de sociedade do mesmo grupo, além de cônjuge ou parente de administrador da companhia. O sistema de proteção de interesses é completado pela atribuição, aos acionistas preferenciais e minoritários, do direito de eleger até dois conselheiros, nos termos do art. 161, §4º, *a*:

Art. 161. [Lei nº 6.404/1976] [*Omissis*]

[...]

§4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas:

- a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto;
- b) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.

Como se vê, o conselho fiscal é um importante órgão de fiscalização dos atos dos administradores e de proteção dos interesses dos *stakeholders* da companhia: legalmente assegurada sua independência em relação à diretoria e ao conselho de administração, sua existência contribui para o melhor desempenho da organização, garantindo a implementação de uma política ativa de governança direcionada especialmente para a transparência e o controle dos atos internos da corporação. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa é enfático ao descrever o relevante papel profilático desempenhado pelo órgão na preservação da saúde econômica, financeira e societária das sociedades anônimas, apontando diversos benefícios decorrentes de sua existência:⁸

⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC.) *Cadernos de governança corporativa 1 – guia de orientação para o Conselho Fiscal*. São Paulo: IBGC, 2012. p. 9.

- É órgão independente da administração, em decorrência da lei;
- É uma instância de conforto para os administradores;
- Contribui para o valor da empresa por meio:
 - do monitoramento dos processos de gestão dos riscos;
 - da criação de condições mais propícias à redução do custo de capital da empresa.
- Pode ser a única instância de defesa, no âmbito da sociedade, à disposição dos acionistas, especialmente nas situações em que o conselho de administração não esteja instituído;
- Pode dedicar-se, com maior profundidade, ao exame de detalhes de matérias de interesse da sociedade.

Não obstante sua importância, o conselho fiscal é órgão de funcionamento apenas facultativo nas sociedades anônimas. Embora sua *existência* seja obrigatória (o que significa dizer que o órgão deve ser considerado existente mesmo quando não tenha sido previsto no estatuto da sociedade), sua *atuação fiscalizatória* é facultativa, e depende de decisão dos acionistas a ser tomada em assembleia geral, seja por disposição estatutária, seja por requerimento formulado nos termos do art. 161, §2º, da Lei das S.A.:

Art. 161. [Lei nº 6.404/1976] A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas.

§1º O conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral.

§2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembleia geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembleia geral ordinária após a sua instalação.

§3º O pedido de funcionamento do conselho fiscal, ainda que a matéria não conste do anúncio de convocação, poderá ser formulado em qualquer assembleia geral, que elegerá os seus membros.

A regra privilegia as liberdades de organização econômica e de iniciativa, insculpidas nos artigos 5º e 170 da Constituição, ao mesmo tempo que assegura a possibilidade de iniciativa dos acionistas minoritários para

a proteção dos seus próprios interesses: caso sejam capazes de formar um grupo representativo de no mínimo 10% das ações ordinárias, ou 5% das ações preferenciais, poderão instalar o conselho fiscal para desempenhar suas atividades durante aquele exercício social, até a formação da assembleia geral ordinária seguinte.

Mas a liberdade concedida às companhias privadas não é igualmente outorgada à sua formatação pública. Atento à utilidade do órgão para a proteção dos interesses dos acionistas minoritários, e certamente considerando-o também um poderoso instrumento para a realização do interesse público, o legislador decidiu instituir o conselho fiscal como órgão de funcionamento permanente nas sociedades de economia mista. Além disso, também regulou a sua composição, determinando que dois de seus membros e suplentes sejam eleitos pelas ações ordinárias minoritárias e pelas ações preferenciais, se houver.

Art. 240. [Lei nº 6.404/1976] O funcionamento do conselho fiscal será permanente nas companhias de economia mista; um dos seus membros, e respectivo suplente, será eleito pelas ações ordinárias minoritárias e outro pelas ações preferenciais, se houver.

A prescrição é razoável e legítima: se há tantos benefícios decorrentes da atuação do conselho fiscal para o funcionamento das sociedades anônimas, é apenas prudente que o legislador imponha seu funcionamento obrigatório nas sociedades de economia mista, em atendimento ao objetivo constitucional de preservar o “relevante interesse coletivo” (art. 173) que justifica sua própria existência, e conferindo materialidade e concreção aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37), graças à sua ação fiscalizatória dos órgãos de administração das companhias públicas. Além disso, o natural conflito de interesses existente entre o acionista público, que busca realizar o interesse público, e o acionista privado, que persegue o lucro, também justifica a necessidade de um órgão permanente de fiscalização dos seus administradores, como medida de proteção dos interesses dos acionistas minoritários (privados) e amortecimento dos conflitos ocasionais que podem ocorrer entre eles. Novamente explicam os redatores da lei:⁹

⁹ A preocupação também é explicitada na Exposição de Motivos nº 196/1976, subscrita pelo então ministro da Fazenda Mário Henrique Simonsen: “na sociedade mista, dada a existência,

Na sociedade mista, dada a existência, por definição, de grupos de acionistas com interesses distintos, quais sejam o Estado, que busca o interesse público, e o investidor particular, que visa o lucro, a administração deverá compreender sempre o órgão colegiado (art. 240), justificando-se ainda o funcionamento permanente do Conselho Fiscal.¹⁰

Conclui-se, então, que nas sociedades de economia mista o legislador optou por limitar a deferência aos princípios constitucionais da liberdade de organização e da livre-iniciativa, prestigiando a salvaguarda do interesse público e dos interesses do acionista privado em face de eventuais abusos que podem vir a ser cometidos pelos seus administradores. Essa opção se materializou no dever de funcionamento obrigatório dos conselhos fiscais dessas companhias, independentemente de manifestação expressa de seus acionistas em assembleia ou no estatuto.

3. O regime da Lei das S.A. para o conselho fiscal da subsidiária integral de sociedade de economia mista

Qualquer sociedade empresarial tem a possibilidade de optar por desdobrar sua organização, constituindo novas sociedades para o desempenho de atividades econômicas específicas. Esse procedimento pode se materializar de várias formas: pela participação minoritária, mas com influência significativa, em outra sociedade voltada ao desempenho dessas atividades (*sociedade coligada*); pela participação majoritária, com poder de controle, em outra sociedade voltada ao desempenho dessas atividades (*sociedade controlada*); ou pela constituição de nova sociedade que tenha a sociedade original como seu único acionista, e seja voltada ao desempenho dessas atividades (*subsidiária integral*).

As três alternativas foram expressamente previstas pela Lei das S.A., que lhes atribuiu tratamento jurídico distinto conforme os interesses a serem

por definição, de grupos de acionistas com interesses distintos, quais sejam, o Estado, que busca o interesse público, e o investidor particular, que visa o lucro, a administração deverá compreender sempre o órgão colegiado (art. 240), justificando-se ainda o funcionamento permanente do Conselho Fiscal" (Capítulo XIII).

¹⁰ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, op. cit., p. 245.

protegidos: para as *sociedades coligadas* proibiu o favorecimento recíproco, determinando aos seus administradores que zelem para que as operações realizadas entre elas observem condições estritamente comutativas; para as *sociedades controladas*, além disso, proibiu também o exercício abusivo do poder de controle, responsabilizando as controladoras por perdas e danos causados aos demais acionistas; e para as *subsidiárias integrais* prescreveu que devem se constituir como sociedades anônimas, e só podem ter como acionistas sociedades brasileiras. Para todas elas, é vedada a participação recíproca, que consubstanciaria a formação de sociedades com capital fictício:

Art. 243. [Lei nº 6.404/1976] O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§1º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa.

§2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

§3º A companhia aberta divulgará as informações adicionais, sobre coligadas e controladas, que forem exigidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§4º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§5º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.

Art. 244. [Lei nº 6.404/1976] É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

Art. 251. [Lei nº 6.404/1976] A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira.

§1º A sociedade que subscrever em bens o capital de subsidiária integral deverá aprovar o laudo de avaliação de que trata o artigo 8º, respondendo nos termos do §6º do artigo 8º e do artigo 10 e seu parágrafo único.

§2º A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações, ou nos termos do artigo 252.

Para as finalidades deste estudo, interessam sobretudo as subsidiárias integrais, já que nas outras modalidades não há muito a se discutir quanto às restrições incidentes na eleição dos conselheiros fiscais.

O próprio conceito de subsidiária integral pode gerar estranheza a alguém pouco familiarizado com o tema. Embora a noção de sociedade unipessoal seja facilmente apreendida como instrumento de limitação da responsabilidade do empreendedor, não é imediata a compreensão dos motivos práticos pelos quais uma pessoa jurídica (que já teria a sua responsabilidade limitada) poderia ter interesse na constituição de nova sociedade unipessoal, especialmente diante da obrigatoriedade de que essa se constitua como sociedade anônima — o que implica, além dos custos administrativos adicionais, também uma série de custos relativos a auditorias externas, publicações legais, anuidades etc.

A opção por essa alternativa pode ser motivada por uma série de razões, de caráter financeiro, regulatório, tributário, ou mesmo simplesmente organizacional, que venham a tornar mais vantajosa a atribuição de atividades específicas a uma pessoa jurídica distinta, em vez de atribuí-las a um órgão específico do ente societário original. É pertinente recordar também que, apesar da forma obrigatória de sociedade anônima, vários dos institutos que regulam o tipo societário não serão aplicáveis às subsidiárias integrais, em razão da própria unipessoalidade; com isso, a prática administrativa das subsidiárias integrais tende a ser relativamente mais simples do que a das sociedades anônimas regulares, o que também contribui para tornar a opção vantajosa em determinadas circunstâncias.

Quanto ao conselho fiscal das subsidiárias integrais, que afinal é o objeto sobre o qual se debruça este artigo, permanece válido o regime geral do art. 161 e seguintes, que permite seu funcionamento intermitente condicionado à deliberação dos acionistas — nesse caso, o único acionista controlador. Esse regime geral se aplica igualmente às subsidiárias integrais das sociedades de economia mista, sobre as quais não incide a regra especial de funcionamento permanente do artigo 240, graças à regra de exceção prevista no parágrafo segundo do artigo 235:

Art. 235. [Lei nº 6.404/1976] As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

Como explica Carvalhosa,¹¹ o citado parágrafo 2º excluiu da qualificação de sociedade de economia mista e do conseqüente regime legal público todas as companhias não criadas por lei, mesmo que sejam controladas por sociedades de economia mista. A elas se aplica somente o direito privado, e o próprio interesse público deve se sujeitar à finalidade lucrativa da empresa privada. Assim, as subsidiárias não necessitam da estrutura estatutária típica das sociedades de economia mista, o que significa que sua administração pode ser unitária, sem necessidade de instituição de conselho de administração, e que seu conselho fiscal pode não ser colocado em funcionamento, tendo sua instauração condicionada à deliberação dos acionistas nesse sentido.

Além disso, também se lhes aplica o regime específico das filiadas previsto no art. 277 da Lei das S.A., que assegura ao conselho fiscal de companhia filiada a grupo, além da possibilidade de ser instaurado a pedido de acionistas controladores que representem apenas 5% (em vez de 10%) das ações ordinárias (irrelevante para o caso específico das subsidiárias integrais), também a prerrogativa de solicitar aos órgãos de administração da sociedade de comando ou de outras filiadas todas as informações que julgar relevantes ao desempenho de suas atividades:

Art. 277. [Lei nº 6.404/1976] O funcionamento do Conselho Fiscal da companhia filiada a grupo, quando não for permanente, poderá ser pedido por acionistas não controladores que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) das ações ordinárias, ou das ações preferenciais sem direito de voto.

¹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 434.

§1º Na constituição do Conselho Fiscal da filiada serão observadas as seguintes normas:

- a) os acionistas não controladores votarão em separado, cabendo às ações com direito a voto o direito de eleger 1 (um) membro e respectivo suplente e às ações sem direito a voto, ou com voto restrito, o de eleger outro;
- b) a sociedade de comando e as filiadas poderão eleger número de membros, e respectivos suplentes, igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.

§2º O Conselho Fiscal da sociedade filiada poderá solicitar aos órgãos de administração da sociedade de comando, ou de outras filiadas, os esclarecimentos ou informações que julgar necessários para fiscalizar a observância da convenção do grupo.

Em suma: no regime da Lei das S.A., exceto pelas regras de fiscalização e pelo regime licitatório aplicável às entidades da administração indireta, as subsidiárias de sociedades de economia mista se caracterizam como sociedades comuns para todos os efeitos societários; seu funcionamento e administração se subordinam integralmente às normas legais disciplinadoras das companhias privadas, de modo que também nelas deve ser considerada facultativa a atuação controladora do conselho fiscal, a depender de decisão dos acionistas em estatuto ou por assembleia geral de acionistas. Tomada, contudo, a decisão pela instauração do órgão, aplica-se ao conselho fiscal das subsidiárias de sociedades de economia mista o regime legal aplicável às companhias privadas em sua integralidade. Entre seus dispositivos se encontram também as regras de impedimentos para a eleição de conselheiros fiscais, inclusive a vedação à eleição de empregados de sociedade do mesmo grupo, nos termos do artigo 162, §2º, da Lei das S.A.:

Art. 162. [Lei nº 6.404/1976] [*Omissis*]

[...]

§2º Não podem ser eleitos para o conselho fiscal, além das pessoas enumeradas nos parágrafos do artigo 147, membros de órgãos de administração e empregados da companhia ou de sociedade controlada ou do mesmo grupo, e o cônjuge ou parente, até terceiro grau, de administrador da companhia.

Não há dúvida de que se trata de norma destinada à proteção dos acionistas minoritários, que assim veem assegurada a independência do órgão responsável por fiscalizar as atividades da companhia em relação aos seus administradores — que, afinal, são objeto de sua fiscalização. O impedimento à eleição de empregados de sociedade do mesmo grupo pretende subtrair os conselheiros fiscais a qualquer possibilidade de subordinação hierárquica à diretoria executiva da companhia, o que contribui para fortalecer sua autonomia no exercício de suas funções. É essa a interpretação dada à norma pela CVM no julgamento do processo administrativo sancionador CVM RJ 2007/3822 (diretor-relator Sérgio Weguelin), ao final do qual aplicou sanção de advertência à Telefônica Data do Brasil por ter eleito empregado para o conselho fiscal de sociedade que controlava. Independentemente do resultado do processo, é pertinente atentar à interpretação teleológica do dispositivo normativo, por meio da qual se lhe atribui a função de assegurar a autonomia do conselheiro fiscal como medida de proteção dos interesses do acionista minoritário.

A clara intenção da lei ao impedir que empregados de sociedades do mesmo grupo componham o conselho fiscal foi assegurar a independência das atividades do órgão, as quais, como a sua designação já indica, consistem basicamente em fiscalizar a administração da sociedade. Evidentemente, não pode haver fiscalização sem independência.

Compreensível, porém, que a proteção almejada pela regra perde seu sentido quando o “empregado do mesmo grupo” não integra filiada ou controlada da sociedade de cujo conselho participa, mas a própria sociedade controladora, que o designa como conselheiro para a fiscalização das atividades de sua controlada. Afinal, nessa hipótese, o conselheiro fiscal não estaria subordinado hierarquicamente à diretoria executiva da companhia, mas, pelo contrário, seria ele próprio hierarquicamente superior aos seus administradores, eis que mandatário justamente do acionista por cujos interesses o conselho fiscal deve zelar.

Ainda que se pudesse alegar o risco de prejuízo aos interesses de acionistas minoritários, decorrente de alguma espécie de entendimento entre os conselheiros e os administradores integrantes do mesmo grupo econômico, parece autoevidente que tais riscos seriam completamente inexistentes quando se tratasse de subsidiária integral, pois nessa hipótese sequer haveria

quaisquer interesses minoritários a serem protegidos. Nessas situações, os interesses da companhia se confundem com os interesses de seu único acionista, e o conselho fiscal deixa de estar vinculado à proteção dos interesses dos acionistas minoritários para se tornar importante instrumento de inspeção das atividades da subsidiária integral e das decisões de seus administradores pelo único acionista.

Destarte, sendo a *ratio legis* dos impedimentos unicamente a proteção dos interesses dos acionistas minoritários, é inevitável a conclusão de sua inaplicabilidade aos conselhos fiscais de subsidiárias integrais de sociedades anônimas, não havendo qualquer razão de ordem material para que deixem de ser escolhidos entre os empregados do acionista controlador. Como é manifesto, a sociedade unipessoal conta com um único sócio que a controla, não havendo interesses concorrentes na persecução do seu objeto social. Desse modo, perdem qualquer relevância todas as normas que regulam os conflitos entre acionistas e asseguram o equilíbrio entre seus interesses, inclusive aquelas destinadas à proteção dos acionistas minoritários. Nas palavras de Tavares Borba:¹² “As normas destinadas à proteção dos minoritários perdem a sua razão de ser, eis que estes inexistem. Os atos da diretoria que dependem de aprovação da assembleia geral ficarão na dependência de mera manifestação do titular exclusivo das ações”.

Assim, nas subsidiárias integrais, as regras de impedimento previstas no art. 162, §2º, se tornam completamente irrelevantes, pois não há qualquer bem jurídico a ser protegido por elas — simplesmente pelo motivo de que não existe acionista minoritário a ter seus interesses violados pela administração da subsidiária. Pelo contrário, o único interessado em fiscalizar a atuação dos seus administradores e verificar a regularidade dos negócios realizados é o próprio acionista controlador, único investidor da companhia.

Em uma situação como essa, proibir que empregados do acionista controlador componham o conselho fiscal da sociedade é não só desnecessário, mas prejudicial aos interesses do acionista, que desse modo deixará de poder contar com um importante instrumento à sua disposição para fiscalizar a atividade da companhia. A vedação violaria a própria finalidade para a qual a norma foi criada, o que torna a interpretação inadmissível e incompatível com a racionalidade do sistema jurídico aplicável às sociedades anônimas. Não bastasse, viola prescrição da própria Lei das S.A., que determina que os

¹² José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, op. cit., p. 541.

administradores das sociedades filiadas devem observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo, além de permitir expressamente a subordinação dos interesses de uma sociedade do grupo aos de outra, desde que respeitada a convenção do grupo.

Art. 273. [Lei nº 6.404/1976] Aos administradores das sociedades filiadas, sem prejuízo de suas atribuições, poderes e responsabilidades, de acordo com os respectivos estatutos ou contratos sociais, compete observar a orientação geral estabelecida e as instruções expedidas pelos administradores do grupo que não importem violação da lei ou da convenção do grupo.

Art. 276. [Lei nº 6.404/1976] A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo.

Ora, se a lei permite expressamente a subordinação dos interesses de uma sociedade do grupo aos interesses de outra sociedade integrante do mesmo grupo, mesmo contra a vontade dos seus sócios minoritários, parece lógico que a permissão se torna incondicional quando se trata de relação de subsidiária integral com sua *holding*, já que nessa situação sequer há sócio minoritário a ter seus interesses considerados. Desse modo, sequer seria necessária a formalização de convenção do grupo, eis que, por sua própria natureza, os interesses da subsidiária integral estariam subordinados aos interesses da sociedade dirigente do grupo empresarial que a instituiu. A situação também é compreendida dessa forma pelo grande jurista português Engrácia Antunes,¹³ cujo raciocínio é inteiramente aplicável à situação sob análise, ainda que se referisse aos ordenamentos jurídicos português e alemão:

A respeito deste último gênero de limitações, talvez seja pertinente informar que, em outras ordens jurídicas congêneres da nossa, o poder de direção detido pela sociedade totalmente dominante é concebido como um poder tendencialmente ilimitado, que não conhece qualquer

¹³ ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 894.

restrição ou fronteira, nem no interesse do grupo, nem na autonomia patrimonial da sociedade totalmente dominada: na realidade, não existindo quaisquer sócios minoritários, e encontrando-se os credores sociais suficientemente protegidos pela responsabilidade ilimitada da sociedade totalmente dominante por dívidas e perdas sociais, considera-se não existir nenhuma razão que possa impor ou até justificar uma limitação do seu poder de direção, sendo assim de admitir que esta possa emitir à sociedade totalmente dominada instruções prejudiciais que, todavia, não sejam justificadas pelo interesse da sociedade dominante ou de outra sociedade do grupo, bem assim como instruções que visem a transferência ou circulação intragrupo de bens patrimoniais. Muito embora concordando com o essencial das premissas desta corrente doutrinal, julgamos que só em parte são de aceitar, entre nós, as respectivas conclusões. Assim, e por um lado, pensamos que o *interesse do grupo* terá forçosamente de continuar a funcionar também aqui como uma condição da licitude das instruções prejudiciais emitidas pela cúpula grupal, continuando assim a ser exigível que a desvantagem ocasionada pela instrução à sociedade totalmente dominada possa encontrar alguma correspondência ou contrapartida numa vantagem originada para a sociedade totalmente dominante, para outra sociedade do grupo, ou para a unidade plurissocietária no seu todo.

Se é assim na eleição de conselheiros fiscais em subsidiárias integrais de companhias privadas, tais impedimentos tornam-se ainda mais irrazoáveis quando se trata de subsidiárias integrais de sociedades de economia mista, que afinal estão afetadas à consecução de um interesse público. Nessas hipóteses, proibir que empregados da sociedade de economia mista controladora atuem como conselheiros fiscais em suas subsidiárias integrais é impedir que agentes públicos qualificados e legalmente habilitados exerçam adequadamente as funções em que foram investidos quando de sua posse no emprego público, subtraindo à administração um importante instrumento de controle de suas próprias atividades e, conseqüentemente, de realização do interesse público.

E a situação se torna mais grave quando se leva em consideração a alternativa — não teórica, mas empírica: vedado o exercício das funções fiscalizadoras por empregados da sociedade de economia mista controladora, é inevitável que os cargos de conselheiros fiscais dessas companhias acabem se tornando moeda de troca política, cabides vagos a serem ocupados por

apoiadores da coalizão provisoriamente no governo, na maioria das vezes sem a experiência e as qualificações necessárias ao exercício da função. Se mesmo nas companhias privadas a eleição de conselheiros fiscais costuma não atender a critérios de profissionalização e experiência, tornando-se mera distribuição de sinecuras, o que podemos esperar das companhias públicas, tão sujeitas ao clientelismo que impregna a esfera pública brasileira? Sérgio Marques Cruz aponta com precisão o problema (embora se refira especificamente às companhias privadas):¹⁴

Ora, basta considerar o leque extenso de cursos de nível universitário existentes no Brasil, para se chegar à conclusão de que a exigência legal [de qualificação funcional para os componentes do Conselho Fiscal] pode ser tranquilamente satisfeita com o preenchimento dos lugares dos Conselhos Fiscais com médicos, veterinários, dentistas, psicólogos, bacharéis em filosofia e letras e outros, isto é, com pessoas cujo curso, embora superior, não lhes forneceu a mínima preparação específica para o exercício das funções em apreço.

Por outro lado, é sabido, pela experiência do passado, que, em numerosíssimos casos, os cargos de conselheiros fiscais e até, por vezes, de administradores, representavam autênticas sinecuras, exercidas meramente no papel por pessoas cujo único mérito seria nada fazerem — poderá sem dúvida aquilatar-se da total ineficácia da “habilitação” prevista pelo *caput* do art. 162.

Se é verdade que a dificuldade é mais política que jurídica, é verdade também que o direito não pode se abster de cumprir seu papel na adequada formatação de um sistema de controle e fiscalização que promova o bom funcionamento das companhias públicas. Incapaz de impedir completamente a eleição de conselheiros inaptos ao cumprimento de suas funções, pode ao menos facilitar a seleção de conselheiros aptos, incluindo no grupo dos elegíveis ao conselho fiscal da subsidiária integral o conjunto dos empregados públicos da sociedade de economia mista controladora. Adstritos por dever profissional ao trabalho de fiscalização das subsidiárias integrais

¹⁴ CRUZ, Sérgio Marques (atualiz. Fernando Passos). Conselho Fiscal. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Org.). *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 507.

e à defesa dos interesses do acionista, porque empregados da sociedade controladora; inquestionavelmente qualificados para o exercício da função, porque selecionados mediante concurso público; experientes e dedicados na realização do trabalho, porque o desempenham como atividade profissional principal; completamente independentes dos administradores da subsidiária, porque não estão subordinados ao seu comando hierárquico; e eles não se aplicam os motivos que justificam o impedimento à eleição de acionista do mesmo grupo. Afinal, tratando-se de subsidiária integral, atuam em um contexto em que sequer há acionista minoritário a ser prejudicado, além de os controles gerais continuarem a ser realizados normalmente pelo conselho fiscal da *holding*, inclusive com a participação dos acionistas minoritários da sociedade controladora. Desse modo, parece não haver prejuízos, mas somente benefícios decorrentes da interpretação teleológica-sistemática permissiva, única compatível com a racionalidade do regime jurídico aplicável à espécie.

4. As alterações da Nova Lei das Estatais

A razoabilidade dessas preocupações e a justeza desse raciocínio são confirmadas pela Nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), que o incorporou em seus dispositivos ao instituir novos requisitos à eleição de administradores e conselheiros fiscais. Essa e outras inovações são indicativas da importância atribuída pelo legislador ao controle eficiente da administração sobre as empresas estatais, para a salvaguarda do patrimônio público e a realização do interesse coletivo.

A mudança de maior destaque, nesse sentido, foi a criação de novas restrições à eleição dos administradores da companhia. Tais restrições estão previstas no artigo 17 da Lei nº 13.303/2016, que além de exigir experiência profissional mínima e formação acadêmica compatível com o cargo a ser ocupado, também obstaculiza o uso político das estatais, ao coibir a indicação de dirigentes políticos ao conselho de administração e à diretoria das companhias públicas:

Art. 17. [Lei nº 13.303/2016] [*Omissis*]

[...]

§2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

- I — de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;
- II — de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;
- III — de pessoa que exerça cargo em organização sindical;
- IV — de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;
- V — de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

Embora a regra não se aplique aos conselheiros fiscais, mas somente aos diretores e conselheiros de administração, demonstra a clara intenção do legislador de profissionalizar a administração das empresas públicas, com uma estratégia de contenção das práticas usuais de troca de favores e clientelismo.

Quanto aos conselheiros fiscais, apesar da ausência de restrições minuciosas como as previstas para os administradores, passam a ter sua eleição condicionada à análise prévia de um comitê estatutário criado exclusivamente para verificar a conformidade do processo de seleção, assim como sua adequação à política de indicação de conselheiros. Embora o dispositivo não ordene explicitamente, compreende-se que essa política de indicação deve ser prevista de modo transparente no Código de Conduta e Integridade da companhia:

Art. 9º [Lei nº 13.303/2016] [*Omissis*]

[...]

§1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

- I — 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;
- II — instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;
- III — canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;
- IV — mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;
- V — sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;
- VI — previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

Art. 10. [Lei nº 13.303/2016] A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão criar comitê estatutário para verificar a conformidade do processo de indicação e de avaliação de membros para o Conselho de Administração e para o Conselho Fiscal, com competência para auxiliar o acionista controlador na indicação desses membros.

Parágrafo único. Devem ser divulgadas as atas das reuniões do comitê estatutário referido no caput realizadas com o fim de verificar o cumprimento, pelos membros indicados, dos requisitos definidos na política de indicação, devendo ser registradas as eventuais manifestações divergentes de conselheiros.

De resto, aplicam-se aos membros do conselho fiscal os mesmos requisitos e impedimentos previstos no artigo 162 da Lei das S.A., com pequenas, mas importantes modificações: em primeiro lugar, não basta mais somente o curso de nível universitário, exigindo-se também que a formação acadêmica dos conselheiros seja “compatível com o exercício da função”; além disso, o antigo requisito de três anos de exercício de cargo de administração deixa de ser

alternativo, como era na Lei das S.A., para se tornar cumulativo, exigindo-se que o conselheiro possua simultaneamente a formação acadêmica e a experiência profissional — não mais apenas um ou outro. Mas a alteração mais importante é aquela prevista no §2º do artigo 26, que passa a exigir que pelo menos um membro do conselho fiscal seja “servidor público com vínculo permanente com a administração pública”, a ser indicado pelo “ente controlador”:

Art. 26. [Lei nº 13.303/2016] Além das normas previstas nesta Lei, aplicam-se aos membros do Conselho Fiscal da empresa pública e da sociedade de economia mista as disposições previstas na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, relativas a seus poderes, deveres e responsabilidades, a requisitos e impedimentos para investidura e a remuneração, além de outras disposições estabelecidas na referida Lei.

§1º Podem ser membros do Conselho Fiscal pessoas naturais, residentes no País, com formação acadêmica compatível com o exercício da função e que tenham exercido, por prazo mínimo de 3 (três) anos, cargo de direção ou assessoramento na administração pública ou cargo de conselheiro fiscal ou administrador em empresa.

§2º O Conselho Fiscal contará com pelo menos 1 (um) membro indicado pelo ente controlador, que deverá ser servidor público com vínculo permanente com a administração pública.

O texto do parágrafo 2º demanda interpretação atenta. Não há dúvida de que se trata de norma criada para regular as estatais “de primeiro grau”, ou seja, aquelas empresas públicas e sociedades de economia mista cujo acionista controlador é diretamente a administração pública da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Sua finalidade manifesta é assegurar a qualidade da inspeção da administração pública sobre as empresas estatais, garantindo a presença, no mais importante órgão fiscalizador das companhias sob seu controle, de ao menos um profissional com perfil técnico que a represente — daí a exigência de que se trate de “servidor público com vínculo permanente com a administração pública”. Com essa exigência a lei pretende fortalecer o trabalho de acompanhamento realizado pelo conselho fiscal, preservando sua integridade de dois tipos de influências que, com ou sem razão, o legislador considerou nefastas à exploração de atividade econômica pelo Estado: a influência de interesses políticos, proveniente de dirigentes

partidários e servidores em cargos de comissão; e a influência de interesses privados, proveniente de particulares sem vínculo com a administração e sem compromisso profissional com o interesse público.

No entanto, se é clara a aplicabilidade da regra às estatais de primeiro grau, tampouco pode haver dúvida quanto à aplicabilidade integral da Lei nº 13.303/2016 também às subsidiárias das sociedades de economia mista, que decorre de expressa prescrição inserta já no primeiro artigo da lei, como segue:

Art. 1º [Lei nº 13.303/2016] Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

A regra faz com que as subsidiárias das sociedades de economia mista percam a natureza societária eminentemente privada que lhes havia sido atribuída pelo artigo 235, §2º da Lei das S.A., e passem a também estar sujeitas a todo o conjunto de obrigações societárias de caráter público previstas na Lei das Estatais — como os requisitos de transparência previstos no artigo 8º,¹⁵ as práticas de gestão de riscos e controle interno previstas no artigo 9º,¹⁶ e a função de proteção do interesse coletivo ou da segurança nacional definidos no artigo 27.¹⁷ Se é assim, inelutável a conclusão de que também se submetem às prescrições relativas à composição dos seus conselhos fiscais, o que significa

¹⁵ Elaboração de carta anual com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas da companhia, adequação do estatuto social, divulgação tempestiva e atualizada de informações, política de divulgação de informações, política de distribuição de dividendos, divulgação dos dados das atividades relacionadas com a consecução do interesse público, política de transações com partes relacionadas, carta anual de governança corporativa, relatório integrado ou de sustentabilidade, alinhamento com o interesse público etc.

¹⁶ Divulgação de Código de Conduta e Integridade, obrigações relativas à gestão de riscos e à auditoria etc.

¹⁷ Relacionados com o bem-estar econômico, com a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela companhia, com a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores e com o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para a produção e oferta de produtos e serviços.

que também nos conselhos fiscais das subsidiárias integrais das sociedades de economia mista deve haver pelo menos um membro indicado pelo seu ente controlador, que deve ser servidor público com vínculo permanente com a administração pública.

É claro que, tratando-se de subsidiária de sociedade de economia mista, os termos da lei devem receber conteúdo correspondente à realidade dos fatos. Uma exegese meramente gramatical não seria capaz de realizar os objetivos da norma, que depende, portanto, de uma interpretação sistemática e teleológica de seu conteúdo para se adaptar às peculiaridades da situação específica. Dessa forma, quando tratamos das subsidiárias de sociedades de economia mista, a expressão “ente controlador” não pode mais se referir ao “ente público” ou “federativo” (União, estados, Distrito Federal e municípios), porque não é ele o seu controlador, e sim a *sociedade de economia mista* que detém seu capital de forma exclusiva (como subsidiária integral) ou majoritária (como controlada). Além disso, a expressão “servidor público” deve ser interpretada em sentido amplo para abranger os *empregados públicos da sociedade de economia mista*, que afinal de contas também mantêm vínculo permanente com a administração pública, formado a partir do momento em que são selecionados por concurso público e contratados. Após tais ajustes, conclui-se que a norma prescreve que *o conselho fiscal das subsidiárias integrais de sociedades de economia mista deve contar com pelo menos um membro indicado pelo acionista controlador, que deverá ser empregado público com vínculo permanente com a sociedade de economia mista*.

A conclusão pode sugerir antinomia *intra legem*, diante da prescrição aparentemente contrária prevista no *caput* do mesmo dispositivo (art. 26 da Lei nº 13.303/2016), que determina que se aplicam aos membros do conselho fiscal da sociedade de economia mista todas as disposições previstas na Lei nº 6.404/1976 relativas aos impedimentos para investidura — entre as quais se inclui a vedação à eleição para o conselho fiscal de empregado de sociedade do mesmo grupo (art. 162, §2º, da Lei nº 6.404/1976). Trata-se, porém, de antinomia aparente, pois a interpretação sistemática e teleológica da racionalidade e da finalidade do próprio dispositivo da Lei das S.A. já conduzia à mesma conclusão¹⁸ e, se não bastasse, mesmo que existisse, a antinomia seria resolvida pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): a norma geral vedando a eleição de conselheiros empregados do mesmo grupo seria parcialmente derogada pela norma especial que prescreve

¹⁸ Ver *supra*, item 3.

a eleição de empregados da sociedade de economia mista controladora para o conselho fiscal de sua subsidiária ou controlada.

Desse modo se encerra o argumento, demonstrando-se a inaplicabilidade parcial dos impedimentos para a eleição de conselheiros fiscais empregados de sociedade do mesmo grupo em subsidiárias integrais de sociedades de economia mista, quando se tratar de empregado público vinculado à sociedade controladora da companhia em questão. A tese decorre de uma interpretação sistemática e teleológica da regulação aplicável aos conselhos fiscais de sociedades anônimas, em geral, e de sociedades de economia mista, em particular, tal como prevista na Lei das S.A. (Lei nº 6.404/1976) e na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).

5. Conclusão

O regime jurídico híbrido público-privado aplicável às sociedades de economia mista pode gerar diversas dificuldades no dia a dia de sua atuação prática. Os legisladores, técnicos e grupos de interesse envolvidos na redação dos textos legais que as regulam raramente estão atentos às suas peculiaridades, geralmente dirigindo seu olhar para o modelo privatista das companhias particulares, ou para o modelo publicista da administração direta e da empresa pública (estatal “pura”). Com isso, diversos dispositivos legais incidentes sobre a atividade da sociedade de economia mista não se ajustam com perfeição à sua realidade específica e dependem de uma hermenêutica jurídica capaz de ultrapassar a letra da lei para realizar adequadamente sua racionalidade e cumprir a finalidade para a qual foram criados.

O presente estudo propôs uma interpretação desse tipo para o artigo 162, §2º, da Lei nº 6.404/1976, e para o artigo 26, §2º, da Lei nº 13.303/2016, sugerindo a construção de um regime normativo mais compatível com a vontade do legislador, com a racionalidade do sistema normativo e com a realidade empírica de funcionamento das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias. Sustentou, então, que a vedação legal à eleição de empregados do mesmo grupo para o conselho fiscal de sociedades anônimas não se aplica às subsidiárias integrais de sociedades de economia mista, em primeiro lugar porque nesse modelo societário não há acionistas minoritários cujos interesses poderiam ser colocados em risco, e em segundo lugar porque não há risco à independência do conselho quando os seus membros são empregados da acionista controladora (e não de coligada, controlada ou subsidiária).

Além disso, enxergou na Nova Lei das Estatais uma confirmação do argumento apresentado, diante da preocupação do legislador em evitar a interferência política e privada nos conselhos fiscais das estatais, e da clara intenção de fortalecer o controle da administração sobre suas companhias. O fato de a lei não se referir expressamente ao caso específico das subsidiárias não é empecilho para essa interpretação, uma vez que seu art. 1º prevê explicitamente sua aplicação integral a elas, e que a boa interpretação jurídica recomenda que os dispositivos da lei sejam lidos sistematicamente, com atenção à realidade dos fatos sociais a serem submetidos à sua regulação, e de forma consentânea com os objetivos da intervenção estatal (legislativa e empresarial) na atividade econômica.

Esses argumentos sustentam a conclusão de que as subsidiárias integrais de sociedades de economia mista não só podem, como devem ter, entre os integrantes de seu conselho fiscal, ao menos um empregado público vinculado à sua acionista controladora, como medida de proteção do interesse público e de preservação dos interesses de seu único acionista em face dos órgãos de administração da companhia.

Referências

ALMEIDA, Amador Paes. *Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das Sociedades Anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1969.

BRUSCATO, Wilges. *Manual de direito empresarial brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do Conselho Fiscal das S/A: de acordo com a reforma da Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

____; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. *Sociedade Anônima*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CRUZ, Sérgio Marques (atualiz. Fernando Passos). Conselho Fiscal. In: VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins (Org.). *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

EIZIRIK, Nelson. *Reforma das S.A. e do mercado de capitais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. *Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Manual das companhias ou Sociedades Anônimas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). *Cadernos de governança corporativa 1 – guia de orientação para o Conselho Fiscal*. São Paulo: IBGC, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das Sociedades por Ações anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARTINS FERREIRA, Waldemar. *A sociedade de economia mista em seu aspecto contemporâneo*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

PARENTE, Norma Jonssen. Natureza jurídica da subsidiária da sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 131, p. 324-335, jan./mar. 1978.

STUBER, Walter Douglas. Natureza jurídica da subsidiária de sociedade de economia mista. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 150, p. 18-34, out./dez. 1981.

TÁCITO, Caio. Sociedade de economia mista – subsidiária – contratos (parecer). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 347-400, jul./set. 2000.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.