

O DEVER DE DILIGÊNCIA NAS EMPRESAS ESTATAIS

Fabício Pereira Contin¹
Núbia Elizabette de Paula²
Banca examinadora**

RESUMO: O objetivo do presente artigo é analisar o dever de diligência nas empresas estatais, tomando como parâmetro a análise da aquisição da refinaria de Pasadena (Texas – EUA) pela Petrobrás – empresa petrolífera de capital aberto, cujo acionista majoritário é o Governo do Brasil. Na feitura deste, utilizaremos dos conceitos e institutos trazidos pela Lei das Sociedades por Ações e dos princípios que regem a Administração Pública no Brasil - Art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade Anônima. Sociedade de Economia Mista. Dever de diligência. Abuso de Poder.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CVM	- Comissão de Valores Mobiliários
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
EUA	- Estados Unidos
EP	- Empresa Pública
S/A	- Sociedade Anônima
SEM	- Sociedade de Economia Mista

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Conceito e caracterização de uma Sociedade Anônima; 3 Conceito e caracterização de uma Sociedade de Economia Mista; 3.1 O Conselho de Administração e o dever de diligência; 4 O interesse público e a finalidade lucrativa; 5 Conflitos de interesse e o abuso de poder; 5.1 O caso Petrobrás; 5.2 Análise do caso; Considerações finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é promover uma breve análise da aquisição da refinaria de Pasadena (Texas – EUA) pela Empresa Brasileira de Petróleo S/A, que tem como acionista majoritário o Governo do Brasil.

Na consecução dos objetivos propostos serão trazidos os conceitos, características e formas de responsabilização das Sociedades Anônimas (S/A) e das Sociedades de Economia Mista (SEM), conforme impõe a Lei 6.404/1976. E, por tratar-se de uma forma de intervenção do Estado na economia, esta abordagem será norteada pelos princípios que regem a Administração Pública e a Ordem Econômica e Financeira trazidos pela Lei Maior.

Em virtude da importância do Conselho de Administração nas deliberações de tomada de decisões da Estatal (órgão deliberativo, fiscalizador e administrativo), em sua análise será elucidado o dever de diligência ao qual os administradores estão submetidos e os eventuais conflitos de interesse e abusos de poder.

Por se tratar de uma Sociedade de Economia Mista, resta maximizado o dever de diligência e o zelo pela transparência nas tomadas de decisões. As decisões do Conselho de Administração devem garantir a sobrevivência da instituição (busca do lucro) que, conforme demonstraremos, guarda coerência e compatibilidade com o interesse público – realização do objeto social da CIA.

A promoção da análise da compra da Refinaria pela Empresa Brasileira de Petróleo S/A será minudenciada no título Conflitos de Interesse e o Abuso de Poder. Ocasão na qual promoveremos um exame das omissões e violações do dever diligência do Conselho de Administração em relação à avaliação de documentos que não se

mostraram capazes de nortear o negócio no qual a Estatal se propunha a realizar – tudo à luz dos deveres de diligência e eficiência, aos quais estão subordinados os administradores públicos e privados.

2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DE UMA SOCIEDADE ANÔNIMA

A Lei Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades por Ações), define Sociedade Anônima como uma companhia ou sociedade cujo capital é dividido em ações e em que a responsabilidade dos sócios é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Nas sociedades anônimas, diversamente do que usualmente observamos nas sociedades limitadas, não é necessário o *affectio societatis* – manifestação de vontades dos sócios no sentido de constituir a sociedade. Assim, segundo Marçal Justen Filho (2013, p. 305):

Uma S/A é um instrumento capitalista para operação empresarial. Caracteriza-se como uma sociedade de capital, o que significa que o vínculo societário não se funda no affectio societatis – expressão que indica uma relação subjetiva de confiança que vincula em termos personalíssimos os sócios. (Grifo Nosso)

Deste modo, numa Sociedade Anônima, o sócio ou acionista responderá apenas pelos riscos do negócio (atividade exercida) nos limites do preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas – Art. 1º da Lei 6.404/1976.

Dentre as principais características de uma sociedade anônima, elencamos as seguintes³:

Divisão do capital em ações;

Preponderância dos capitais acumulados em relação aos membros da sociedade. A posse de ações é que faz valer a participação do acionista;

Emissão de ações condicionada à autorização da CVM (Comissão de Valores Mobiliários);

Responsabilidade dos sócios nos limites das ações adquiridas ou subscritas, e somente estas podem ser utilizadas como garantia financeira da companhia;

Estrutura organizacional: Assembleia Geral; Conselho de Administração; Diretoria e Conselho Fiscal;

Pode ser uma companhia aberta (valores mobiliários emitidos em negociação no mercado de valores mobiliários) ou fechada (não é admitida a negociação de valores mobiliários);

Ações são títulos circuláveis, que definem as características da participação do sócio. Estas podem ser das seguintes espécies: ordinárias, preferenciais ou de fruição;

Constitui pessoa jurídica de direito privado.

Conforme exposto, a estrutura social de uma Sociedade Anônima é formada por quatro órgãos (Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal). Para o atingimento da proposta do presente trabalho, a análise se limitará às principais características do conselho de administração e ao seu dever de diligência. Antes, contudo, serão traçadas algumas considerações sobre a Sociedade de Economia Mista, espécie de Sociedade Anônima sujeita à disciplina da Lei das Sociedades por Ações.

3 O CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DE UMA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Dentre as atividades do Estado, encontram-se o fomento, a polícia administrativa, o serviço público e a intervenção. Esta última envolve a regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, bem como a atuação do Estado diretamente na ordem econômica. Essa atuação, via de regra, se dá por meio das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.

Marçal Justen Filho (2013, p. 305) ensina que a Sociedade de Economia Mista é uma Sociedade Anônima sujeita a regime diferenciado, sob o controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público, que se destinam a formalizar a associação entre capitais públicos e privados, para um empreendimento conduzido sob a orientação do Estado.

Majoritariamente, costuma-se dizer que as Estatais – Empresas Públicas (EP) e Sociedades de Economia Mista (SEM) – são regidas por um regime jurídico de caráter híbrido. No caso das SEM, isso quer dizer que não se aplica a elas o regime das Sociedades Anônimas em sua integralidade, pois há regras específicas para essas entidades relacionadas com sua natureza estatal (missão pública). É o que expressa o artigo 235 da Lei 6.404/76, *in verbis*: “As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal”. Importa dizer ainda que, por se tratar de um ente da Administração Indireta, sujeita-se aos princípios fundamentais que regem a Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tal como expresso no *Caput* do art. 37 da Constituição da República.

Marçal, contudo, faz uma importante ponderação no que tange à proteção do patrimônio jurídico dos sócios minoritários⁴:

(...) O regime jurídico das S/A se aplica à SEM, naquilo em que não tiver sido excepcionado. Assim, aplicam-se as regras pertinentes a abuso de poder de controle. Se o Estado adotar práticas destinadas a prejudicar os sócios minoritários, a solução

jurídica será a mesma aplicável a uma sociedade privada. Ou seja, o abuso de poder de controle não é legitimado porque praticado por uma pessoa estatal. O mesmo se passa com a pretensão de valer-se de aumento capital para diluir injustificadamente a participação societária dos minoritários.

Trata-se de uma entidade sob o controle Estatal, uma vez que mais de 50% das ações com direito a voto pertencem à Administração Pública, o que implica dizer que o poder público é o acionista controlador da entidade.

O conceito de acionista controlador é trazido pelo artigo 116, da Lei das S/A, *in verbis*:

Entende-se como acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e*
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.*

Assim, na intenção de induzir comportamentos mercadológicos, promover um planejamento econômico sistêmico e redistribuir as riquezas, o Estado inseriu-se diretamente no mercado econômico através da criação de Empresas Estatais. O Título da Ordem Econômica e Financeira da Lei Maior trouxe previsão expressa (Art. 173 da CR/1988) para a exploração da atividade econômica pelo Estado, desde que obedecidos pressupostos especiais e a um regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que tange às obrigações trabalhistas e tributárias. Desta forma, uma SEM poderá ser criada com o objetivo de atuar na prestação de serviços públicos ou de explorar a atividade econômica.

Assim, ao Estado é facultado o exercício de atividade econômica propriamente dita, nas hipóteses previstas na Constituição ou nas leis, quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou à satisfação de relevante interesse público.

A observância de tais requisitos é imprescindível, uma vez que a Constituição consagrou o regime capitalista, tendo a livre concorrência como princípio fundamental. Nesse sentido é a redação do *Caput* do artigo 170 da Lei Maior, *in verbis*:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

(...)

A atuação direta do Estado na economia, sem observância de pressupostos e critérios específicos, acabaria por destruir a concorrência, já que aquele goza de privilégios e benefícios que o colocam numa condição de supremacia.

A Segurança Nacional pode ser entendida como um conjunto de condições necessárias e indispensáveis à existência e manutenção da soberania estatal e ao funcionamento das instituições democráticas⁵. Enquanto que o relevante interesse coletivo consiste na existência de uma necessidade supraindividual, comum a um número relevante de pessoas, cuja satisfação possa ser proporcionada pela atuação direta do Estado⁶.

De acordo com Marçal Justen Filho (2013, p. 862),

A atuação direta do Estado não é justificável mediante a mera invocação de algum interesse público que se considere relevante. É necessário evidenciar que a intervenção direta do Estado é a solução adequada e imprescindível para a satisfação de necessidades determinadas. Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória. Sob esse prisma, o princípio da proporcionalidade se manifesta como princípio da subsidiariedade.

Em síntese, o Estado, em sua atividade de intervenção, atua diretamente na ordem econômica. Contudo, tal atuação acontece excepcionalmente, em situações em que a não intervenção prejudicaria a satisfação de determinados interesses da nação. Assim, em respeito aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, não é concedido às Empresas Estatais os privilégios de que gozam as entidades de Direito Público e as Estatais prestadoras de serviços públicos.

3.1 O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E DO DEVER DE DILIGÊNCIA

Nos termos do Art. 138 da Lei 6.404/76 (Lei das S/A), a administração da Sociedade Anônima competirá à diretoria e, se dispuser o estatuto da companhia, também ao conselho de administração. A criação deste último é feita conforme análise de conveniência e necessidade da CIA – necessária previsão estatutária.

Assim, o Conselho de Administração é um órgão de criação facultativa em uma S/A, exceto nos casos de companhia aberta, de capital autorizado ou de Sociedade de Economia Mista – nestas é obrigatório.

O Conselho de Administração é um órgão deliberativo, fiscalizador e administrativo, composto por, no mínimo, três membros eleitos pela Assembleia Geral, que tem competência para deliberar sobre qualquer matéria de interesse da companhia, estabelecendo a política econômica, social e financeira da sociedade, exceto nas matérias de competência privativa da Assembleia Geral. Este Conselho tem como principal papel⁷ agilizar o processo decisório no interior da companhia.

As atribuições do Conselho de Administração tem previsão legal no Art. 142 da Lei 6.404/76. Dentre elas, podemos citar a fixação de orientação geral dos negócios da companhia, eleição e destituição dos diretores da companhia, estabelecimento das tarefas destes, fiscalizar a gestão dos diretores, examinar livros e papeis a qualquer tempo, convocar a Assembleia Geral quando julgar conveniente ou por força de lei, manifestar-se sobre contas apresentadas pela diretoria, deliberar, desde que autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou bônus de subscrição, autorizar a alienação de bens, dentre outras funções.

Nos termos do Art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas, o Administrador da Companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Trata-se do dever de diligência, expressão genérica, um princípio do direito empresarial, um conceito que não comporta um comportamento específico, mas um padrão de condutas e procedimentos, no sentido de cuidado e zelo⁸. Ser diligente é empregar na condução dos negócios sociais as cautelas, os métodos, as recomendações, os postulados e as diretrizes da “ciência” da administração de empresas⁹.

O dever de diligência pode ser subdividido no dever de se informar, que consiste na obrigação dos dirigentes em buscar informações quando da tomada de uma decisão negocial na gerência da sociedade, “devem apreciar criticamente essas informações, analisando os possíveis impactos do que lhes foi relatado sobre os negócios sociais”¹⁰.

Nesse sentido, os administradores de uma S/A devem analisar minuciosamente as possibilidades de operações da empresa de um

modo geral, buscando obter todas as informações necessárias para tomadas de decisões diligentes, com a observância de todos os princípios norteadores da atividade (garantindo a sustentabilidade financeira da empresa e a perseguição do interesse público).

Obrigação implícita ao dever de diligência do Administrador é o dever de manter-se qualificado. Esta qualificação profissional direciona-se à busca da eficiência e eficácia dos métodos utilizados pelo administrador na consecução dos interesses societários (no caso das empresas públicas a busca do lucro conciliado à sua missão pública), que deve existir em dois momentos: i) antes de assumirem o cargo; e, ii) concomitante à atividade de administração. Os administradores devem, antes de assumir o cargo, ter uma qualificação mínima para sua investidura. A posteriori, deve haver uma constante qualificação no sentido de aprimorar conhecimentos para uma boa administração¹¹.

Os administradores, ainda como um subdever do dever diligência, têm o dever de vigilância ou de monitoramento, que consiste na obrigação de acompanhar e monitorar os negócios da companhia de uma forma geral. Não é exigível dos administradores a supervisão em cada uma das atividades desenvolvidas pela companhia, mas o acompanhamento geral dos negócios sociais e de suas políticas ou procedimentos internos¹².

O Dever de investigar – decorrente do dever de informar e fiscalizar – consiste na obrigação do administrador de analisar minuciosamente as informações, no sentido de diligenciar quando forem incompletas, superficiais ou imprecisas, para a tomada de decisão – viabilizar os interesses da Companhia¹³.

Nesse sentido, salienta Campos: “não devem os administradores ficar passíveis, mas antes devem criticamente examinar as informações que recebem, indagando, entre outras questões, a respeito da completude, extensão, riscos e correção (...)”¹⁴.

Finalmente, os administradores devem intervir, agindo proativamente, visando ao melhor interesse da Companhia, buscando evitar erros e prejuízos¹⁵. Em resumo, o dever de diligência a que o administrador de uma Sociedade Anônima está impelido, quer significar que em todos os negócios, em que intervir em nome da organização, deverá tomar todas as diligências necessárias no sentido de preservar os interesses da organização – promover os melhores resultados com os menores investimentos.

Conforme exposto, sendo a Sociedade de Economia Mista uma Companhia sob o manto do regime híbrido (observa leis de direito público e de direito privado), deverá cumprir as disposições da Lei 6.404/76, no que tange ao Conselho de Administração e ao dever de diligência, esculpido no Art. 153, o qual exige do Administrador, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência esperada de um homem probo, além da observância de todos os subdeveres já mencionados anteriormente, tais como o dever de informar, de se qualificar, de vigiar, de monitorar, de investigar e de intervir.

Vejamos o que disserta o Artigo 153 da Lei das Sociedades Anônimas, in verbis: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência em que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

O descumprimento do comando expresso no artigo mencionado, como dos demais deveres expressos na Lei, importa na responsabilidade dos administradores pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

Ademais, conforme salientado, uma Sociedade de Economia Mista, alicerçada nos interesses constitucionalmente instituídos, deve observância aos princípios norteadores da Administração Pública, conforme dispõe o artigo 37 – CRFB:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
(...)

Nesse sentido, conclui-se que uma Sociedade de Economia Mista, por ser uma S/A, está sujeita à observância dos comandos da Lei 6.404/76. Deve, ainda, por se tratar de um ente da Administração Indireta, observar todos os princípios fundamentais que regem a Administração Pública Brasileira, sujeitando-se, destarte, ao controle do Poder Público por meio de seus órgãos e mecanismos. Para elucidar estas afirmações, transcrevemos trecho da obra da Professora Fernanda Marinela, *ipsis litteris*¹⁶:

A sociedade de economia mista está sujeita, de igual maneira, a controle, seja interno ou externo. Portanto, submete-se à supervisão ministerial e a controle do Tribunal de Contas, além da possibilidade de interposição de ação popular e dos demais controles previstos para o cidadão.

No que tange ao controle pelo Tribunal de Contas em face das sociedades de economia mista, o entendimento do STF era a impossibilidade desse mecanismo de fiscalização. Entretanto, o Supremo alterou sua posição no julgamento conjunto dos Mandados de Segurança – MS nº 25.092 e 25.181, proferido em dia 10 de novembro de 2005, passando a admitir esse controle, ressaltando a impossibilidade de esse Tribunal interferir na política de administração desta empresa.

A Suprema Corte fundou a sua decisão no fato de que um prejuízo causado a uma sociedade de economia mista afetaria o capital do Poder Público, considerando, que a maioria do capital com direito a voto dessas pessoas jurídicas lhe pertence, havendo, com isso, lesão ao erário. Justificou-se também em razão do regime híbrido dessas empresas.

Nesse sentido segue EMENTA ao MS 25092/DF, da Relatoria do Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno (Dj -17.03.2006)¹⁷:

I - Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71§, II; Lei 8.443§, de 1992, art. 1º, I). II. - As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista. (...).

Cumpra, em breves linhas, afirmar que temos por imprescindível que o controle e a manutenção do poder das empresas estatais sejam mantidos nas mãos do Estado. Pois assim, o controle é entendido aos cidadãos (legítimos titulares da coisa pública), possibilitado ao se observar o princípio da publicidade, o qual, ao ser efetivado, maximiza o controle. Desta forma, apenas o Estado, **em virtude** da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, zelará pelos fins e objetivos trazidos pela Constituição Republicana.

4 O INTERESSE PÚBLICO E A FINALIDADE LUCRATIVA

Mário Engler Pinto Júnior¹⁸ ensina que toda empresa estatal tem uma missão pública que coexiste com a finalidade lucrativa inerente ao modelo da Companhia.

O Estado, como acionista controlador, passa a exercer sua influência dominante na condução dos negócios sociais por intermédio dos órgãos societários, sobretudo por meio do Conselho de Administração.

A concentração das principais decisões no Conselho de Administração é uma forma moderna e evoluída de exercer o controle sobre uma Estatal, a qual abrange a ideia de domínio, como também o dever de fiscalizar. O Estado se vale da condição de acionista prevalectante para eleger a maioria dos conselheiros, fazendo-se representar naquela instância societária por pessoas de sua confiança e identificadas com as diretrizes da gestão em vigor. Assim, o conselho de administração (órgão responsável pela formação da vontade social, para onde convergem interesses tanto de natureza patrimonial quando coletiva) combina inúmeras vantagens logísticas em matéria de eficiência e agilidade¹⁹.

A criação de uma Sociedade de Economia Mista justifica-se para atender ao interesse público. No entanto, esse interesse público não se restringe ao interesse dos cidadãos em geral. O Estado, ao intervir na Economia, o faz em função de um interesse público, mas que não está dissociado do interesse dos acionistas da empresa, pois ele se vincula à missão social da instituição, que engloba perseguir os fins para os quais ela foi criada, o que não implica na defesa de interesses exclusivos do acionista controlador.

A busca da missão pública encontra-se incorporada no interesse da Sociedade de Economia Mista e não se trata de um elemento extra-social vinculado exclusivamente à pessoa do acionista controlador. Nesse sentido, o Conselho de Administração está legitimado a perseguir o interesse público compreendido no objeto da companhia, por iniciativa própria e independente de manifestação concreta do Estado. Além do mais, a identificação e consecução dos interesses públicos não constituem tarefas exclusivas do Estado controlador, mas objetivo comum compartilhado por todos os acionistas e responsáveis pela gestão social²⁰.

A despeito do aparente conflito entre a busca do interesse público e a finalidade lucrativa da SEM é possível a equalização destes anseios na busca dos objetivos da Sociedade – conciliação de interesses “divergentes”.

O fato de uma empresa estatal estar imbuída numa missão pública não significa inexistência da finalidade lucrativa inerente ao modelo de sociedade por ações²¹. Nesse sentido ensina Marçal Justen Filho (2013, p. 297):

As empresas estatais são orientadas à realização de seu objeto social, inclusive buscando a obtenção de lucro. Devem buscar as soluções mais eficientes, inclusive para evitar a criação de passivos a serem suportados pelos recursos públicos (...). A aplicação pelo Estado de recursos públicos numa empresa dotada de personalidade jurídica de direito privado não se destina, em princípio, a estabelecer uma alternativa não lucrativa para a atuação empresarial. Quando adota forma empresarial, o Estado tem o dever de nortear a atividade segundo os parâmetros próprios da eficiência preconizada no âmbito da iniciativa privada.

Como conclusão o Doutrinador traz a elucidativa passagem (2013, p. 308):

As empresas estatais são orientadas à realização de seu objeto social, inclusive buscando a obtenção de lucro. Devem buscar as soluções mais eficientes, inclusive para evitar a criação de passivos a serem suportados pelos recursos públicos. Mas a isso não elimina a natureza funcional de sua atividade: as empresas estatais são instrumentos de realização dos fins estatais. Configuram-se como instrumento do desempenho

da função administrativa. Nunca poderão operar como se fossem uma empresa puramente privada, para a qual é legítimo buscar o lucro egoístico. Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumento de vinculação à realização dos valores da democracia republicana. (...) Quando o quadro societário da Sociedade de Economia Mista for composto também por sócios privados, acentuar-se-á o seu cunho empresarial especulativo. Assim se passará inclusive em virtude das normas gerais de direito societário, que impõem aos administradores o dever de respeitar igualmente os direitos de todos os sócios (inclusive dos minoritários). Suponha-se, por exemplo, uma Sociedade de Economia Mista de capital aberto (cujas ações são negociadas em bolsas de valores e mercado de balcão). É problemático afirmar que os fins buscados por essa entidade seriam essencialmente administrativos.

Considerando o exposto, não há que se falar em conflito entre interesse público e a finalidade lucrativa. A satisfação do interesse público está na realização da missão institucional da companhia, e a obtenção de lucro é inerente à natureza jurídica desta, que exerce atividade econômica, ao mesmo tempo em que é também indispensável a sua sobrevivência.

5 CONFLITOS DE INTERESSE E O ABUSO DE PODER

Conflito de interesse, também chamado de conflitos de agência, se dá quando os administradores de uma organização atuam buscando interesses contrários aos da Companhia. Ao invés de atuarem no interesse de todos os acionistas, tomam decisões centradas em interesses próprios, particulares.

Por outro lado, o abuso de poder acontece quando o acionista controlador, por meio de seus Administradores, atua visando exclusivamente seus interesses. Ou seja, ele não leva em conta os fins (objetivos) da Organização e os interesses de todos os acionistas, atua, deste modo, de forma desleal para com estes.

Assim, nos termos do art. 115 da Lei de S/A:

O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si, ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

O voto não constitui um direito subjetivo exercitável de forma egoística pelo seu titular. Na verdade, trata-se de um direito-função atribuído ao acionista na busca de um fim específico, que vai além de seu interesse individual. Essa premissa deve ser observada nas decisões do Conselho de Administração, o que não quer dizer que deixa de existir uma margem de discricionariedade nas decisões. O intuito é evitar a evocação do interesse superior da Companhia, quando, na verdade, se busca o interesse privado²².

Nesse sentido, qualquer ganho indevido em decorrência do voto dos acionistas deve ser revertido no interesse da empresa, previsão expressa do § 4º, art. 115, da lei 6.604/1976, *ipsis litteris*: "A deliberação tomada em decorrência do voto do acionista que tem interesse conflitante com o da corporação é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido".

Da mesma forma, o ente controlador não pode agir buscando interesses exclusivamente políticos estranhos ao objeto social, sob pena de prejudicar não só os demais acionistas, como também o pró-

prio interesse público incorporado na Companhia²³.

Ademais, o acionista controlador possui, como deveres e responsabilidades específicos, o cumprimento do objeto social e o atingimento da função social da companhia²⁴.

Para Mário Engler Pinto (2013, p. 405):

Por se tratar de atuação no interesse alheio – e não no próprio interesse do titular do controle – traz implícita a relação de lealdade com os demais acionistas, os trabalhadores e a comunidade local. Ocorre abuso de poder quando o acionista controlador se vale de poder de comando para atingir objetivo estranho ao interesse da companhia. Tal comportamento caracteriza desvio de finalidade, que se traduz na observância apenas aparente ou meramente formal da norma jurídica imperativa, porém, frustrando o cumprimento do conteúdo finalístico.

Ser acionista controlador não significa votar visando o seu único interesse, pois, controlar significa ter o poder de decidir em favor do interesse alheio. Implica em uma atuação pautada pelo dever de lealdade para com todos os acionistas e com a busca dos interesses da Companhia. Nesse sentido, ocorre abuso de poder quando o acionista controlador age buscando satisfazer interesses alheios aos da organização. Trata-se de um comportamento definido como desvio de finalidade, pois se observa apenas aparentemente a norma jurídica, enquanto que, na realidade, atua burlando a sua predestinação²⁵.

O abuso de poder pode se dar de forma comissiva e/ou omissiva. No primeiro caso, o acionista controlador se vale do poder do voto majoritário para aprovar matéria contrária ao interesse da companhia, ou ainda, quando orienta os órgãos de administração a adotarem políticas neste sentido. Na forma omissiva, o abuso de poder se manifesta quando o controlador, por meio de seus administradores, deixa de observar os deveres impostos na lei.

A atuação do acionista controlador deve estar pautada no dever de lealdade, expresso no parágrafo único do artigo 116 – Lei 6.404/1976 – *ipsis litteris*:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar 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.

Dentre o rol de deveres a serem observados, encontra-se o Dever de Diligência, com todos os seus subdeveres já mencionados em outro momento deste trabalho, expresso no art. 153 da lei de S/A. A não observância desse relevante dever configura uma forma omissiva de abuso de poder.

Destarte, uma companhia de capital aberto existe para o cumprimento de sua missão, da qual as deliberações não podem se afastar, pois se trata da razão de existência da instituição.

5.1 O CASO PETROBRÁS

Em 2005 a empresa belga Astra Oil pagou pela refinaria de petróleo situada em Pasadena, Texas (EUA), o valor de US\$ 42,5 milhões. No ano seguinte a Petrobrás (empresa petrolífera de capital aberto, cujo acionista majoritário é o Governo do Brasil) comprou 50% da mesma refinaria pagando o valor de US\$ 360 milhões – valor aproximadamente 17 (dezesete vezes) maior que o pago pela Astra Oil²⁶.

Antes da compra, em atendimento às disposições da Lei de S/A e ao Regimento Interno da Petrobrás, foi realizada uma auditoria por uma empresa Americana, contratada pela Petrobrás, para analisar questões jurídicas, operacionais e financeiras, necessárias em opera-

ções de fusões e aquisições. A auditoria foi realizada em 20 dias, um terço do prazo considerado normal para análise de todos os fatores que influenciariam na aquisição – o relatório foi considerado ineficiente pela própria Petrobrás²⁷.

Após a auditoria, deveria ter sido confeccionado um memorial pela Diretoria Executiva, documento que inclui todas as informações necessárias à realização da aquisição (parecer técnico e jurídico), que deveria ser encaminhado ao Conselho de Administração para análise, conforme exige o dever de diligência.

O Conselho, ao analisar o documento, deveria solicitar uma complementação da auditoria – já que esta foi considerada ineficiente –, no intuito de obter todas as informações necessárias para uma aquisição de tal envergadura. O Presidente do Conselho poderia, ainda, convocar Diretores para prestar esclarecimentos e informações para uma melhor análise sobre a aquisição da refinaria.

No entanto, a deliberação do Conselho de Administração foi realizada sem a observância desses procedimentos (pressupostos do dever de diligência), e foi aprovada a compra superfaturada da refinaria pela Petrobrás.

Considerando que a aquisição realizada pela Petrobrás foi de 50% da refinaria, a empresa brasileira passou a ser sócia da Astra Oil – detentora da outra metade da refinaria.

Por conta de uma omissão do parecer técnico, o Conselho de Administração não teve ciência de duas cláusulas contratuais: **Marlin e Put Option**. A primeira exigia um lucro mínimo anual a ser garantido a Astra Oil. A segunda estabelecia que, em caso de litígio, em virtude de desentendimentos entre os sócios sobre eventuais investimentos, a Astra Oil teria o direito de exigir que a Petrobrás comprasse suas cotas na sociedade²⁸.

Em 2008, a Astra Oil e a Petrobrás entram em divergência sobre os investimentos na Refinaria e, por não chegarem a um acordo, acionaram a justiça. Nesse ano, a Petrobrás descobriu a existência das cláusulas supracitadas, e acabou perdendo o litígio, sendo obrigada a comprar a outra metade, desembolsando no final do processo o valor de US\$ 820,5 milhões de dólares, considerando juros e custas processuais²⁹.

5.2 ANÁLISE DO CASO

Em breve análise dos fatos narrados à luz da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404/76), tendo como referência os deveres dos Administradores de uma Companhia de capital aberto, em especial o dever de diligência, permite que cheguemos a algumas conclusões.

Neste momento, faz-se imperativa a releitura do artigo 153 da Lei Nº 6.404 de 1976: “O Administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência em que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

Desta forma, apesar de ter havido uma auditoria prévia à deliberação sobre a compra da refinaria de Pasadena, com propósito de se analisar questões jurídicas, operacionais e financeiras, necessárias em operações de fusões e aquisições, não houve o devido cuidado e diligência exigidos pela lei, haja vista, ter sido realizada em prazo muito inferior ao normal e ter sido considerada ineficiente pela própria Petrobrás. Entretanto, apesar do laudo de ineficiência, o documento não foi descartado ou complementando, e serviu de referência no processo de aquisição, o que demonstrou falta de zelo, cuidado e diligência nos negócios da Companhia.

A segunda falha em relação ao dever de diligência acontece no ato de elaboração do memorial, documento feito a partir da auditoria contendo todas as informações relevantes para o negócio. Esse documento, por conta de uma falha no parecer técnico, não trouxe a previsão e/ou análise das cláusulas **Marlin e Put Option**, a primeira

que favorecia a Astra Oil e a segunda que estabelecia que, em caso de litígio, uma das empresas (Petrobrás ou Astra Oil) teria de comprar a parte da outra. Nesse sentido, o parecer técnico não apresentou de forma clara, concisa e direcionada as informações necessárias para a tomada de decisões – não cumpriu, destarte, o dever de diligência.

O dever de diligência abrange o dever de investigar, decorrente do dever de informar e fiscalizar. Consiste na obrigação do administrador em investigar quando houver informações incompletas, superficiais ou imprecisas, no que tange aos interesses da companhia³⁰. Nesse sentido, a deliberação do Conselho de Administração não poderia ter ocorrido antes de serem supridas as falhas do parecer e inseridas as informações essenciais às negociações de aquisição da refinaria. Verifica-se, nesse sentido, uma terceira violação ao dever em análise.

Restam, ainda, violados os princípios fundamentais que regem a Administração Pública, em especial o princípio da legalidade, haja vista ter havido graves violações à Lei das Sociedades por Ações, e ao princípio da eficiência, tanto pelas falhas em todo o processo de aquisição, como também pelo alto custo de todo o processo, levando ao desembolso de US\$ 820,5 milhões de dólares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A missão da Petrobrás encontra-se descrita no site da instituição com o seguinte propósito³¹:

Atuar na indústria de petróleo e gás de forma ética, segura e rentável, com responsabilidade social e ambiental, fornecendo produtos adequados às necessidades dos clientes e contribuindo para o desenvolvimento do Brasil e dos países onde atuamos.

Por todo o exposto neste trabalho, conclui-se que o cumprimento ao dever de lealdade e de diligência é uma premissa a ser observada para que uma companhia de capital aberto como a Petrobrás atinja os seus fins. E como ente do Poder Público, sua administração não se exime da observância de todos os princípios fundamentais que regem a Administração Pública, conforme expresso no Caput do Art. 37 da Lei Maior.

A missão é a razão da existência da instituição a que todos os administradores devem observância. É da natureza de uma SEM a coexistência de interesses do ente controlador e dos demais acionistas, e é por essa razão que a missão pública dada a essa espécie de companhia é buscar o interesse de todos.

A lucratividade é vital para a sobrevivência da companhia e não é incompatível com o interesse público. E a prática de princípios morais e éticos é condição sine qua non para que a companhia atinja o fim a que se propõe.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo, Vicente Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*.-21.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 16ª Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

JUNIOR, Mario Engler Pinto. *Direito Societário, Sociedades Anônimas*. Coordenadores Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, São Paulo, Saraiva, 2007, Série GVlaw, ISBN 978-85-020663-97, 17 jul 2013

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9.Ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARTIN, Fran. *Curso de Direito Comercial/Atual*. Carlos Henrique Abrão – 37.ed. Ver, atual e ampli. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEGRÃO, Riçado. Manual de Direito Comercial e de Empresa, volume1. -7.ed. – São Paulo: Saraiva 2010.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Teoria Geral e Direito Societário, volume1. - 6. ed: São Paulo: Atlas 2014.

REFERÊNCIAS DE SITES

CARVALHO, Gabriel. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedade Anônima*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Gabriel%20Carvalho.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

ESTADÃO. *Auditoria de Compra de Pasadena levou 20 dias*. Disponível em : <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,auditoria-de-compra-de-pasadena-levou-20-dias-diz-jornal,1146319>>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

G1ECONOMIA. *Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

INFONAUTA DIÁRIO DE BORDO. *Missão: entender a missão da Petrobrás*. Disponível em: <<http://www.infonauta.com.br/index.php/2014/missao-entender-a-missao-da-petrobras/>>. Acesso em 06 de outubro de 2014.

OLIVEIRA, Daniele de Lima de. *Deveres e Responsabilidades de Administradores da S/A*. Disponível em: http://www.lodpdf.net/preview/8Mf_XKdMnAT8tq-dHM1kLq0Tjui7uMjIOLuWkex-E1ho,/Deveres-e-responsabilidade-dos-administradores-da-s-a.html?query=How-Much-Is-Esta-Visa. Acesso em 27 de agosto de 2014.

REDE BRASIL ATUAL. *TCU isenta Dilma e conselheiros por Pasadena, e PGR arquivia investigação*. Disponível em: Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/07/tcu-isenta-dilma-e-conselheiros-da-petrobras-por-compra-de-pasadena-e-pgr-arquiva-pedido-de-investigacao-contra-a-presidenta-2212.html>>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

NOTAS DE FIM

1 Bacharelado do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – Centro Universitário Newton.

2 Possui graduação em Direito (2004). É Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos (2008). Doutoranda em Direito Privado na PUC-MINAS - Linha de pesquisa: Reconstrução dos Paradigmas do Direito Privado no Contexto do Estado Democrático de Direito. Foi advogada responsável do Centro de Internação para Adolescentes - CIA - Sete Lagoas/MG, Procuradora do Município de Funilândia/MG e professora no UNIFEMM - Centro Universitário de Sete Lagoas/MG, PUC-MINAS, FAMINAS/BH, Faculdades Pitágoras e no Prolabore - Curso Preparatório para o Exame da OAB. Atualmente é advogada especializada em Direito de Administrativo e Direito de Empresa, sócia do escritório Bueno e Paula Advogados Associados e professora no Centro Universitário Newton Paiva e na PUC-MINAS Virtual no curso de pós-graduação em Direito Público. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Civil e Empresarial.

3 Sociedade Anônima. Disponível em: <<http://sociedade-anonima.info/>>. Acesso em: 12 de agosto de 2014.

4 JUSTEN FILHO. Op. Cit., p. 306.

5 Ibid., p. 865.

6 Ibid., p. 868.

7 OLIVEIRA, Daniele de Lima de. Deveres e responsabilidades dos administradores da s/a. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7150>. Acesso em: 10 de julho de 2014.

8 Ibid., p. 56.

9 Ibid.

10 Ibid.

11 CAMPOS, Luiz Antonio Sampaio in LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das companhias. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 1 v. pág. 1108 – APUD CARVALHO, Gabriel, O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedade Anônima. PUC-Rio, p. 8. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2012/relatorios_pdf/ccs/DIR/JUR-Gabriel%20Carvalho.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

12 Ibid., p. 10.

13 Ibid., p. 12.

14 Ibid.

15 Ibid., p. 14.

16 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 5ª Ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 147 e 148

17 Ibid.

18 JUNIOR, Mario Engler Pinto. Direito Societário, Sociedades Anônimas. Coordenadores Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, São Paulo, Saraiva, 2007, Série GVlaw, ISBN 978-85-020663-97, 17 jul 2013.

19 Ibid, p. 200.

20 JUNIOR, Mario Engler Pinto. Direito Societário, Sociedades Anônimas. Coordenadores Maria Eugênia Reis Finkelstein e José Marcelo Martins Proença, São Paulo, Saraiva, 2007, Série GVlaw, ISBN 978-85-020663-97, 17 jul 2013.

21 Ibid.

22 Ibid.

23 Ibid.

24 Ibid.

25 Ibid.

26 G1ECONOMIA. Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

27 ESTADÃO. Auditoria de Compra de Pasadena levou 20 dias. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,auditoria-de-compra-de-pasadena-levou-20-dias-diz-jornal,1146319>>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

28 REDE BRASIL ATUAL. TCU isenta Dilma e conselheiros por Pasadena, e PGR arquivia investigação. Disponível em: Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2014/07/tcu-isenta-dilma-e-conselheiros-da-petrobras-por-compra-de-pasadena-e-pgr-arquiva-pedido-de-investigacao-contra-a-presidenta-2212.html>>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

29 G1ECONOMIA. Entenda a compra da refinaria de Pasadena pela Petrobras. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/03/entenda-compra-da-refinaria-de-pasadena-pela-petrobras.html>>. Acesso em 27 de agosto de 2014.

30 CARVALHO, Gabriel, O Dever de diligência dos Administradores de Sociedade Anônima.pág. 12.

31 Disponível em: <<http://www.infonauta.com.br/index.php/2014/missao-entender-a-missao-da-petrobras>> Acesso em 06 de outubro de 2014.

** Núbia Elizabeth; Anderson Avelino de Oliveira Santos.