

**GOVERNANÇA CORPORATIVA, COMPLIANCE
E LEI ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL:
UM NOVO HORIZONTE DE BOAS INTENÇÕES?**

Aline Gomes Moreira



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Aline Gomes Moreira

**GOVERNANÇA CORPORATIVA, COMPLIANCE
E LEI ANTICORRUPÇÃO NO BRASIL:
UM NOVO HORIZONTE DE BOAS INTENÇÕES?**

VOLUME 1

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Empresariais com menção em Direito
Empresarial, orientada pelo Professor Doutor Ricardo Alberto
Santos Costa e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra**

Outubro de 2020

às mulheres trabalhadoras

AGRADECIMENTOS

Sinto-me agradecida pela conclusão dessa tese àqueles que apoiaram a minha formação pessoal, acadêmica e profissional. Estudar na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra traz consigo um sentimento de honra que reflete o que sinto pelos meus educadores.

Agradeço, inicialmente, ao ilustre senhor Doutor Professor Ricardo Costa, pela orientação dedicada, o apoio e tempo que dispensou para que a minha pesquisa se materializasse e as palavras de estímulo que me ofereceu gentilmente ao longo desse processo.

Agradeço à minha mãe, Marília, que me criou em uma casa de mulheres e trabalhou durante muitos anos no Brasil como professora de história, dedicando a sua vida à atividade transformadora da educação enquanto atendia com amor todas as minhas necessidades emocionais e materiais. Por ela existo no mundo e vejo as portas se abrirem (tudo porque a minha mãe é uma mulher brilhante). Agradeço também à minha irmã, Clara, que começou os seus estudos no Direito antes de mim e inspirou a minha trajetória por ser exemplo de perseverança.

Agradeço à minha melhor amiga e avó, Maria Christina, pelas lições de calma e incentivos ao telefone enquanto estávamos tão longe: “um pouco a cada dia”. Agradeço *in memoriam* ao meu avô, Lafayette, porque apesar da sua descrença na minha capacidade de ler as horas, estimulou a minha educação e se tornou o meu referencial de homem em muitos sentidos. Agradeço ao meu tio, também Lafayette, ao carinho incondicional desde que vim ao mundo e ao seu apoio em minhas aventuras no além-mar!

Agradeço aos amigos que escolhi para a vida e que sempre me ofereceram palavras de encorajamento e amor ao longo desse trabalho: Gabi, Manu, Marcella, Lucas, Serginho e Michelly.

Agradeço aos meus primos-irmãos, Gabi e João, porque ocupam a maior extensão geográfica do meu coração e são meus talimãs da sorte em tudo que faço.

Agradeço aos profissionais que conheci com muita sorte na minha trajetória por me ensinarem a buscar o conhecimento na prática jurídica antes de qualquer certeza: muito obrigada Luciano Porto, Jorge Pedroso, Marilda Rosado, Patrícia Magno e Renata Brandão. Agradeço especialmente ao César Fogarin pelo tempo que dedicou com muita gentileza no apoio da minha pesquisa.

E, enfim, peço licença poética para agradecer a cidade de Coimbra. Aqui subi ladeiras e escadarias num encanto absoluto, descobri uma cultura rica, sensível, saudosa e ressignifiquei o meu conceito de ‘casa’ para pertencer um pouco a Portugal.

RESUMO

A presente dissertação se insere na disciplina do direito empresarial e pretende contribuir para a reflexão crítico-jurídica sobre as teorias de governança corporativa e sua relação com o combate ou prevenção de casos de corrupção em companhias no Brasil, tendo em vista as mudanças implementadas pela Lei Anticorrupção brasileira – Lei 12.846 de 2013, seguida do Decreto 8.420/2015. O comportamento das figuras orgânicas sociais (sócios, administradores, empregados, terceiros contratados, conselheiros, investores) está relacionado com a cultura de compliance vigente e, de forma ainda mais embrionária, um movimento de construção, preservação e destruição de valores democráticos ao longo da história brasileira que fixam o ‘solo’ sobre o qual as companhias se comportam.

A cultura de compliance provavelmente não se formaria apenas de um impulso natural, espontâneo advindo da razão capitalista (embora investidores apoiem o compliance para redução de agency costs e assimetrias informacionais) – daí a importância da regulamentação estatal no momento anterior (incentivo) e posterior (punição).

A Lei Anticorrupção reflete a intervenção do poder público sobre a esfera privada societária justamente nos dois eixos – ao impor a punição administrativa da própria pessoa jurídica (responsabilidade objetiva pelos atos de seus administradores, acionistas, empregados) e ao criar a possibilidade de dedução da mesma penalidade através da comprovada existência de uma estrutura sólida, independente e efetiva de compliance; tais standards parecem ter sido materializados pelo legislador brasileiro no elencamento de critérios elucidados no Decreto 8.420/2015, sobretudo a necessidade de envolvimento da alta direção (portanto a adoção de uma forma de governança mais englobadora e, talvez, mais alinhada com a stakeholder theory).

Portanto: a Lei Anticorrupção carrega consigo elementos promissores e contemporâneos no estímulo à criação e manutenção de uma estrutura interna efetiva de compliance dentro das empresas. Espera-se que a dualidade da intervenção pretendida encontre efetividade ela própria na atuação fiscalizadora e executora do Poder Público para que não se reduza ao campo das boas intenções.

PALAVRAS CHAVES: Governança Corporativa, Cultura de Compliance, Lei Anticorrupção, Responsabilidade.

ABSTRACT

This dissertation is part of the discipline of business law and aims at contributing to the critical-legal reflection on theories of corporate governance and its relationship with the fight or prevention of cases of corruption in companies in Brazil, in view of the changes implemented by the Law Brazilian anti-corruption - Law 12,846 of 2013, followed by Decree 8,420 / 2015. The behavior of the organic social figures (partners, administrators, employees, contracted third parties, advisers, investors) is related to the culture of compliance in force and, even more embryonic, a movement of construction, preservation and destruction of democratic values throughout the Brazilian history that fix the 'soil' on which companions behave.

The compliance culture would probably not be formed just from a natural, spontaneous impulse stemming from capitalist reason (although investors support compliance to reduce agency costs and informational asymmetries) - hence the importance of state regulation at the time before (incentive) and afterwards (punishment).

The Anticorruption Law reflects the intervention of the public authorities on the private corporate sphere precisely on both axes - by imposing the administrative punishment of the legal entity itself (objective liability for the acts of its managers, shareholders, employees) and by creating the possibility of deducting its penalty through the proven existence of a solid, independent and effective compliance structure; such standards seem to have been materialized by the Brazilian legislator in the listing of criteria elucidated in Decree 8,420 / 2015, above all the need for the involvement of senior management (therefore the adoption of a more comprehensive form of governance and, perhaps, more aligned with the stakeholder theory) .

Therefore: the Anticorruption Law carries promising and contemporary elements in stimulating the creation and maintenance of an effective internal compliance structure within companies. It is expected that the duality of the intended intervention will find effectiveness in the supervisory and executing performance of the Public Power itself, so that it does not reduce itself to the field of good intentions.

KEYWORDS: Corporate Governance, Compliance Cultura, Anticorruption Law, Liability

SUMÁRIO

I. Introdução	Pg. 8
II. Governança Corporativa	
II.I. Alguns conceitos.....	Pg. 10
II.III.I. Teoria da Agência	Pg. 40
II.III.II. Teoria da Stewardship.....	Pg. 44
II.III.III. Stakeholder Theory.....	Pg. 47
II.III.IV. Enlightened Shareholder Theory.....	Pg. 50
III. Compliance	
III.I Funções e Princípios de Compliance.....	Pg. 55
III.II. Compliance Criminal.....	Pg. 60
IV. Governança e Compliance	
IV.I. Lei Anticorrupção, Compliance e Governança Corporativa.....	Pg. 64
IV.II. Cultura de Compliance.....	Pg. 70
IV.III. Corrupção e valores democráticos	Pg. 71
V. Corrupção no ambiente corporativo	
V.I. Tipificação da conduta no direito brasileiro.....	Pg. 84
V.II. A Lei Anticorrupção no Brasil.....	Pg. 86
V.III. Diplomas Internacionais.....	Pg. 92
VI. Considerações Finais	Pg. 100

I. Introdução do objeto

O objeto da presente dissertação se insere na disciplina do direito empresarial e pretende contribuir para a reflexão crítico-jurídica sobre as teorias de governança corporativa e sua relação com o combate ou prevenção de casos de corrupção em companhias no Brasil, tendo em vista as mudanças implementadas pela Lei Anticorrupção brasileira – Lei 12.846 de 2013, seguida do Decreto 8.420/2015.

A escolha do tema se justifica pela contemporaneidade da Lei Anticorrupção e a sua interessante repercussão sobre as práticas de governança corporativa ao criar um novo foco de ação de compliance. Em seguida, pelo momento de aparente *crise* de credibilidade que repousa sobre a função social da empresa como pretendida na Constituição Federal de 1988. E, enfim, pela expressão econômica-social das decisões tomadas pelas sociedades empresárias, sobretudo aquelas de capital aberto que negociam as suas ações no mercado listado.

Em um primeiro momento introduziremos o tema da governança corporativa e nos alongaremos na análise das teorias que se desenvolveram ao longo da história ao ritmo de escândalos de corrupção. Será feita uma investigação sobre a doutrina relevante no tema, considerando a evolução de diplomas internacionais e as normas internas brasileiras.

O objetivo final da seção inicial é encontrar um enquadramento das perspectivas doutrinárias sobre as quais a governança pode ser vista, demonstrando as consequências que cada enfeixe proporciona em termos de responsabilidade. Esse enquadramento servirá de base para as considerações que serão feitas subsequentemente.

Em um segundo momento, a dissertação pretende trabalhar sobre o tema do compliance, desde o seu surgimento, funções e princípios, até o seu significado dentro do âmbito criminal. Serão estabelecidos pontos de encontro entre a governança e a cultura de compliance, tendo em vista a corrupção enquanto fenômeno sócio político no Brasil.

O que se pretende, nesse aspecto, é demonstrar que o comportamento das figuras orgânicas sociais (sócios, administradores, empregados, terceiros contratados, conselheiros, investores) não é alimentado apenas pelos interesses do eixo acionistas-administradores dentro dos limites e incentivos da regulamentação Estatal; haveria uma cultura de compliance participando dessa

relação e, de forma ainda mais embrionária, um movimento de construção, preservação e destruição de valores democráticos ao longo da história brasileira que fixam o ‘solo’ sobre o qual as companhias se comportam.

Em um terceiro momento, pretende-se *identificar e analisar criticamente* a Lei Anticorrupção e o Decreto 8.420/2015 sob o viés do que introduzem, somam ou alteram em relação à governança corporativa em seu aspecto formal e substancial – especialmente *no que se refere à responsabilização da sociedade* – e ao compliance.

A ideia subjacente que se pretende explorar é a pertinência de uma abordagem de governança que esteja ao alcance da novidade legislativa; portanto, a adoção de um enfoque teórico a partir do qual seja possível criar-se o substrato fértil de uma cultura de compliance eficiente na prevenção e punição *indoor* de atos de corrupção – em especial, o enfoque proporcionado pela *stakeholder theory*.

As ferramentas que serão utilizadas no desenvolvimento da dissertação envolvem o levantamento de dados de governança corporativa disponíveis ao público e a investigação e análise bibliográfica de autores que contribuíram para formação das bases doutrinárias da governança corporativa.

Sob a perspectiva da Metodologia Jurídica de Castanheira Neves, desenvolveremos a presente dissertação na tentativa de explorar a relação dialética, contínua e espiralada entre *problema e sistema* a partir do qual se constrói uma normatividade. Partiremos do pressuposto de que a *autorregulação societária é um problema do direito* e, nesse aspecto, nos apoiaremos no conceito de juridicidade que sugere Castanheira Neves.

Finalmente, registre-se que o objetivo da presente dissertação não é exaurir tão complexo tema, mas prover considerações de ordem principiológicas, capazes de embasar considerações mais específicas.

Afinal: o advento da Lei Anticorrupção parece sedimentar os programas de compliance ou fixa novos horizontes de boa intenção? Tentaremos uma resposta.

II. Governança Corporativa

II.I. Alguns conceitos

Para alguns, como TRICKER, a Governança Corporativa diz respeito principalmente à *forma* como se exerce poder dentro de uma entidade – seja ela de qualquer natureza, com ou sem propósito lucrativo (na visão de TRICKER, todas as entidades precisam de governança) – abrangendo as relações entre administradores, conselheiros, acionistas e diretores, bem como auditores externos, reguladores e investidores. O autor destaca, nesse sentido, a diferença capital entre a administração – responsável por «running the enterprise» - e a governança corporativa – responsável por «ensures that it is running in the right directions and being run well.¹»

COUTINHO DE ABREU propõe que a ‘governança das sociedades’ refere-se ao conjunto de normas legais, estatutárias, jurisprudenciais ou deontologias, referentes à administração e ao controle das sociedades², bem como instrumentos – o que incluiria, por exemplo, o próprio mercado - e as discussões travadas em torno de experiências e modelos de governação³. Por *controle* o autor recorre ao seu significado no sentido de vigilância e fiscalização e o exemplifica em referencia a ação dos conselhos fiscais e os direitos dos sócios de impugnar deliberações sociais judicialmente⁴.

Em uma tentativa de formular um conceito de governança corporativa em 1992, o Cadbury Report⁵ – destinado às companhias listadas - buscou defini-lo como um *sistema através do qual as companhias são dirigidas e controladas*. Nessa estrutura, o Conselho de Administração seria responsável por garantir e implementar a governança corporativa da companhia, enquanto os acionistas atuariam nesse sentido através da nomeação de conselheiros e auditores «to satisfy themselves that an appropriate governance structure is in place⁶.»

¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 4.

² COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 7.

³ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 8.

⁴ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 8.

⁵ *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*. London, 1992. Disponível na URL: <https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/cadbury.pdf>. Consultado em 27/09/2019.

⁶ *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*. London, 1992. Disponível na URL: <https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/cadbury.pdf>. Consultado em 27/09/2019. Item 2.5.

De acordo com o Cadbury Report, caberia aos membros do Conselho de Administração estabelecer os propósitos estratégicos da companhia, garantir uma liderança que os colocasse em prática e supervisionar a administração dos negócios, reportando a sua condução aos acionistas. De modo mais abrangente, o relatório atribuiu ao Conselho de Administração a função de implementar e garantir a manutenção do sistema interno de governança corporativa⁷.

Mais adiante, em 2003, a Comissão das Comunidades Europeias, endereçando uma Comunicação para “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia”, definiu sucintamente o conceito de governança corporativa como um *sistema mediante o qual as empresas são administradas e controladas*⁸.

No ano seguinte, em 2004, a OCDE publicou ‘Os Princípios da OCDE sobre o Governo das sociedades’ definindo a *corporate governance* como elemento de um contexto econômico maior no qual as sociedades atuam, influenciam e sofrem o impacto de políticas macroeconômicas, fatores de mercado e competitividade, ética empresarial e até mesmo interesses ambientais e sociais das comunidades – embora os princípios desenvolvidos neste instrumento da OCDE foquem nas questões de governança decorrentes da separação entre controle e propriedade nas relações orgânicas das sociedades listadas⁹.

Na América do Sul, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) também ensaiou uma tentativa de definição da governança corporativa enquanto sistema que direciona e monitora as relações intra-societárias. O órgão destacou que o âmbito da governança estende-se para organizações de qualquer natureza jurídica – não se limita às sociedades empresárias¹⁰.

COUTINHO DE ABREU questiona se os temas de governança corporativa, já imersos no que seriam os temas clássicos do direito de sociedades, justificariam a nomenclatura específica de ‘governança corporativa’. Se é uma ‘nova moda’, como coloca o autor, não deixa igualmente de

⁷ *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*. London, 1992. Disponível na URL: <https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/cadbury.pdf>. Consultado em 27/09/2019. Item 3.14.

⁸ Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019). Pg. 11.

⁹ Princípios da OCDE. Disponível na URL: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> (consultada em 17.9.2019). Pg. 12.

¹⁰ Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Código de Melhores Práticas Corporativas. 4ª Edição, 1999. Disponível na URL: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/ibcg_sep2009_pt.pdf. Consultado em 18.9.2019. “Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade”. Pg. 19.

justificar-se, na medida em que ‘há temas clássicos mas renovados, há circunstâncias diferentes pondo problemas novos e apelando a novas propostas e soluções.’¹¹,

Entendemos que TRICKER bem explica a variedade de conceitos que se formaram em torno do *corporate governance*: respondem a problemas diversos e portanto assumem perspectivas específicas na partida¹². O Relatório de Cadbury, por exemplo, teria adotado uma perspectiva operacional (*operational perspective*¹³) sobre *corporate governance*, na medida em que repousa sobre as interações entre acionistas, conselho de administração e diretoria¹⁴.

Outras abordagens podem ser assumidas, segundo TRICKER, dentro de uma *stakeholders perspective* – onde leva-se em conta outros interessados no processo de decisão empresarial –, uma *financial economics perspective* – na qual os acionistas são vistos como *suppliers of finance* e estabelecem com os administradores uma relação de agência –, ou, em nível mais abstrato, uma *societal perspective* onde são todos afetados pelo comportamento das sociedades¹⁵.

“It [a societal perspective] includes all of the stakeholders involved with the company, including the contractual stakeholders such as the shareholders, managers and other employees, suppliers, costumers, consumers, bankers, but also other stakeholders outside the company whose interests could be affected by corporate behaviour, including the local, national and international societal interests.”¹⁶

No que toca o tema da presente dissertação, entendemos que esta última visão merece ser mais adiante explorada em conexão com os efeitos da corrupção privada.

II.II. Desenvolvimento Histórico

A história da governança corporativa parece pautada por crises e fraudes empresariais diante das quais o surgimento de novos parâmetros de governança pretenderam restabelecer a confiança abalada dos investidores – assim é uma forma de contá-la. Como se verá mais adiante, a atuação de

¹¹ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 9.

¹² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 30.

¹³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 31.

¹⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 31.

¹⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 32.

¹⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 32.

«*overambitious and dominant businessman with unrealistic expectations*» é muitas vezes o ponto de origem das novas boas práticas empresarias¹⁷.

Apesar do termo governança corporativa ter despontado na década de 80, para alguns autores a prática da governança – então antecedendo a sua problematização teórica – é tão antiga quanto a troca comercial, na medida em que se aplicava às relações de agência e representação em geral¹⁸ e, como bem disseram, Adolf Berle e Gardiners Means em 1932: *corporate enterprise is no new institution*¹⁹.

Desde o século XVII certas companhias criadas pelos estados ou monarquias assumiam papel expressivo na competição entre os grandes impérios da época - Inglaterra, Holanda, Portugal e Espanha – como expressão de poder econômico, militar e político. Em uma coleção de exemplos, podemos mencionar a *East India Company* instituído em 1600 pela coroa inglesa e a *Dutch East India Company*, instituído em 1602 pela república da Holanda²⁰.

Um caso de fraude tornou-se notório na Inglaterra, no século XVIII, chamando atenção para a necessidade de controle dos excessos e da tomada de riscos pelos administradores (sobretudo de *joint stock companies*). Trata-se do caso da *South Sea Company*, também referido como *South Sea Bubble*. A companhia foi criada em 1711 com o intuito de reduzir o custo da dívida nacional. Por decisão do British House of Lords, lhe foi outorgado monopólio sobre a exploração o comércio com as colônias espanholas da América do Sul – notoriamente, para o comércio escravo. A companhia, no entanto, foi incapaz de produzir lucros sobre o monopólio concedido depois de uma massiva especulação das suas ações. Um inquérito parlamentar revelou posteriormente que o Chancellor of Exchequer havia recebido propinas para inflacionar o valor das ações. A quebra da *South Sea Company* levou a perda de fortunas e a falência de bancos, os administradores da companhia tiveram os seus bens confiscados e foram presos. O caso teria sensibilizado as discussões sobre tomada de risco e os excessos da administração²¹.

¹⁷ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 5.

¹⁸ Nesse sentido: TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 4.

¹⁹ MEANS, Gardiners; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 11.

²⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 5.

²¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 5.

Adam Smith, em *An Inquiry about the Nature and Causes of The Wealth of Nations*, obra publicada em 1776, menciona o caso da South Sea Company e atribui o fracasso da companhia, entre outros motivos, à conjugação do seu imenso capital social, pulverizado entre diversos *proprietários*, e a administração descentralizada dos negócios²². Adam Smith entendia que, nesse cenário, era esperada que a administração dos negócios resultasse negligente.

Parece-nos que Adam Smith, estudando a experiência das *joint stock companies* na Inglaterra, percebeu um problema de governança decorrente do distanciamento entre poder econômico e poder de administração nas companhias do tipo – os administradores das *joint stock companies*, para Adam Smith, estariam menos comprometidos em relação ao investimento dos acionistas na medida em que administravam dinheiro *alheio*.

*"The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own. (...) It is upon this account that joint stock companies for foreign trade have seldom been able to maintain the competition against private adventurer. (...) Without an exclusive privilege they have commonly mismanaged the trade. With an exclusive privilege they have both mismanaged and confined it."*²³

Durante o século XIX a emergência das sociedades limitadas (*limited liability companies*) inicia, para alguns autores²⁴, um momento de «ambiguity, complexity and rapid changes» na governança corporativa. No início do século, as opções de exercício da atividade empresarial disponíveis – que seriam, na Inglaterra, como *sole trader*, parceria ou através de uma entidade despersonalizada²⁵ – implicavam no comprometimento do patrimônio pessoal do empresário. Casos de insolvência do negócio autorizavam os credores a satisfazer suas dívidas até o esvaziamento absoluto do patrimônio daqueles envolvidos na atividade empresária. Isso se colocava como um grande desincentivo em um período de exponente crescimento industrial promovido pela Revolução Industrial.

²² SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Disponível na url: <http://www.ultimorecurso.org.ar/drupi/files/Adam%20Smith%20%27The%20Wealth%20of%20Nations%27.pdf>. Consultado em 27/09/2019. Pg. 577.

²³ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Disponível na url: <http://www.ultimorecurso.org.ar/drupi/files/Adam%20Smith%20%27The%20Wealth%20of%20Nations%27.pdf>. Consultado em 27/09/2019. Pg. 574.

²⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 5 a 6.

²⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 6.

As indústrias em franco crescimento durante o século XIX clamavam por investimento externo para expansão das suas atividades e, em paralelo, o período assistia o crescimento de uma classe média que tinha fundos disponíveis para investir. A França foi a primeira a adotar uma forma societária de limitação da responsabilidade dos sócios, instituindo a *société em comandite par actions* em 1807; os executivos de tais sociedades, no entanto, seguiam expostos ao risco de afetação de seu patrimônio pessoal²⁶.

Na Inglaterra, TRICKER explica²⁷ que o Parlamento discutiu formas de evitar a exposição de investidores externos a risco e contemplou a possibilidade de espelhar-se no modelo francês. Ao final do debate, o Parlamento aprovou o *British Companies Acts* de 1855 e 1862, optando por conferir responsabilidade limitada a todos os acionistas, independente de estarem ou não envolvidos na administração da sociedade. O conceito de limitação introduzido pelo Parlamento inglês teria sido importado para outros países e, no entendimento de TRICKER, «*proved to be one of the finest systems ever designed*». Pesa observar que o modelo, na época, implicava na abertura do capital para que o público pudesse subscrever ações da companhia – nessa medida os investidores foram atraídos pela ausência de risco de comprometimento do seu patrimônio pessoal na satisfação das dívidas da sociedade.

Na mesma época, os Estados Unidos aprovava leis que permitiam a incorporação de sociedades empresárias, mas os legisladores ainda não estavam convencidos sobre a limitação da responsabilidade dos acionistas diante de dívidas da sociedade²⁸. Posteriormente, a limitação da responsabilidade dos acionistas foi introduzida – embora, cabe notar, as companhias estadunidenses são constituídas, desde então, a nível dos estados, e não a nível federal.

Para alguns autores, o modelo de sociedade limitada introduzido no século XIX foi bem sucedido na medida em que promoveu o crescimento industrial, a criação de riquezas e empregos²⁹. Hoje o modelo parece demasiado simples para alguns autores³⁰, mas o seu conceito basilar permanece como a base do direito societário contemporâneo.

²⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 6.

²⁷ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 6.

²⁸ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015 Pg. 6.

²⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 6.

³⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 6.

O modelo de sociedade limitada pensado no século XIX teria sido adaptado no século XX para admitir a possibilidade de limitação da responsabilidade em estruturas de capital fechado.

O século XX assistiu, por sua vez, ao surgimento expressivo de teorias e práticas sobre a administração das sociedades empresárias nos setores de finanças, marketing e operações – pouca relevância no período teria sido dada para o papel dos administradores³¹. O momento marcou também o distanciamento dos acionistas sobre a tomada de decisões relativas à administração da sociedade³². Em países desenvolvidos economicamente, como Inglaterra e Estados Unidos, as sociedades empresárias tornaram-se mais complexas, contando com um capital social disperso, distribuído entre acionistas localizados em diversas partes do mundo que se faziam representar por figuras intermediárias em Assembleias. Algumas companhias iniciaram a negociação de suas ações e títulos mobiliários no mercado de ações.

Nos Estados Unidos, a obra de Adolf Berle e Gardiner Means, *the modern corporation and private property*, publicada em 1932³³, trouxe atenção para o distanciamento dos acionistas em relação à tomada de decisão da administração da sociedade - diga-se de outro modo: o distanciamento entre controle e titularidade dentro das sociedades, especialmente das companhias de capital pulverizado, as chamadas *quasi-public corporations*³⁴. Comparativamente, a dispersão do controle de capital e a multiplicidade de titulares de ações de uma mesma companhia geraram, para os autores, uma expressão de poder praticamente equivalente aos moldes de concentração do sistema feudal. Segundo TRICKER, as questões endereçadas na obra foram relevantes para criação do US Securities and Exchange Commission (SEC)³⁵.

“The explosion of the atom of property destroys the basis of the old assumption that the quest for profits will spur the owner of industrial property to its effective use. It consequently challenges the fundamental economic principle of individual initiative in industrial enterprise. It raises for reexamination the question of the motive force back of industry, and the ends for which the modern

³¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 3.

³² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 7.

³³ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019.

³⁴ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. <<(…) the quasi-public corporation: a corporation in which a large measure of separation of ownership and control has taken place through the multiplication of owners>>. Pg. 5.

³⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 8.

corporation can be or will be run. (...) This system bids fair to be as all-embracing as was the feudal system in its time".³⁶

O trabalho de Adolf Berle e Gardiner Means acima mencionado gerou especial repercussão na época por declarar que o poder econômico e social das companhias competia em plano idêntico ao do próprio Estado, possivelmente superando-o.

*"The operations of the government remain as the only field of economic activity not yet considered. Here, of course, the corporate system with its widely dispersed ownership is not in evidence. It should be noted, however, that even the government is beginning to employ the corporate device - witness, for example, the Port of New York Authority. Even here the corporation may become the established form, ultimate ownership and, to the extent that the democratic machinery is effective, ultimate control, vesting with the people"*³⁷.

Em 1971, a obra de Myles Mace, *Directors: Myth and Reality*³⁸, discutiu a realidade do funcionamento do *board of directors* (membros do Conselho de Administração) nas grandes companhias. O autor baseou o seu trabalho em entrevistas que conduziu entre 1969 e 1971 com *officers* e *directors*. Concluiu que funções tradicionalmente atribuídas ao *board of directors*, como a definição de objetivos, estratégias e políticas da companhia e a formação de questionamentos (dentro e fora de reuniões do conselho), não eram compatíveis com a realidade corporativa. As entrevistas apontaram que, na maior parte dos casos, em companhias de médio e grande porte, os membros do conselho não enxergavam nas reuniões do conselho um espaço de efetiva discussão e entendiam que a definição de objetivos, estratégias e políticas da companhia eram matérias, na prática, assumidas pelos *officers* (diretores).

Durante os anos 70, TRICKER³⁹ destaca algumas alterações substanciais no pensamento da governança corporativa. Tais mudanças surgiram em um contexto de especial crescimento de litígios nos quais os acionistas de companhias falidas buscavam a responsabilização dos administradores.

³⁶ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 9 a 10.

³⁷ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 16 a 17.

³⁸ MYLES, L. Mace. *Directors: Myth and Reality*. Pp. 207. Boston, Mass.: Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University, 1971.

³⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 9.

Primeiro, em 1972 o SEC nos Estados Unidos passou a exigir que as companhias listadas criassem *audit committees* (comitês de auditoria). O propósito de tais comitês era criar uma espécie de ponte entre os auditores externos e os administradores sobre questões que eventualmente surgissem entre a auditoria externa e o departamento financeiro interno da companhia.

Segundo, os chamados *two-tier boards* passaram a ser promovidos na Europa. A então European Economic Community (mais tarde, União Europeia) buscava fundar diretivas para harmonizar o direito societário entre seus Estados-Membro. Em uma delas, the EEC Draft Fifth Directive (1972) foi proposto, entre outros aspectos, que os blocos unitários de administração fossem substituídos pelo two-tier board praticado na governança alemã e holandesa. Nessa forma de governança, haveria um órgão de fiscalização superior, responsável por supervisionar os executivos e membros do conselho de administração. O órgão de fiscalização teria o poder de nomear a diretoria. De acordo com TRICKER, a proposta não foi bem recebida na Inglaterra, onde o conselho unitário era visto «*at least by directors, as a viable system of governance*»⁴⁰.

O próprio TRICKER desenvolveu uma pesquisa financiada pela Deloitte em 1970 a respeito da possibilidade de introdução dos comitês de auditoria nas companhias britânicas, concluindo ao final que «*although many listed-company board did not have non-executive directors, the concept of director independence was not understood in Britain*»⁴¹.

Uma resposta do Reino Unido ao EEC Draft Fifth Directive teria sido desenvolvida por um comitê encabeçado pelo Lord Bullock e publicada na forma de relatório – The Report of the Committee of Inquiry on Industrial Democracy (1971). Há quem entenda que este foi o primeiro estudo sério de governança corporativa na Inglaterra, propondo a continuidade dos *unitary boards*, mas com alguns administradores representando os empregados da companhia⁴².

A década de 70, segundo TRICKER⁴³, assistiu por fim uma terceira grande mudança sobre a ressignificação do papel das companhias listadas. Alguns autores e associações questionavam-se sobre a responsabilidade da empresa para além do interesse dos seus acionistas. Nesse sentido, TRICKER destaca no Reino Unido os trabalhos do Committee of the Confederation of British

⁴⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 9.

⁴¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 9.

⁴² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 9.

⁴³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 10.

Industries, presidenciado por Lord Watkinson em 1973, o relatório de Forgaty em 1975 sobre a responsabilidade das sociedades, e o The Corporate Report de 1975 desenvolvido pelo Accounting Standards Steering Committee.

Em breve referência a respeito do Corporate Report desenvolvido pela ASSC⁴⁴, notamos que os trabalhos da associação tinham como objetivo reexaminar o escopo e as finalidades das demonstrações financeiras publicadas e as melhores formas de mensurar a posição econômica, performance e prospectos de uma sociedade. A filosofia básica do relatório assume que a função que as companhias desempenham na sociedade justifica a responsabilidade das mesmas ao reportar publicamente (a que também refere como responsabilidade pública) de forma mais ampla do que aquela exigida em lei. Parte-se do princípio de que a companhia afeta como um todo a sociedade, especialmente os padrões de vida e a criação de riquezas - daí decorrendo uma responsabilidade igualmente grandiosa perante a comunidade.

O relatório desenvolvido pela ASSC, ao lado de outras manifestações durante os anos 70, refletiu um esforço pela ampliação da responsabilidade dos administradores e controle sob a gestão – segundo TRICKER⁴⁵, o período refletiu verdadeiro «*erosion of managerial power*»

"We consider the responsibility to report publicly (referred to later as public accountability) is separate from and broader than the legal obligation to report and arises from the custodial role played in the community by economic entities. Just as directors of limited companies are recognised as having stewardship relationship with shareholders who have invested their funds, so many other relationships exist both of a financial and non-financial nature. For example, economic entities compete for resources of manpower management and organisational skills, materials and energy, and they utilise community owned assets and facilities. They have a responsibility for the present and future livelihoods of employees and because of the interdependence of all social groups, they are involved in the maintenance of standards of life and the creation of wealth for and on behalf of the community."

COUTINHO de ABREU aponta para o início do *corporate governance movement* justamente na década de 70, nos Estados Unidos, coincidente ao marco histórico do caso Watergate. O autor destaca o desenvolvimento embrionário de recomendações publicadas por associações de juristas como o American Bar Association e o American Law Institute⁴⁶.

⁴⁴ *The Corporate Report. A discussion paper published for comment by the Accounting Standards Steering Committee.* London, 1975. Disponível na url: <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/corporate-report.ashx?la=en>. Consultado em 28/09/2019.

⁴⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices.* Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 10.

⁴⁶ Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das Sociedades Comerciais.* Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 10.

Na contramão das preocupações que ocuparam os anos 70, os anos 80 assistiram o predomínio de noções neoliberais na governança, sob a principal influência das políticas econômicas de Margareth Thatcher no Reino Unido e Ronald Reagan nos Estados Unidos. A responsabilidade dos administradores para trazer lucro aos acionistas foi reforçada no período, inclusive através de *take-over bids* predatórios e «*high-risk high-rate 'junk' bonds*»⁴⁷. O modelo focado na performance lucrativa da administração operou também como fundamento para privatização de empresas públicas.

Ao final dos anos 80, no entanto, percebeu-se que o modelo neoliberal aplicado à governança societária apresentava certas falhas. O caso envolvendo a Drexel, Burnham Lambert Incorporate (DBL) nos Estados Unidos marcou esse desmanche⁴⁸. Em uma breve menção, a DBL operava nos Estados Unidos como corretora de valores mobiliários, tendo sua sede em Nova York. A empresa foi uma das pioneiras na exploração dos junk bonds, e tinha como head do departamento de títulos de alto retorno, Michael Milken, então considerado o «*junk bond king*» de Wall Street⁴⁹.

No início dos anos 80, foi descoberto que Michael Milken fornecia a Ivan Boeski informações privilegiadas, de modo que Boeski pudesse utilizá-las em *take-over bids* e para manipular ações negociadas no mercado, em benefício mútuo⁵⁰. De acordo com a posição atual do SEC, a legislação estadunidense em matéria de *take-over* e *insider information* era fraca na época, mas o depoimento de Michael Milken no Congresso americano motivou os esforços de alguns dos representantes da casa para aprovar leis mais rigorosas, com penalidades mais elevadas para a conduta de *insider trading* e a penalização das próprias sociedades que não vigiaram devidamente seus empregados⁵¹.

O SEC inaugurou um procedimento civil contra Michael Milken, condenado-o por *insider trading*, entre outras condutas⁵². Michael Milken foi igualmente punido na seara criminal e sentenciado a uma pena privativa de liberdade inicialmente fixada em 10 anos pelos crimes de

⁴⁷ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 10.

⁴⁸ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 11.

⁴⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 11.

⁵⁰ SEC. *Wrestling with Reform: Financial Scandals and the Legislation they Inspired*. Disponível em: <http://www.sechistorical.org/museum/galleries/wwr/wwr05d-markets-milken.php>. Consultado em 30/09/2019.

⁵¹ SEC. *Wrestling with Reform: Financial Scandals and the Legislation they Inspired*. Disponível em: <http://www.sechistorical.org/museum/galleries/wwr/wwr05d-markets-milken.php>. Consultado em 30/09/2019.

⁵² SEC v DBL. 837 F. Supp 587 em 596. Disponível e consultado em 05-05-2019 em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/956/503/1895165/>

fraude, manipulação do mercado, e fraude tributária⁵³. Posteriormente, outros escândalos sucessivos de *insider trading* durante os anos 80 teriam influenciado a aprovação do *Insider Trading and Securities Fraud Enactment Act* de 1988 nos Estados Unidos.

Para alguns autores, os conceitos de governança corporativa começaram a receber efetiva atenção apenas diante da emergência de casos de crise na administração das companhias listadas durante os anos 80⁵⁴. Refletia-se, no momento, que os administradores precisavam de um sistema de *checks and balances* para operar, sobretudo quando os membros do conselho de administração eram ‘fracos’ e o diretor presidente figurava também como presidente do conselho de administração.

Aparentemente, a centralidade do tema governança corporativa no final dos anos 80 refletiu mais consternação com os colapsos empresariais experimentados no período, sobretudo diante dos excessos da administração, do que propriamente uma dedicação acadêmica e de pesquisa sobre o tema⁵⁵.

A década culminou, para alguns autores⁵⁶, com os administradores sentindo-se pressionados (sobretudo em função da ameaça de litígio e repercussões midiáticas) e o início de práticas proativas de governança pelos investidores externos. A título de menção sobre esse movimento, observamos a formação do US Treadway Commission nos Estados Unidos, em 1985, que dedicou-se a estudar o sistema de publicação de demonstrações financeiras. O primeiro relatório desenvolvido pela comissão – *Report of the National Commission for Fraudulent Financial Reporting* (1987)⁵⁷ - fundou a subsequente criação do Committee of Sponsoring Organizations and Treadway Commission (COSO) para apoio da National Commission on Fraudulent Financial Report. O COSO incentiva a incorporação de boas práticas de governança corporativa, entre outras pautas.

⁵³ *United States v Michael Milken, S 89 Cr 41*. Disponível e consultado em 05-05-2019 em:

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/123/1445218/>

⁵⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 11.

⁵⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 11.

⁵⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 11.

⁵⁷ O relatório desenvolvido sugere, entre outras práticas, que as companhias estabeleçam comitês de auditoria compostos por membros independentes para apoiar o conselho de administração na revisão das contas e demonstrações financeiras. O comitê de auditoria deveria, ainda, revisar o processo de consulta de risco de declarações financeiras fraudulentas e o programa desenvolvido pela administração para monitorar o cumprimento do código de conduta corporativa. Disponível e consultado em 05-05-2019 em www.coso.org.

Os códigos de governança corporativa têm a sua estreia nos anos 90⁵⁸. Segundo TRICKER, o porquê do movimento teria origem na magnificação do poder corporativo, sobretudo o poder dos seus administradores⁵⁹. As estruturas societárias teriam se revelado significativamente mais complexas e internacionais, na mesma medida em que as suas relações financeiras e operacionais se tornavam mais dinâmicas e instáveis. O fenômeno, de acordo com o autor, destacou uma categoria de administradores que «*while claiming to reflect owner's interest (...) were seen to be pursuing their own agendas and expecting huge rewards – privileges reserved in earlier generations for kings and their courtiers.*»⁶⁰

COUTINHO DE ABREU destaca nos anos 90 a chegada do movimento de *governança* societária na Europa, portanto «*mais exportado do além-Atlântico do que importado daqui*»⁶¹. O primeiro país europeu a experimentar a *corporate governance* teria sido a Inglaterra, seguidamente a escândalos financeiros e falências envolvendo as sociedades Maxwell, Polly Peck International e Brent Walker⁶². A posição precursora da Inglaterra não parece coincidência, já que o contexto societário das grandes empresas nos Estados Unidos e na Inglaterra revelavam algumas afinidades: sociedades cotadas cujas ações se colocavam de forma dispersa no mercado – ou seja, realidades de separação entre propriedade e controle.

O primeiro código de governança corporativa surge então na Inglaterra, o Cadbury Report publicado em 1992 pelo Comitê sobre Aspectos Financeiros de Governança Corporativa presidido por Sir Adrian Cadbury (o Comitê Cadbury)⁶³. No *coração* do relatório foi incluído um código de melhores práticas que estabelecia «*high standards of corporate behavior*» (Item 1.3 do Relatório⁶⁴).

O comitê foi criado em um contexto de afrouxamento de regras de contabilidade, obscuridade nas regras societárias relativas ao poder de fiscalização dos membros do conselho de administração (Item 2.1 do Relatório) e perda de confiança dos investidores em relação às companhias abertas listadas na bolsa – confiança tanto sobre a honestidade quanto a

⁵⁸ Nesse sentido, também nota COUTINHO DE ABREU: 'Já nos anos 90, algumas sociedades, bem como investidores institucionais e outras organizações, publicaram códigos de boas práticas de governança.'. COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 10.

⁵⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 14.

⁶⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 14.

⁶¹ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 11.

⁶² COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 11.

⁶³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 14.

⁶⁴ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019.

responsabilidade de seus administradores⁶⁵. A falência repentina das companhias Collorol e Polly Peck na Inglaterra – quando em momento algum suas respectivas demonstrações financeiras sinalizavam o colapso – teria sido particularmente importante para a iniciativa de constituir o Comitê Cadbury⁶⁶.

Em entrevista para Cambridge University⁶⁷, Sir. Adrian Cadbury afirma que o comitê teria sido constituído para analisar uma questão de natureza contábil, consistente em compreender a aparente inabilidade das demonstrações financeiras que não refletiam uma posição verdadeira sobre a saúde financeira das companhias abertas listadas. Portanto o foco do relatório residiria em analisar os *standards* de contabilidade e os erros corporativos cometidos na formulação das contas e relatórios das sociedades dessa natureza. Sir. Adrian afirma na entrevista que a ideia do relatório era criar recomendações que, caso implementadas, fossem então adaptadas às circunstâncias específicas da companhia.

“We were careful when we published the report and the code to say that these are recommendations (...) which you should implement and then we said in the ways which made sense in your particular circumstances (...) and that was very important and one of the hopes that certainly I had (...) was that the code would be inspirational not setting a flaw (...) to think always in term of how we do progress and how in fact we improve the standards of governance. (...) there was really a misunderstanding of what they [board of directors and individual directors] were there to do what governance was for, and so we had to set out as clearly as we could what we saw as the tests if you like that boards and directors should go through if they were going to form an effective governance board. (...) the one recommendation which it would have been in my view right and helpful to have turned into law would be the need to have a properly constituted Audit Committee. (...) the second thing is perhaps more fundamental in a way and it is (...) that in business we evaluate everybody, we evaluate the management, we do not evaluate how boards are working (...) then boards ought to go through a process of self evaluation. How well are we working? Could we do better? What decisions have we made which are looking back? Were they right decisions? and which ones weren't? So that question of board evaluation of themselves seem to me the gap which would be good if we could have filled.”

Relativamente às recomendações do relatório de Cadbury, poderíamos mencionar algumas que nos parecem mais relevantes. Inicialmente, o relatório provê o preceito basilar de que um bom sistema de governança corporativa requer um sistema de responsabilidade «accountability» para nortear a atuação do conselho de administração e paralelamente devolver a confiança dos

⁶⁵ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019.

⁶⁶ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019.

⁶⁷ Disponível e consultada em 05-05-2019 em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=314&v=ZfC7ykLKy4M

investidores⁶⁸. O Código de melhores práticas sugerido atende a esse preceito na medida em que estaria fundado nos princípios de *abertura, integridade e responsabilidade*⁶⁹ e busca o seu convencimento, em certa medida, com a ameaça de que – diante da falta de autorregulação – se imponha a regulação mais estrita do Estado⁷⁰.

O princípio da abertura mencionado no relatório corresponde ao dever da companhia de publicar certas informações ao mercado, sobretudo em atenção aos investidores, de forma eficiente e funcional, de modo que tanto o Conselho de Administração quanto os acionistas possam tomar medidas completas e diretas em questionamento à condução dos negócios da sociedade⁷¹.

O princípio da integridade endereçado no relatório guarda especialmente relação com a completude e honestidade no levantamento, condução e elaboração das demonstrações financeiras, de modo a retratar fielmente a realidade das contas da companhia e o estado dos seus negócios⁷².

Finalmente, quanto ao princípio da responsabilidade, o Relatório refere-se à responsabilidade do conselho de administração perante os acionistas ao prover informações de qualidade, e a responsabilidade dos acionistas sobre a administração enquanto «donos⁷³».

Além de considerações principiológicas, destacamos no Relatório de Cadbury, a recomendação às companhias listadas para que introduzam um comitê de auditoria em sua estrutura orgânica. O relatório propõe tal comitê como elemento central na melhoria da qualidade da governança corporativa⁷⁴. Sir. Adrian comenta em entrevista à Cambridge University que a proposta deveria ter sido, inclusive, convertida em lei.

Os comitês de auditoria, conforme propostos no Relatório Cadbury, potencializariam a qualidade dos relatórios sobre as demonstrações financeiras, reforçariam as relações da companhia com os auditores externos abrindo um canal de comunicação com eles, apoiaram a contribuição dos

⁶⁸ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Itens 1.1 e 1.6 do Relatório.

⁶⁹ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.2 do Relatório.

⁷⁰ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.6 do Relatório.

⁷¹ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.2 do Relatório.

⁷² *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.3 do Relatório.

⁷³ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.4 do Relatório.

⁷⁴ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Anexo 4, Item 1 do Relatório.

membros do Conselho de Administração sobre os relatórios e, entre outros aspectos, estimulariam a credibilidade dos investidores em relação às demonstrações financeiras publicadas, na medida em que critérios objetivos fundariam a elaboração daquelas⁷⁵.

Para garantir o atingimento dos objetivos supra mencionados, o relatório recomenda o atendimento de certas formalidades (i) que o comitê seja presidido por um membro independente, (ii) que o comitê seja constituído como sub-comitê vinculado ao conselho ao qual se reporta, promovendo reuniões pelo menos duas vezes ao ano, (iii) o comitê seja composto por, pelo menos, 3 membros, e que estes sejam em sua maioria conselheiros independentes da companhia⁷⁶ e necessariamente administradores não-executivos, e, entre outros pontos (iv) o comitê tenha poderes investigativos sobre as matérias de sua competência e acesso irrestrito às informações financeiras da companhia⁷⁷.

Além da constituição dos comitês de auditoria, nos parece relevante mencionar outras recomendações do Relatório Cadbury, incluindo (i) a submissão da remuneração dos diretores (executivos) à um comitê de remuneração exclusivamente composto por membros não executivos⁷⁸ e a publicação de tais remunerações, refletindo inclusive opções de compra de ações, bônus de performance (justificada a base de tal bônus) e contribuições de qualquer outra natureza⁷⁹, (ii) que participassem do conselho de administração membros não executivos suficientes *«for their views to carry sufficient weight in the board's decision⁸⁰»*, (iii) que na coincidência de cargos do presidente do conselho de administração e diretor presidente da companhia, o elemento da independência fosse reforçado no conselho, incluindo a participação de um membro sênior⁸¹, e, por fim, (iv) que a Companhia publique o seu atendimento ou desatendimento em relação ao código de ética, cabendo ao comitê de auditoria revisar previamente as declarações dessa ordem⁸².

⁷⁵ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Anexo 4, Item 4.

⁷⁶ *«This means that apart from their directors' fees and shareholdings, they should be independent of management and free from any business or other relationship which could materially interfere with the exercise of their independent judgment as a committee member.»*

⁷⁷ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Anexo 4, Item 4.

⁷⁸ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.3

⁷⁹ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3.2.

⁸⁰ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 1.3.

⁸¹ *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 1.2.

⁸² *The Cadbury Report*. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archios.info/report>. Consultado em 30/09/2019. Item 3 do Summary of Recommendations.

A recepção do Relatório Cadbury na época da sua publicação gerou opiniões dúbias, entre aqueles que o enxergaram como excessivo e aqueles que o enxergaram como insuficiente. Em relação ao primeiro grupo, TRICKER destaca a opinião de alguns no sentido de que a ênfase do relatório em relação ao conselho de administração estaria forçando «*by the back door*» a estrutura de controle sugerida pela União Europeia (*two-tier supervisory board*). No segundo grupo, estariam, segundo TRICKER, aqueles que não viam medidas punitivas suficientes para garantir as boas práticas, como a previsão de cancelamento do registro das companhias listadas junto a bolsa.⁸³

O relatório Cadbury teria provocado influência expressiva no mundo. Pode-se dizer que a inspiração do relatório foi refletida em outros, igualmente preocupados em endereçar o problema do abuso do poder de controle corporativo, como o Relatório Viénot publicado em 1995 na França⁸⁴, as recomendações da bolsa de Toronto sobre boas práticas no Canadá publicadas em 1995, o Relatório Holandês de 1997 e o relatório da Sociedade de Contadores de Hong Kong, publicado em 1996⁸⁵.

Em breve menção ao Relatório Viénot, observamos que a justificativa da sua elaboração está centrada no ingresso de investidores estrangeiros na bolsa de Paris sem conhecimento das regras e práticas exercidas no país⁸⁶. O relatório pressupõe que a Lei societária francesa não merece alterações, já que seria o suficiente detalhada, precisa e flexível, não se colocando em meio às normas sobre a composição dos conselhos ou formalidades adicionais à sua forma de funcionamento, e permitindo, de outro lado, a formação de comitês pelo conselho de administração. O relatório reforça o seu caráter meramente sugestivo e a liberdade de adoção das companhias, em um tom que nos parece menos endossável e recomendatório do que àquele adotado no Relatório Cadbury.

Destacamos a sugestão do Relatório Vienot de que as companhias listadas incluam pelo menos 2 membros independentes⁸⁷. Nesse sentido, o relatório declara estar adotando o conceito de independência desenvolvido pelos estudiosos de governança corporativa nos Estados Unidos e Inglaterra, segundo o qual a independência excluiria não apenas os administradores executivos, mas também os que guardam qualquer interesse especial na companhia, seja como acionista, fornecedor

⁸³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 13.

⁸⁴ *Relatório Viénot*, disponível e acessado em 06-05-2019, através do link: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/vienot1_en.pdf

⁸⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 13.

⁸⁶ *Relatório Viénot*, disponível e acessado em 06-05-2019, através do link: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/vienot1_en.pdf. Pg. 2.

⁸⁷ *Relatório Viénot*, disponível e acessado em 06-05-2019, através do link: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/vienot1_en.pdf. Pg. 2.

ou cliente. O relatório Vienot recomenda, à semelhança do relatório Cadbury, que as companhias listadas constituem comitês especiais, como comitês de remuneração e de seleção e o comitê de auditoria. Especialmente sobre este último, o relatório destaca o seu papel central na verificação do atendimento de procedimentos para análise das demonstrações financeiras.

Diferentemente do que propõe o relatório Cadbury, o relatório francês propõe uma atuação menos substancial do comitê de auditoria: «*The advisory committee's task is not so much to examine the details of financial statements as to assess the reliability of procedures for their establishment and the validity of decisions taken concerning significant transactions. When the advisory committee is examining financial statements, it would also be desirable for it to examine major transactions which may have given rise to conflicts of interest*⁸⁸.»

Nos Estados Unidos⁸⁹, a abordagem das normas de governança corporativa tende a ser fundada no atendimento mandatório dos regulamentos e da lei, enquanto a maior parte dos códigos adotados em outros países preferiram uma abordagem discricionária de ‘*comply or explain*⁹⁰’.

Os debates de governança corporativa contemporâneos ao Relatório Cadbury geraram nos Estados Unidos o *Statement of Corporate Governance* publicado em 1997 e desenvolvido pelo US Business Roundtable⁹¹ – a partir de um perspectiva, segundo alguns autores⁹², «*pro-business*». Notamos que o relatório inicialmente justifica a necessidade da governança corporativa porque, em sua ausência, os acionistas estariam demasiado vulneráveis – *i.e.*, expostos aos riscos de *desafios* financeiros e administrativos⁹³.

O *Statement of Corporate Governance* guarda a premissa de que se deve valorizar, para eficiente governança, a substância sobre a forma. Isso significaria, nos termos do relatório, que a estrutura da governança deve ser traçada sob medida, de modo que acionistas, membros do conselho de administração e diretores possam exercer suas competências de forma eficiente; o

⁸⁸ *Relatório Viénot*, disponível e acessado em 06-05-2019, através do link: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/vienot1_en.pdf. Pg. 20 a 21.

⁸⁹ Lembramos que as leis societárias no país são de competência dos estados-membros e aplicáveis conforme o local de constituição da sociedade. De modo geral, aplicam-se às sociedades empresárias americanas os princípios contábeis estadunidenses - GAAP (Generally Accepted Accounting Principles) – e as normas do SEC relativas às companhias listadas na bolsa.

⁹⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 13.

⁹¹ *US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance* (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>

⁹² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 13.

⁹³ *US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance* (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>. Pg. 1.

relatório avança, em seguida, para definir que o dever dos administradores é com os acionistas e, nesse sentido, se desnaturalizaria a função daqueles quando atuassem na tutela de interesses alheios aos dos últimos⁹⁴.

Apesar da vertente que, de fato, nos parece mais liberal no *Statement of Corporate Governance*, em relação ao Relatório Cadbury, alguns pontos unem as duas propostas. Em semelhança, o *Statement* propõe que o Conselho de Administração assegure o funcionamento do sistema de governança corporativa da sociedade, recomenda a inclusão de membros independentes da diretoria no Conselho de Administração de companhias listadas e apoia a criação do comitê de auditoria, bem como os comitês de remuneração e nomeação⁹⁵. Em relação ao critério da independência a aplicar-se sob os membros do conselho de administração, o *Statement* recomenda flexibilidade e uma exame ponderado sobre *circunstâncias individuais*⁹⁶.

Um ponto especialmente destoante entre o Relatório de Cadbury e o *Statement of Corporate Governance* diz respeito à figura do Presidente do Conselho de Administração – o *Statement*, contrariamente ao proposto no Relatório de Cadbury, aconselha que o CEO seja igualmente apontado como Presidente do Conselho de Administração. Essa coincidência de papéis, para os membros do *Business Roundtable* seria eficiente na medida em que «*provides a singles leader with a single vision of the company*⁹⁷.»

De modo geral, o que nos parece é que a interpretação do *Business Roundtable*, ao afirmar que a governança corporativa deve valorizar substância sobre forma, significou, em certa medida, que a estrutura de governança deveria ser menos rígida em suas formulações gerais e mais temperada com elementos subjetivos e específicos da lógica capitalista societária. Não há referências no relatório a qualquer função da governança corporativa externa às relações intra-societárias.

⁹⁴"The notion that the board must somehow balance the interests of stockholders against the itnerests of other stakeholders fundamentally miscontrues the role of directors. It is, moreover, an unworkable notion because it would leave the board with no criterion for resolving conflicts between interests of stockholders (...) While The Business Roundtables favors certain broad principles as generally contributing to good corporate governance, not all of theses broad principles are necessarily right for all corporations at all times." Pg. 4.

⁹⁵Como no período já era exigido pelas normas do New York Stock Exchange. *US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance* (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>.

⁹⁶ *US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance* (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>. Pg. 11.

⁹⁷ *US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance* (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>. Pg. 13.

O conselho da OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) reuniu-se em 1998 para elaborar determinadas guidelines sobre governança corporativa⁹⁸. O relatório marca o primeiro momento em que uma organização internacional busca identificar «*the core elements of a good corporate governance regime*»⁹⁹

Em suas considerações iniciais, o relatório da OECD aponta para a necessidade de adoção de boas práticas de governança na tutela de interesses amplos, incluindo o interesse da comunidade onde as sociedades empresárias operam para além do propósito de atrair a confiança de investidores¹⁰⁰. Em certa medida, o relatório esperou também que os princípios desenvolvidos inspirassem o aperfeiçoamento de leis e regulamentos nos Estados-membros e a formação de códigos de governança no setor privado – sem no entanto pretender substituí-los.¹⁰¹

Os princípios desenvolvidos foram especialmente pensados para o formato das companhias listadas¹⁰² e elegidos como 'elementos comuns' que poderiam se enquadrar a realidades diversas. Entre estes, poderíamos mencionar o da abertura e transparência, o tratamento igualitário dos acionistas e a responsabilidade do conselho de administração.

Nos termos do relatório da OECD, a publicação de informações deveria incluir, para além de resultados financeiros e operacionais, a remuneração dos administradores, fatores de riscos materiais e previsíveis, e as políticas e estrutura de governança da sociedade¹⁰³. Ao conselho de administração caberia, entre outras responsabilidades, garantir e monitorar a efetividade de práticas de governança, decidir de forma equitativa em relação ao interesse dos acionistas, fiscalizar situações de conflito de interesse na administração e garantir a integridade dos sistema de publicação das demonstrações financeiras e contas da companhia.¹⁰⁴

⁹⁸ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En)

⁹⁹ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 6.

¹⁰⁰ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 6.

¹⁰¹ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 9.

¹⁰² *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 9.

¹⁰³ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 19.

¹⁰⁴ *OECD Principles of Corporate Governance*. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En). Pg. 20 e 21.

A recepção das diretrizes da OECD gerou algumas opiniões no sentido de que as considerações da OECD foram «pointless¹⁰⁵», enquanto outros teriam visto algum mérito na definição do que poderiam ser os princípios basilares da governança corporativa. De fato, encontramos alguma falta de aprofundamento nas *guidelines* desenvolvidas – muito embora, nos pareça, o objetivo do órgão tenha sido traçar apenas panoramas básicos de governança que não optassem por modelos específicos.

Em reação às produções de códigos de governança corporativa, a companhia General Motors adotou em 1994, de forma inovadora, as suas próprias diretrizes de governança aplicáveis ao conselho de administração em relação a determinadas matérias. Outras manifestações no setor privado teriam se inspirado na ação da companhia¹⁰⁶.

De modo geral, os códigos que se desenvolveram em sequência ao Relatório Cadbury trouxeram referências semelhantes sobre a necessidade de melhores níveis de *compliance* no âmbito do conselho de administração, a adoção de comitês de auditoria e o incentivo à inclusão de membros independentes e não-executivos na administração da companhia. O objetivo imediato na adoção de tais recomendações seria circunscrever o poder decisório dos diretores (executivos) da companhia e garantir a tutela do interesse dos acionistas.

Em certa medida, muitas recomendações de governança – como parece estar refletido no Relatório Vienot e no relatório produzido pelo *US Business Roundtable* – parecem ter a sua razão de ser em finalidades como estimular a confiança dos investidores para movimentação eficiente do mercado de ações ou criar valor para os acionistas através de um sistema de *checks and balances* que reduza a tomada de riscos e estabeleça limites que circunscrevam a responsabilidade dos administradores.

Parece-nos que poucos relatórios desenvolvidos no período fundamentaram a necessidade da governança corporativa em virtude da responsabilidade ético-comunitária das sociedades empresárias ou em nome da concretização da função social da empresa¹⁰⁷, tampouco enquadraram o abuso do poder corporativo em uma esfera de danos à economia, ao pleno emprego ou à mobilidade

¹⁰⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 14.

¹⁰⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 14.

¹⁰⁷ Vimos no Corporate Report desenvolvido pela ASSC algumas referências ao dever comunitário das sociedades, em razão da repercussão dos seus desvios éticos na sociedade como um todo.

social. De certo modo, percebemos um pensamento utilitário nos códigos desenvolvidos, tema que será endereçado adiante.

Na visão de alguns autores¹⁰⁸, discussões sobre governança corporativa tornaram-se apenas centrais no Século XXI, ao mesmo tempo em que novas leis e regulamentos eram aprovados na maior parte das economias desenvolvidas e em desenvolvimento. O período assistiu a crise financeira global de 2007 e o notório caso da Enron Corporation nos Estados Unidos.

Em breve referência¹⁰⁹, a Enron Corporation era uma companhia estadunidense fundada no Texas em 1985 que se tornou uma das empresas de maior renda bruta do país. Jeffrey Skilling era o Diretor Presidente da companhia até sua renúncia em 2001. Apenas 4 meses após a sua renúncia, a companhia entrou em falência e o valor das suas ações diminuiu drasticamente. Uma investigação foi conduzida a respeito e revelou, ao final, um esquema fraudulento destinado a inflacionar o valor das ações da companhia.

Aparentemente¹¹⁰, as demonstrações financeiras da companhia eram manipuladas para enganar investidores e acionistas e os administradores produziam declarações enganosas que exageravam o bem-estar financeiro da empresa. Jeffrey Skilling teria coordenado e se enriquecido a custa do esquema, sobretudo através do recebimento de bônus e opções de compra de ações da companhia. O executivo respondeu a um processo criminal que culminou com a sua condenação por conspiração, *insider trading*, declarações falsas a auditores e fraude de valores mobiliários¹¹¹.

A importância da boa governança corporativa parece ter sido reconhecida de forma generalizada no século XXI¹¹². Para COUTINHO DE ABREU, o movimento alastrou-se a outros países da União Europeia além da Inglaterra, como forma de reação aos escândalos corporativos e financeiros desencadeados pela má governança, diante também da globalização econômica e ingresso de *‘poderosos embaixadores da corporate governance (a americana, mormente)’*¹¹³.

¹⁰⁸ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 3.

¹⁰⁹ Supreme Court of the United States. *Jeffrey Skilling v. United States*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT No. 08–1394. Argued March 1, 2010—Decided June 24, 2010.

¹¹⁰ Supreme Court of the United States. *Jeffrey Skilling v. United States*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT No. 08–1394. Argued March 1, 2010—Decided June 24, 2010.

¹¹¹ Supreme Court of the United States. *Jeffrey Skilling v. United States*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT No. 08–1394. Argued March 1, 2010—Decided June 24, 2010.

¹¹² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 15.

¹¹³ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 11.

Outros escândalos somaram-se ao caso da Enron, como o colapso da Waste Management, Inc., Worldcom e Tyco nos Estados Unidos. O *approach* dos Estados Unidos à governança corporativa, segundo alguns autores¹¹⁴, passou a ser questionado. Alguns arguíram que o modelo US GAAP por lá adotado estava fundado em regras manipuláveis, ao invés de sustentar-se em «principles of overall fairness required in international accounting standards»¹¹⁵. Diante do abalo de confiança que a crise de governança provocou no mercado, a resposta nos Estados Unidos teria sido por mais legislação.

Os grandes colapsos empresariais presenciados nos anos 90 evidenciaram erros em práticas contabilísticas (tendentes a inflar receitas e lucros), a ação ineficiente da fiscalização interno-orgânica e da auditoria externa, bem como *‘práticas permissivas de conflitos de interesses entre sociedade e administradores (v.g., concessão de vultuosos mutuos aos diretores, stock options integrando em larguissima percentagem a remuneração dos administradores, executivos e não executivos)’*.¹¹⁶

Entendemos que o caso Waste Management, Inc.¹¹⁷ vale uma breve referência por ter sido um dos mais expressivos em tema de fraude fiscal no final dos anos 90. A Waste Management era uma das empresas mais importantes de serviço de coleta do mundo, operando nos Estados Unidos. Entre 1992 e 1997, os diretores da companhia teriam coordenado um esquema para falsificar os ganhos da companhia, entre outras medidas de desempenho financeiro. As falsificações ocorreram através de certas manipulações contábeis, como a prática de *netting* para descontar gastos da companhia, o uso de *geography entries*, e a manipulação de contas para atingimento das metas criadas trimestrais pela diretoria (*top-level adjustments*). Através de fraude, os diretores recebiam bônus substanciais pelo atingimento de metas com base nas ações inflacionadas da companhia. O próprio auditor da companhia estava envolvido no esquema e apoiava o preparo de declarações financeiras enganosas.

¹¹⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 15.

¹¹⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 15.

¹¹⁶ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 10.

¹¹⁷ Relatório do SEC sobre o caso Waste Management Inc. encontra-se disponível e foi consultado em 22-05-2019 através do link: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/compl17435.htm>

Como parte do esquema¹¹⁸, os diretores teriam feito e autorizado a emissão de declarações financeiras enganosas a respeito do desempenho da companhia, apresentando tais informações aos investidores, ao público e à SEC nos Estados Unidos.

Enquanto as ações da companhia estavam altas, os diretores promoveram a negociação de títulos com investidores, o que permitiu que as perdas da companhia fossem compensadas. De acordo com o relatório do SEC, em meados de 1997, o novo CEO da companhia ordenou uma revisão das contas publicadas e retificou as declarações financeiras no valor de 1.7 bilhões de dólares - retificação que ficou conhecida como *'the largest restatement in history'*¹¹⁹.

De acordo com o SEC¹²⁰, a desvalorização das ações que seguiu à retificação levou a perdas superiores a 6 bilhões de dólares para alguns acionistas da companhia. Os diretores da companhia e o auditor independente foram condenados pelo SEC por *Securities Fraud*, falsificação de livros e registros e emissão de relatórios periódicos falsos, com base no *Securities Act* de 1933 e no *Securities Exchange Act* de 1934. Os diretores foram igualmente responsabilizados por prestarem declarações falsas ao auditor da companhia. O SEC entendeu, entre outras razões da condenação, que os GAAP foram violados pelos diretores e auditor, bem como as regras de preparação das demonstrações financeiras.

Em 2001, a Blue Ribbon Commission, constituída pela National Association of Corporate Directors (NACD) nos Estados Unidos, publicou o relatório *Director Professionalism* com certas recomendações de governança. O relatório busca localizar a fonte das regras de compliance nas deliberações do Conselho de Administração (Board), cuja responsabilidade seria agir com profissionalismo rigoroso. Esta abordagem preteriu, portanto, que os padrões de compliance fossem criados individualmente pelas sociedades, antes de se imporem como um conjunto de normas únicas a serem aplicadas uniformemente¹²¹.

¹¹⁸ Relatório do SEC sobre o caso Waste Management Inc. encontra-se disponível e foi consultado em 22-05-2019 através do link: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/complr17435.htm>

¹¹⁹ Relatório do SEC sobre o caso Waste Management Inc. encontra-se disponível e foi consultado em 22-05-2019 através do link: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/complr17435.htm>

¹²⁰ Relatório do SEC sobre o caso Waste Management Inc. encontra-se disponível e foi consultado em 22-05-2019 através do link: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/complr17435.htm>

¹²¹ National Association of Corporate Directors ("NACD"), *Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism* (November 1996, reissued 2001, 2005).

Entre algumas das recomendações do Relatório da NACD¹²², destacamos a sugestão de que os Conselhos fossem compostos por uma maioria qualificada de administradores independentes que determinados comitês estratégicos – como seria o caso do comitê de auditoria e remuneração – fossem compostos inteiramente por administradores independentes.

O relatório desenvolvido pela NACD teria inspirado a construção de novos regulamentos pelo SEC em 2003, nos Estados Unidos¹²³. Notamos entre estes o Programa de Compliance para Companhias Investidoras e Conselheiros de Investimento, a primeira ação regulatória do órgão para coibir práticas abusivas contra as normas federais de valores mobiliários e obrigações fiduciárias¹²⁴. O regulamento destinou-se, entre outros fins, a obrigar companhias listadas a adotarem normas escritas relativas a políticas e procedimentos internos de compliance e uma estrutura corporativa de controle das práticas de compliance através da nomeação de um Diretor de Compliance (Chief Compliance Officer)¹²⁵.

Outro regulamento do SEC a ser mencionado endereçou a influência impropria de administradores sob a conduta dos auditores¹²⁶ em observância ao Sarbanes-Oxley Act adotado em 2002 nos Estados Unidos. Pretendendo reforçar a credibilidade das demonstrações financeiras, a nova regra incorpora a Seção 303(a) do Sarbanes-Oxley Act ao refletir a proibição da conduta de diretores e conselheiros (e ainda de terceiros agindo em nome daqueles) que visem influenciar de forma fraudulenta, manipular, coagir ou enganar os auditores ou revisores das demonstrações financeiras da companhia. Em relatório sobre o regulamento, a Comissão de Valores menciona que entre as condutas de influência imprópria estariam, por exemplo, o oferecimento de propinas, ameaças de rescisão do contrato com os auditores diante de uma questão posta pelo auditor a respeito das contas da companhia e a apresentação de análises legais incorretas aos auditores¹²⁷.

¹²² National Association of Corporate Directors (“NACD”), *Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism* (November 1996, reissued 2001, 2005).

¹²³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 15.

¹²⁴ *Compliance Programs of Investment Companies and Investment Advisers*. SEC, publicação n IC-26299. Disponível no website: <https://www.sec.gov/rules/final/ia-2204.pdf> (consultado em 04.09.2019). “We are taking our first regulatory actions designed to curb the abusive practices recently uncovered and to prevent their recurrence.”.

¹²⁵ <https://www.sec.gov/rules/final/ia-2204.pdf>. Vale a pena mencionarmos outros regulamentos publicados pelo SEC em 2003, como (i) Disclosure Regarding Nominating Committee Functions and Communications Between Security Holders and Boards of Directors; (ii) Management's Reports on Internal Control Over Financial Reporting and Certification of Disclosure in Exchange Act Periodic Reports; e (iii) Strengthening the Commission's Requirements Regarding Auditor Independence.

¹²⁶ *Improper Influence on Conduct of Audits*. SEC, publicação n. IC-26050, de maio de 2003. Disponível no website: <https://www.sec.gov/rules/final/34-47890.htm> (consultado em 04.09.2019).

¹²⁷ *Improper Influence on Conduct of Audits*. SEC, publicação n. IC-26050, de maio de 2003. Disponível no website: <https://www.sec.gov/rules/final/34-47890.htm> (consultado em 04.09.2019).

O Sarbanes-Oxley Act foi adotado pelo Congresso norte americano em 2002, impondo regras mais estritas de governança às companhias listadas no país. O ato repercutiu em mudanças junto ao Nasdaq e New York Stock Exchange, incluindo a composição obrigatória de comitês de auditoria e remuneração por apenas conselheiros independentes e a proibição de empréstimos subsidiados aos administradores. Também conhecido como SOX ou SARBOX, o seu principal objetivo foi proteger investidores e a realidade das informações publicadas pelas companhias junto ao mercado¹²⁸, portanto uma iniciativa voltada para estabilidade do mercado de ações¹²⁹. COUTINHO DE ABREU reconhece que o ato respondeu as crises societárias do principio do século XXI, constituindo ‘a maior reforma do direito societário norte-americano desde os anos 30.’¹³⁰,

O SOX criou nos Estados Unidos o chamado *Public Company Accounting Oversight Board* para operar como órgão societário sem finalidades lucrativas na fiscalização da auditoria das companhias abertas, de modo a tutelar o interesse publico na elaboração de relatórios de auditoria independentes. Ha quem entenda que apesar dos altos custos de governanças implicados pela lei, sobretudo em companhias menores, estes diminuíram com o tempo em virtude de mudanças na sua implementação¹³¹.

Em sequencia ao Sarbanes-Oxley Act destaca-se a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’)¹³². Pensada em relação aos instrumentos disponíveis a nível comunitário relativos a direito da sociedade, a Comissão apresentou um plano de ação atento ao contexto de integração dos mercados de capitais europeus e a necessidade de restabelecer-se a confiança de investidores, desgastada diante dos recentes escândalos financeiros¹³³ - “os proprietários das empresas são os acionistas e não os seus quadros, mas assiste-se demasiadas vezes ao atropelamento dos direitos dos primeiros devido ao comportamento pouco profissional,

¹²⁸ Assim lê-se no Sarbanes-Oxley Act: “to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes”. Disponível em: https://pcaobus.org/About/History/Documents/PDFs/Sarbanes_Oxley_Act_of_2002.pdf (consultado em 05.09.2019).

¹²⁹ Article 29. *Data Protection Working Party. Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime.* Pg. 9. Disponível na web: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp117_en.pdf (consultado em 05.09.2019)

¹³⁰ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 11.

¹³¹ Esta é a posição dos professores de Harvard, John Coates e Suraj Srinivasan no artigo “*SOX after ten years: a multidisciplinary review.*” 12 de Janeiro de 2014. Disponível na web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343108 (consultado em 05.09.2019).

¹³² Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019).

¹³³ COUTINHO de ABREU. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra. Pg. 7 e 8.

ganancioso e, por vezes, fraudulento dos quadros. Impõe-se um maior sentido de proporcionalidade e equidade”¹³⁴.

É interessante notar que a Comissão não ocupou-se de desenvolver um Código de Governança Corporativa a nível comunitário – antes, considerando os já então estimados 40 códigos de governança corporativa relevantes para a União Europeia e o alto grau de convergência entre tais códigos para os Países membros¹³⁵, a Comissão preocupou-se em endereçar questões de direito de sociedade e matérias de regulamentação do mercado de ações, estes sim pontos de disparidade¹³⁶.

As propostas mais significativas do Conselho refletidas no Plano são aquelas voltadas para o reforço dos direitos dos acionistas (bem como os deveres dos gestores), a proteção de credores e o abuso de certas formas jurídicas¹³⁷. Citaremos algumas das medidas sugeridas nesse sentido:

- (i) As sociedades cotadas devem incluir nas declarações anuais uma declaração a respeito dos elementos e práticas de governança, incluindo as regras de funcionamento e poder da Assembleia Geral de acionistas, a identidade e poder de voto dos principais acionistas e a existência de um sistema interno de gestão de risco¹³⁸;
- (ii) Os investidores institucionais devem divulgar suas políticas de investimento e política de exercício de voto;
- (iii) Em temas fundamentais onde há patente conflito de interesses para os administradores de sociedades cotadas, as decisões devem ser tomadas exclusivamente por administradores não executivos ou membros do Conselho Fiscal; e
- (iv) Devem ser responsabilizados de forma coletiva os membros do Conselho de Administração em relação aos mapas financeiros e declarações não-financeiras relevantes, como seria o caso da declaração referida no item ‘i’ acima.

¹³⁴ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019). Pg. 8.

¹³⁵ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019).

¹³⁶ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019). Pgs. 11 a 13.

¹³⁷ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019).

¹³⁸ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*‘Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia’*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019).Pg. 14.

O cenário de crise global encadeado nos Estados Unidos em 2007 e *a forma como certos governos se comportaram diante das instituições financeiras responsáveis* despertaram, na visão de alguns autores¹³⁹, novas demandas regulamentares para certos temas governança corporativa e problematizações sobre o papel do governo nesse sentido.

Concordamos com TRICKER no sentido de que: enquanto o Sarbeney-Oxley Act teria buscado endereçar problemas *'rooted in management malfeasance'*¹⁴⁰, patentes nos casos Eron e WorldCom, a crise de 2007 nos Estados Unidos teria evidenciado questões de governança relacionadas a alta complexidade das companhias que os *Boards* governam.

Quanto à forma como certos governos se comportaram diante das instituições financeiras responsáveis, referimo-nos à política de *bailouts* e concessões de garantias e empréstimos de altíssimo valor concedidos pelo governo nos Estados Unidos e Inglaterra para sobrevivência de instituições financeiras protagonistas da crise¹⁴¹. Questões surgiram nesse tocante como: o fato do governo não responsabilizar os *managers* de tais instituições, na medida em que apoiaram a assunção de empréstimos de improvável pagamento (*'bad debts'*¹⁴²) e mecanismos de securitização problemáticos, encorajaria a tomada de riscos excessivos pelos bancos em uma espécie de *moral hazard*¹⁴³?

*"In September 2008, the US Federal Reserve and the US Treasury tried to restore confidence. They proposed a bailout in which the American government would take on bank's bad debts, including the sub-prime loans, with the underlying collateral security. Some complained that this would allow the financial executives, whose reckless investments had caused the crises in the first place, to unload their risky assets and then walk away with their bonuses and golden parachutes intact. (...) In both the Unites States and the United Kingdom, the government had now become the largest provider of mortgages."*¹⁴⁴,

¹³⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 17.

¹⁴⁰ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 20.

¹⁴¹ Alguns exemplos são mencionados por TRICKER, como a decisão do governo inglês de nacionalizar o Northern Rock bank, Royal Bank of Scotland, HBOS e Lloyds TSB; e a decisão do governo americano de conceder um empréstimo de 85 bilhões de dólares ao American International Group, garantias no valor de 5 trilhões de dólares a Fannie Mae e Freddie Mac, responsáveis por grande parte das hipotecas no país. TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 17 a 18.

¹⁴² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 18.

¹⁴³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 18.

¹⁴⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 18.

Além de questões relacionadas ao papel regulatório do governo, alguns questionaram diante da crise de 2007 certas dinâmicas internas de governança, como o papel dos conselheiros, especialmente os independentes, de quem esperava-se uma contenção na tomada de risco; e o papel dos auditores, de quem esperava-se um recorte fidedigno dos riscos das entidades auditadas. Colocou-se também em cheque as políticas corporativas de concessão de bônus e *share options* excessivamente generosas ao ponto de fomentarem a entrada de resultados arriscados no curto prazo.¹⁴⁵

O SEC nos Estados Unidos não foi indiferente às questões de governança corporativa patentes na crise de 2007 e buscou direcioná-las através de propostas de novos regulamentos, sugerindo por exemplo a obrigação das companhias listadas submeterem a remuneração dos seus executivos principais à deliberação (embora com votos não vinculantes) dos acionistas; a criação de comitês voltados especificamente a exposição ao risco; e a separação da figura do Diretor Presidente e do presidente do Conselho de Administração¹⁴⁶.

No Reino Unido, o *Financial Review Council* sugeriu melhorias ao então *UK Combined Code*, posteriormente renomeado como *UK Corporate Governance Code*, entre elas: (i) a obrigação das companhias de tornarem pública o seu modelo de negócios e a sua estratégia geral financeira, (ii) o estabelecimento de remunerações relacionadas a performance que fossem compatíveis aos interesses de longo prazo e política de risco da companhia, e (iii) novos princípios de responsabilidade dos *Boards* pela assunção de riscos¹⁴⁷.

II.III. Algumas Teorias sobre Governança Corporativa

O dilema das relações de agência que, para alguns autores, é o cerne de preocupações da governança corporativa, não é um debate novo. Desde o século XVIII, diante das primeiras sociedades de capital pulverizado (advento das *joint stock companies*), Adam Smith localizou um problema na administração da riqueza de terceiros: não se poderia esperar que os diretores de tais companhias atuassem com a mesma diligência e vigilância do que aquele que administra os seus

¹⁴⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 19.

¹⁴⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 19.

¹⁴⁷ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 19.

próprios bens¹⁴⁸. Seria sempre possível presumir uma dose de negligência dos administradores, segundo Smith, na separação de poder e controle.

*"The directors of such companies, however, being the managers rather of other people's money than of their own, it cannot well be expected that they should watch over it with the same anxious vigilance with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own. Like the stewards of a rich man, they are apt to consider attention to small matters as not for their master's honour; and very easily give themselves a dispensation from having it. Negligence and profusion, therefore, must always prevail, more or less, in the management of the affairs of such a company"*¹⁴⁹.

O tema foi igualmente trabalhado por Adolf Berle e Gardiners Means. Os autores, então em 1932, notaram a superação da empresa como alter ego do seu acionista e fundador – estrutura que teria dominado até o século XIX – e o início de um verdadeiro *sistema* corporativo; neste sistema, a separação entre controle e titularidade estaria evidente, sobretudo em estruturas de domínio pela administração – hipótese das *quasi-public companies* – e justamente em virtude desta separação, apoiada no mercado aberto de ações, tornava-se viável a acumulação inédita de propriedade.¹⁵⁰

No sistema das tais *quasi-public companies* era esperado certo desencontro de interesses entre acionistas e administradores, bem como – e aí então avançaram Adolf Berle e Gardiners Means em relação ao dilema da agência introduzido por Adam Smith – mesmo uma supressão dos limites antes impostos a administração. As divergências da separação de controle e propriedade conduziram a um cenário de novas relações e obrigações, sobretudo diante do papel social magnificado que o mercado de capitais inaugura – aqueles que controlam passariam a responder ao público investidor, acionistas, empregados, consumidores e ao próprio Estado.

"By the use of the open market for securities, each of these corporations assumes obligations towards the investing public (...). New responsibilities towards the owners, the workers, the consumers, and the State thus rest upon the shoulders of those in control. In creating these new relationships, the

¹⁴⁸ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Disponível na url:

<http://www.ultimorecurso.org.ar/drupi/files/Adam%20Smith%20%27The%20Wealth%20of%20Nations%27.pdf>.

Consultado em 27/09/2019. Pg. 390.

¹⁴⁹ SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Disponível na url:

<http://www.ultimorecurso.org.ar/drupi/files/Adam%20Smith%20%27The%20Wealth%20of%20Nations%27.pdf>.

Consultado em 27/09/2019. Pg. 390.

¹⁵⁰ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 4 a 5.

"Growing out of this separation are two characteristics, almost as typical of the quasi-public corporation as the separation itself - mere size and the public market for its securities. It is precisely this separation of control from ownership which makes possible tremendous aggregations of property. (...) So essential, in fact, is the open market to the quasi-public corporation that it may be considered almost as characteristic of that type of corporation as the separation of ownership from control and the great aggregation of wealth." Pg. 6 a 7.

*quasi-public corporation may fairly be said to work a revolution. It has destroyed the unity that we commonly call property - has divided ownership into nominal ownership and the power formerly joined to it.*¹⁵¹"

De fato, as relações de agência dentro das companhias listadas na contemporaneidade – se assim podem ser assumidas – tendem a ser complexas, sobretudo em grandes cadeias societárias e diante das relações de investimento que envolvem as entidades na estrutura. Para alguns, a regulamentação aplicável ao mercado de ações ocupou-se especialmente de endereçar o dilema da agência na medida em que trouxe novas obrigações em temas de transparência, responsabilidade, auditoria e independência¹⁵².

Vemos em TRICKER que as questões de governança corporativa sempre não de surgir quando houver separação entre *the members and the governing body put in place to protect their interests*¹⁵³ e, por sua vez, esta separação implica em assimetria de informações – onde, geralmente, os acionistas estariam menos a par da situação da empresa do que os administradores¹⁵⁴.

II.III.I. Teoria da Agência

A teoria da agência, para alguns, é uma forma de olhar para governança corporativa com as *lentes do dilema da agência*¹⁵⁵: como interação acionistas e administradores em sociedades nas quais os agentes tomam decisões importantes sem no entanto participar diretamente de parte substancial das riquezas geradas por tais decisões¹⁵⁶.

Entre os seus primeiros proponentes, JENSEN E MECKLING¹⁵⁷ buscaram discutir os custos de agência decorrentes da separação entre propriedade e controle¹⁵⁸ – *i.e.*, a repercussão dos

¹⁵¹ MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property*. Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 7.

¹⁵² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 60.

¹⁵³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 60.

¹⁵⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 60.

¹⁵⁵ Expressão utilizada por TRICKER, Bob in *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edicao. Oxford, 2015. Pg. 60.

¹⁵⁶ Eugene F. FAMA; Michael C. JENSEN. *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution. (Jun., 1983), pp. 301-325. Disponível na web: <https://are.berkeley.edu/~cmantinori/prclass/FamaJensen.pdf> (consultada em 20.10.2019). Pg. 301.

¹⁵⁷ JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics* 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976.

direitos de propriedade (*proprietary rights*) no contrato de agência entre acionistas e administradores.

Para os autores acima mencionados, a relação de agência pode ser definida como aquela na qual um (ou mais) agente e um (ou mais) principal¹⁵⁹ celebram um contrato mediante o qual o agente recebe, por delegação, certos poderes de decisão. Assumindo ambas figuras que atuam para maximização da utilidade, sempre haveria certa divergência entre seus interesses.

"We define an agency relationship as a contract under which one or more persons (the principal(s)) engage another person (the agent) to perform some service on their behalf which involves delegating some decision making authority to the agent. If both parties to the relationship are utility maximizers there is good reason to believe that the agent will not always act in the best interests of the principal. The principal can limit divergences from his interest by establishing appropriate incentives for the agent and by incurring monitoring costs designed to limit the aberrant activities of the agent."¹⁶⁰

Assim posta a relação de agência, os custos oriundos refletem, na teoria desenvolvida por JENSEN E MECKLING o somatório de três fatores: (i) os custos de monitoramento despendidos pelo principal, (ii) as garantias prestadas pelo agente – *bonding expenditures*, e a (iii) perda residual – *residual loss*¹⁶¹. Em relação ao primeiro item, JENSEN e MECKLING referem-se as despesas desembolsadas pelo principal para monitorar as atividades do agente e limitar as chances de comportamentos desvairados; em relação ao segundo, estariam em questão os recursos (pecuniários ou não pecuniários) empregados pelo agente como forma de comprometer-se a não agir contra os interesses do *principal* e eventualmente reparar os danos que provocar neste sentido; em relação ao terceiro, a perda residual corresponderia a redução de riquezas do principal em virtude das divergências de interesses diante do agente¹⁶².

¹⁵⁸ "In the previous sections we discussed the nature of agency costs associated with outside claims on the firm - both debt and equity. Our purpose here is to integrate these concepts into the beginnings of a theory of the corporate ownership structure." JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976. Pg. 343.

¹⁵⁹ *Agent e principal*, respectivamente, na redacao em ingles. JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976.

¹⁶⁰ JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976. Pg. 308.

¹⁶¹ JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976. Pg. 308.

¹⁶² JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976. Pg. 308. Uma ressalva deve ser feita no sentido de que a teoria desenvolvida pelos autores assumiu a figura de administradores com participacao, ainda que pequena, no capital social da companhia: "one of the most

Os custos de agência, na fórmula sugerida acima, guardariam relação com o arcabouço regulatório disponível e a sofisticação dos contratos de agência celebrados, ao passo que a tendência seria a minimização dos mesmos através do processo de desenvolvimento histórico de ambos institutos – leis e regras de governança interna.

"The level of agency costs depends among other things on statutory and common law and human ingenuity in devising contracts. Both the law and the sophistication of contracts relevant to the modern corporation are the products of a historical process in which there were strong incentives for individuals to minimize agency costs."¹⁶³

Em outros trabalhos sobre a teoria da agência, JENSEN e FAMA questionam como as companhias sobrevivem diante da separação entre a tomada de risco (empreendida pelo acionista) e o poder de decisão (atribuído ao administrador) e como seria a estrutura contratual que suporta a relação entre acionista e administrador nessa direção; Respondem no trabalho *Separation of Ownership and Control* que as companhias sobrevivem em parte pelos benefícios da especialização e em parte – esta parte com maior contribuição - porque acionistas e administradores optam por uma abordagem em comum para controle dos problemas de agência decorrentes dessa separação¹⁶⁴.

A hipótese trabalhada por JENSEN e FAMA seria a de que o contrato ideal entre acionista e administrador para apoiar a sobrevivência de uma companhia deveria necessariamente implicar na separação das atividades de (i) ratificar e monitorar decisões – ao que os autores referem-se como *decision control* e, (ii) iniciar e implementar as decisões – chamada *decision management*¹⁶⁵. Em companhias de organização complexa, sobretudo aquelas de capital difuso, este tipo de divisa contribuiria para que as decisões fossem tomadas de forma específica dentro da companhia – e limitaria o comportamento do agente que violasse o interesse do principal garantindo um cenário de certa independência e boa performance.

serious limitation of the analysis is that as is stands we have not worked our in this paper its application to the very large modern corporation whose managers own little or no equity. We believe our approach can be applied to this case but space limitations precludes discussion of these issues here." Pg. 356.

¹⁶³ JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976. Pg. 357.

¹⁶⁴ Eugene F. FAMA; Michael C. JENSEN. Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2, *Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution*. (Junho, 1983), pp. 301-325. Disponível na web: <https://are.berkeley.edu/~cmantinori/prclass/FamaJensen.pdf> (consultada em 20.10.2019). Pg. 301 a 302.

¹⁶⁵ Eugene F. FAMA; Michael C. JENSEN. Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2, *Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution*. (Junho, 1983), pp. 301-325. Disponível na web: <https://are.berkeley.edu/~cmantinori/prclass/FamaJensen.pdf> (consultada em 20.10.2019). Pg. 302.

"Thus diffusion and separation of decision management and control have survival value in complex organizations both because they allow valuable specific knowledge to be used at the points in the decision process where it is most relevant and because they help control the agency problems of diffuse residual claims."¹⁶⁶

É possível entender que os estudos da teoria da agência repousaram essencialmente sobre a causa-efeito entre os processos de governança corporativa e a performance da administração, portanto sobre o enfeixe acionista e administradores. Nesse sentido, como propõe TRICKER, a teoria encontrou um enfoque simples e fundado em informações e dados estatísticos confiáveis para abordar o problema da governança, criando de certo modo um tema fronteiro às áreas do direito e economia¹⁶⁷.

Pela mesma limitação referida acima, outros autores entendem a teoria da agência como uma forma excessivamente estreita de tratar-se a governança corporativa, uma vez que exclui considerações sobre o funcionamento dos Conselhos, as relações intra-pessoais entre os administradores e a politicagem interna. Tais críticos compreendem que a relação entre administradores e acionistas é mais complexa e dinâmica do que uma mera relação contratual. Pelo mesmo motivo, os estudos métricos puramente quantitativos desenvolvidos como suporte da teoria da agência são criticados pela mesma limitação¹⁶⁸.

Nos parece também relevante a crítica feita à teoria da agência no sentido de que o seu paradigma fundante – a ideia do investidor de longo-prazo – não é condizente com algumas estruturas modernas de investimento, como os fundos de pensão, os fundos de investimento, *corporate raiders*, entre outros veículos¹⁶⁹.

Quanto as bases filosóficas da teoria da agência – a presumida moralidade dúbia do administrador (ou do ser humano em geral) e sua tendência de agir com o propósito de maximizar a sua utilidade pessoal – há oposições significativas em outras abordagens da governança corporativa e mesmo no campo filosófico que desafiam o seu fundamento utilitarista (ou para alguns, um fundamento da própria metodologia individualista da economia neoclássica).

¹⁶⁶ Eugene F. FAMA; Michael C. JENSEN. *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 2, *Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution*. (Junho, 1983), pp. 301-325. Disponível na web: <https://are.berkeley.edu/~cmantinori/preclass/FamaJensen.pdf> (consultada em 20.10.2019). Pg. 323.

¹⁶⁷ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 62 a 63. Nesse sentido: "(...) An interesting research frontier of the subject bridges the disciplines of economics and law, applying the agency theoretical insights of economics to the legal context of the corporation."

¹⁶⁸ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 63.

¹⁶⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 63.

Em certos modelos humanistas da antropologia filosófica, por exemplo, parte-se do princípio de que o ser humano compartilha de uma natureza igual e simultaneamente social, relacional e individual¹⁷⁰ - concepção diversa do indivíduo oportunista assumido na teoria da agência. Neste outro ângulo, a sociedade empresária encontraria a sua última justificação na medida em que contribui para o bem comum – portanto mais do que uma forma de economia de custos e mais do que um veículo destinado a obtenção de lucros para os acionistas, as relações que envolvem a empresa extrapolariam a de um mero contrato entre acionista e administrador para assumirem um sentido comunitário¹⁷¹.

Outro ponto da teoria da agência que percebe críticas interessantes é o relativo à suposta correlação entre boas práticas de governança corporativa e melhor performance dos administradores – como sugerido no modelo de agência pensado por JENSEN e FAMA relativamente a separação do *decision control* e *decision management*. Em pesquisa publicada em 2007, BHAGAT, BOLTON e ROMANO concluíram que um bom índice de governança não necessariamente implica em uma performance satisfatória para os investidores e, na realidade, a complexa especificidade da governança não comportaria uma métrica confiável.

"The effort to construct a good index (...) is considered urgent by many in the belief that corporate performance is a function of good governance. While identifying a measure of governance quality is a commendable idea in theory, in practice the existing indices fail to capture the diverse ways in which governance operates in firms (...) Indices are constructed so as to treat all component governance mechanisms as complements, when the data suggests such mechanisms are actually substitutes for (...) each other. Good governance is best understood as highly context-specific, something that even the best-constructed index simply cannot capture and convey."¹⁷²

II.III.II. Teoria da Stewardship

¹⁷⁰ FRONTODONA, Joan; SISON, Alejo Jose. *A Philosophical Critique of the Nature of the Firm, Agency Theory and Shareholder Theory*. Journal of Business Ethics (2006) 66: 33–42. Springer, 2006. Pg. 25.

¹⁷¹ FRONTODONA, Joan; SISON, Alejo Jose. *A Philosophical Critique of the Nature of the Firm, Agency Theory and Shareholder Theory*. Journal of Business Ethics (2006) 66: 33–42. Springer, 2006. Pg. 40 a 41.

¹⁷² Em português: aquele que cuida das pessoas em um navio, trem ou avião (comissário de bordo) -

<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/steward>

BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO, Roberta. *The Promise and Peril of Corporate Governance Indices*. Columbia Law Review. Vol. 108, n.8. 2008. Disponível na web:

<https://pdfs.semanticscholar.org/f5a2/8add18a48cb8d54abd48cd52aa61b1e93db2.pdf>. Consultada em 24/10/2019. Pg. 1869.

As lentes através das quais a *teoria da stewardship* enxerga a governança corporativa¹⁷³ refletem uma certa visão de empresa onde a titularidade constituiria a base de controle de poder e os administradores atuariam como protetores dos interesses dos acionistas – *stewards* – atendendo um dever fiduciário perante estes. Parte-se, nessa abordagem, do princípio inverso àquele da teoria da agência: os administradores são confiáveis e capazes de atuar de forma independente, íntegra e responsável. A teoria enfatiza a responsabilidade dos administradores em maximizar os resultados esperados pelos acionistas de forma sustentável¹⁷⁴.

Um outro ‘modelo de homem’ – trabalhado em teses da psicologia e sociologia organizacional - é acolhido enquanto *steward*: o homem que atua com a motivação de conquistar, superar desafios e obtém satisfação no exercício de reponsabilidade e autoridade, reconhecidos por seus pares e superiores¹⁷⁵. Portanto, um homem que busca fins também não-econômicos e seria capaz de fundir o seu *eu* com a própria identidade da empresa na qual trabalha. Isso implicaria que, mesmo diante de uma ação individualmente indesejável mas necessária, o administrador seria tomado por um senso de dever¹⁷⁶.

DONALDSON, um dos primeiros proponentes da teoria¹⁷⁷, confrontou algumas das sugestões de governança pautadas pela teoria da agência como forma de reduzir os custos relacionados a separação entre titularidade e controle; entre elas, (i) a nomeação de figuras distintas para ocupar as posições de Diretor executivo principal - CEO - e membro presidente do Conselho de Administração - *Chairman*; e (ii) a implementação de plano de incentivo para os administradores, alinhada com os ganhos dos acionistas.

Em uma pesquisa empírica lançada em 1991, DONALDSON defendeu que, avessamente às propostas da teoria da agência referidas acima, a maximização de valores para os acionistas seria antes assegurada através de um modelo organizacional apropriado no qual o CEO atua com maior liberdade. Partindo-se do princípio de que os administradores da sociedade buscam atingir níveis

¹⁷³ Metáfora utilizada por TRICKER in TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 65.

¹⁷⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 65 a 66.

¹⁷⁵ DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019). Pg. 51.

¹⁷⁶ DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019). Pg. 51.

¹⁷⁷ Davis, J. H., Schoorman, F. D., & Donaldson, L. (1997). *Toward a stewardship theory of management*. *Academy of Management Review*, 22(1), 20-47.

excelentes de performance, a questão de governança a se colocar seria: em que medida a estrutura orgânica da sociedade permite a atuação efetiva dos seus diretores?

“The executive manager, under this theory, far from being an opportunistic shirker, essentially wants to do a good job, to be a good steward of the corporate assets. Thus, stewardship theory holds that there is no inherent, general problem of executive motivation. Given the absence of an inner motivational problem among executives, there is the question of how far executives can achieve the good corporate performance to which they aspire. Thus, stewardship theory holds that performance variations arise from whether the structural situation in which the executive is located facilitates effective action by the executive”¹⁷⁸.

A resposta, de acordo com alguns dos proponentes da teoria, é que a atuação efetiva dos diretores seria apenas atingível através do empoderamento da administração sênior e estruturação clara e consistente de funções e expectativas ¹⁷⁹. Especificamente em relação ao CEO, DONALDSON sugere que lhe seja garantida autoridade máxima sobre a sociedade, de modo que o seu papel seja *unambiguous and unchallenged*; inverso à algumas propostas da teoria da agência, DONALDSON compreende que a reunião da mesma figura na posição de CEO e presidente do Conselho de Administração reforçaria positivamente esse controle ¹⁸⁰.

Quando aos demais interessados – *stakeholders* – na sociedade, alguns defensores da teoria da *stewardship* compreendem que a atuação do administrador deve ser primariamente pautada pelos interesses dos acionistas. Na hipótese de conflito de interesses com terceiros não acionistas, caberiam às leis aplicáveis e ao mercado livre endereçar o conflito da melhor forma ¹⁸¹.

As críticas feitas a teoria da *stewardship* abordam, entre outros aspectos, o fato das sociedades empresárias contemporâneas, sobretudo as companhias de capital aberto, não seguirem mais um modelo de capital concentrado no qual os acionistas nomeiam diretamente os administradores – ao contrário, as sociedades atuais demonstrariam o afastamento dos acionistas em relação a decisões do tipo. Assim, o preceito de que os administradores tendem a atuar para

¹⁷⁸ DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019). Pg. 51.

¹⁷⁹ DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019). Pg. 51.

¹⁸⁰ DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link: <https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019). Pg. 52.

¹⁸¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 66.

proteção dos interesses dos acionistas parece, para alguns, antes uma normatividade – um dever ser – do que uma realidade causal¹⁸².

Alguns movimentos contemporâneos advogam também pelo ativismo dos acionistas como forma de balancear a atuação dos administradores e retorná-la ao interesse dos investidores¹⁸³ – há quem entenda que esta intromissão dos acionistas na governança da sociedade traria custos desnecessários e seria imprópria, uma vez que apenas os administradores estariam em uma posição para decidir sobre os negócios da companhia¹⁸⁴.

II.III.III. Stakeholder Theory

A *stakeholder theory* assume outra perspectiva sobre a governança corporativa. A expressão *stakeholder* refere-se a todos aqueles detentores de interesse (*stake*) na sociedade, transbordando o conceito do *shareholder* – aqueles que detêm ações. Assim adiantado pela própria justaposição de palavras, os defensores dessa teoria entendem que a sociedade empresária guarda certa responsabilidade perante todos aqueles que nela têm interesse – incluídos consumidores, empregados, administradores, acionistas, prestadores de serviço, a comunidade local, etc. Esta responsabilidade se justificaria na medida em que a sociedade empresária exerce a empresa com o privilégio da sua ficção – limitada responsabilidade na assunção de débitos – e portanto o *preço* seria a sua responsabilidade perante todos os afetados, direta e indiretamente¹⁸⁵.

Para alguns¹⁸⁶, o significado amplo contido no termo '*stakeholder*' expressa tanto uma das forças da teoria quanto uma possível irreponsabilidade teórica, a depender da forma como se coloca - o seu uso irrefletido implicaria em uma repercussão sem limites dos atos do administradores enquanto uma abordagem instrumental parece convincente - por exemplo, quando se pontua que os administradores devem atender aos interesses dos *stakeholders* como meio de alcançar outros propósitos organizacionais além da maximização de riquezas dos acionistas. Nesse sentido, a própria distinção entre aqueles que defendem a teoria e a repudiam tornou-se difícil.

¹⁸² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 66 a 67. TRICKER menciona, nesse sentido, que a a teoria da *stewardship* esta refletida justamente como preceito legal em diversas legislações ao redor do mundo

¹⁸³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 67.

¹⁸⁴ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 68.

¹⁸⁵ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 70.

¹⁸⁶ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, *Business Ethics Quarterly*, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502.

Autores como STERNBERG, por exemplo, opõe-se ao sentido de *stakeholder* como *entitlement* – um sentido empregado para defender que as companhias deveriam fazer além do que levar em consideração os interesses dos *stakeholders*. Este sentido do termo afrontaria tanto a propriedade privada como o sistema de responsabilização dos administradores, o que tornaria a teoria inapta enquanto modelo de governança corporativa para certos opositores na doutrina¹⁸⁷.

O Corporate Report de 1975 desenvolvido pelo Accounting Standards Steering Committee na Inglaterra¹⁸⁸ espelha a incorporação da teoria do *stakeholder*. Como mencionado no capítulo acima, o relatório assume que a função desempenhada pelas companhias na sociedade justifica a responsabilidade das mesmas ao reportar publicamente (a que também refere como responsabilidade pública). Parte-se do princípio de que a companhia afeta como um todo a sociedade, especialmente os padrões de vida e a criação de riquezas - daí decorrendo uma responsabilidade igualmente grandiosa perante a comunidade.

A ASCC propôs, especificamente, que certas companhias expressivas na economia nacional publicassem regularmente relatórios contábeis e os disponibilizassem a todos aqueles que nela guardassem algum interesse. A relação de grupos de interessados desenvolvida no relatório percorre categorias como investidores, credores, empregados, consultores, consumidores e prestadores de serviço, o governo (incluindo autoridades tributárias e agências locais de comércio e indústria) e o público em geral. Por público, o relatório define todos aqueles que pagam impostos, consumidores e grupos com interesses especiais, como partidos políticos, associações de proteção ao consumidor e meio ambiente¹⁸⁹.

“Users of corporate reports we define as those having a reasonable right to information concerning the reporting entity. We consider such rights arise from the public accountability of the entity whether or not supported by legally enforceable powers to demand information. A reasonable right to information exists where the activities of an organisation impinge or may impinge on the interest of a user group”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ STERNBERG Elaine. *The Stakeholder Concept: a mistaken doctrine*. 1999, Foundation for Business Responsibilities (UK). Disponível na url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263144. Consultada em 26/11/2019.

¹⁸⁸ *The Corporate Report. A discussion paper published for comment by the Accounting Standards Steering Committee*. London, 1975. Disponível na url: <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/corporate-report.ashx?la=en>. Consultado em 28/09/2019.

¹⁸⁹ *The Corporate Report. A discussion paper published for comment by the Accounting Standards Steering Committee*. London, 1975. Disponível na url: <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/corporate-report.ashx?la=en>. Pg. 18. Consultado em 28/09/2019.

¹⁹⁰ *The Corporate Report. A discussion paper published for comment by the Accounting Standards Steering Committee*. London, 1975. Disponível na url: <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/corporate-report.ashx?la=en>. Pg. 17. Consultado em 28/09/2019.

De acordo com TRICKER, a proposta foi prontamente arquivada nos anos 70 em virtude das repercussões políticas esperadas¹⁹¹. Durante os anos 80, a teoria teria perdido força diante de teses mais vocais sobre livre mercado para então voltar as atenções em finais do século XX e início do século XXI como parte das abordagens sobre responsabilidade social e ambiental corporativas¹⁹².

Autores como FREEMAN, PHILLIPS e WICKS consideram a teoria do *stakeholder* como uma teoria organizacional a respeito da administração e ética - e que, como toda tese de administração estratégica, importaria em algum conteúdo moral, ainda que implícito. A teoria do *stakeholder* destacaria-se, no entanto, por centralizar explicitamente certos valores e morais que deveriam aplicar-se a governança corporativa¹⁹³.

Dentro do paradigma da agência, a teoria do *stakeholder* enxergaria os administradores como agentes/guardiões da própria organização e seus interessados - e não dos interesses dos acionistas apenas. Fundamentalmente, parte-se do princípio de que a companhia não é uma extensão dos seus investidores na medida da sua existência autônoma jurídica¹⁹⁴.

Um tema complexo dentro da teoria do *stakeholder* é se devem ser priorizados certos grupos de interessados em detrimento de outros - o que implicaria em decidir entre *equity* ou *equality* como critérios de distribuição de justiça. Em uma tentativa de resposta, FREEMAN, PHILLIPS e WICKS sugerem que, primeiro, deve-se olhar para as razões e objetivos por trás da abordagem da administração - se, por exemplo, o objetivo da atuação do administrador é buscar uma melhoria de performance nos negócios, *equity* seria mais adequado; se o objetivo fosse, por sua vez, diluir discórdias entre *stakeholders*, o valor de distribuição seria *equality*¹⁹⁵.

Para alguns, a teoria assume contornos mais filosóficos do que propriamente teóricos, uma vez que não prevê comportamentos, mas antes ocupa-se dos valores e crenças que devem nortear a relação entre a empresa, sociedade e Estado¹⁹⁶. Alguns defensores assumem esta falha da teoria em prover uma fórmula prática de tomada de decisão para os administradores, o que em parte

¹⁹¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 70.

¹⁹² TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 70.

¹⁹³ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502. Pg. 481.

¹⁹⁴ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502. Pg. 482 a 483.

¹⁹⁵ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502. Pg. 490.

¹⁹⁶ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 70.

justificaria-se pela impossibilidade de afirmar-se *a priori* quais são os interesses envolvidos no caso e em que medida os administradores poderiam ser responsabilizados¹⁹⁷.

Outras críticas percebidas apontam para a carência de desenvolvimento do papel da comunidade enquanto *stakeholder*¹⁹⁸ e a falta de definição da figura a quem caberia definir os interesses de cada grupo de stakeholder. Alguns sustentam também a impossibilidade de conciliar-se o interesse simultâneo de acionistas e outros interessados na companhia¹⁹⁹.

Ainda assim, a questão que se coloca sobre como balancear os interesses particulares e comuns é uma que não poderia escapar de nenhum modelo de governança na contemporaneidade²⁰⁰.

II.III.IV. Enlightened Shareholder Theory

A teoria do *enlightened shareholder* assume que o interesse dos stakeholders é relevante para o sucesso da companhia e enriquecimento dos próprios acionistas como *stakeholders* primários. Embora a teoria empreste centralidade à figura do acionista – o que a aproximaria da teoria da *stewardship* - caberia sempre aos administradores justificarem perante todos os *stakeholders* as decisões tomadas e riscos assumidos²⁰¹.

O princípio do *enlightened shareholder value* teria sido formulado pela primeira vez na Inglaterra, durante a revisão do UK Company Law pelo Company Law Steering Group entre 1999 e 2000 (grupo nomeado pelo governo inglês para conduzir a revisão que resultou no UK Companies Act de 2006) em torno das propostas de modificação da atuação dos administradores. Durante os debates do grupo, foram consideradas duas vertentes – defensores do *enlightened shareholder value* e defensores da abordagem *pluralista*²⁰².

¹⁹⁷ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502. Pg. 485.

¹⁹⁸ Robert PHILLIPS, R. Edward FREEMAN, and Andrew C. WICKS. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502. Pg. 498.

¹⁹⁹ STERNBERG Elaine. *The Stakeholder Concept: a mistaken doctrine*. 1999, Foundation for Business Responsibilities (UK). Disponível na url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263144. Consultada em 26/11/2019.

²⁰⁰ Nesse sentido também TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 71.

²⁰¹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3a Edição. Oxford, 2015. Pg. 72.

²⁰² ARMOUR John, DEAKIN Simon, KONZELMANN Suzanne. *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*. Centre for Business Research Judge Institute of Management Studies, Cambridge. Junho de 2003. Disponível na url: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp266.pdf. Consultado em 27/11/2019. Pg. 7 a 8.

Nos trabalhos do grupo, o princípio do *enlightened shareholder value* recomendava aos administradores balancear os interesses concorrentes dos diversos *stakeholders* com o objetivo final de beneficiar os acionistas a longo prazo. O dever primário dos administradores, portanto, seria maximizar o valor da companhia para os acionistas – levando em conta, na medida da sua pertinência, o interesses de empregados, consumidores, prestadores de serviço, entre outros *stakeholders*. Naturalmente, esta abordagem não exigia uma mudança propriamente dita da lei empresarial inglesa, mas antes a codificação de um princípio²⁰³.

De outro modo, os defensores da abordagem pluralista arguíram que o direito empresarial na Inglaterra deveria ser modificado para incluir outros objetivos, de modo que as companhias fossem obrigadas a servir a uma gama de vastos interesses, independente da agregação de valor para os acionistas²⁰⁴.

A proposta vitoriosa acolhida nas recomendações do Steering Group e incorporada no UK Companies Act de 2006²⁰⁵ teria recaído, para alguns, em uma zona intermediária entre o princípio do *enlightened shareholder value* e o pluralismo²⁰⁶. Isso porque, embora consagrando o princípio em questão, o grupo também propôs a inclusão de uma nova obrigação para as companhias listadas - e aquelas que exercem expressivo poder econômico - consistente em publicar uma revisão operacional e financeira como parte do relatório anual. O objetivo do relatório seria justamente permitir a todos os *stakeholders* compreender os planos futuros e a performance da companhia²⁰⁷.

“A director of a company must in any given case — act in the way he decides, in good faith, would be the most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole ...; and in deciding what

²⁰³ House of Commons Trade and Industry Committee. *The White Paper on Modernising Company Law*. Sexto Relatório, sessões 2002-2003. Disponível na url:

<https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf>. Consultado em 27/11/2019. Pg. 7.

²⁰⁴ ARMOUR John, DEAKIN Simon, KONZELMANN Suzanne. *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*. Centre for Business Research Judge Institute of Management Studies, Cambridge. Junho de 2003. Disponível na url: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp266.pdf. Consultado em 27/11/2019. Pg. 7 a 8.

²⁰⁵ Embora a jurisprudência sobre o tema ainda esteja em formação – nota de EAY Andrew. *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. Routledge Research in Corporate Law. 2013, NY.

²⁰⁶ ARMOUR John, DEAKIN Simon, KONZELMANN Suzanne. *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*. Centre for Business Research Judge Institute of Management Studies, Cambridge. Junho de 2003. Disponível na url: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp266.pdf. Consultado em 27/11/2019. Pg. 8.

²⁰⁷ ARMOUR John, DEAKIN Simon, KONZELMANN Suzanne. *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*. Centre for Business Research Judge Institute of Management Studies, Cambridge. Junho de 2003. Disponível na url: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp266.pdf. Consultado em 27/11/2019. Pg. 8.

*would be most likely to promote that success, take account in good faith of all the material factors that it is practicable in the circumstances for him to identify.*²⁰⁸”

Um dos principais motivos pelo qual o Steering Group não acolheu a proposta pluralista de ampliar a responsabilidade dos diretores em torno da consecução de objetivos estranhos a maximização de valores aos acionistas foi o esperado impacto na tomada de decisão pelos administradores, que então se tornaria confusa, e o risco de aumentar litígios fundados na falta de atendimento do interesse de um *stakeholder*.

O princípio codificado no UK Companies Act de 2006 influenciou a criação de novos requerimentos estatutários e recomendações internacionais de governança²⁰⁹ – como os *UN Principles for Responsible Investment*²¹⁰.

II.IV. Breve nota sobre a Governança Corporativa no Brasil

Para alguns²¹¹, o movimento de governança corporativa inicia-se no Brasil apenas na década de 90, atrelado à abertura do mercado para o capital externo e a política de privatizações que marcaram o período – um advento, portanto, que estaria relacionado à necessidade de adaptar o cenário corporativo aos *standards* internacionais para transmitir segurança aos investidores estrangeiros.

O primeiro código de governança nacional, chamado Código de Melhores Práticas Corporativas, surge justamente nesse período, desenvolvido e publicado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC)²¹² em 1999. A 4ª Edição do Código merece atenção na medida em que serve de fonte principal do tema no país²¹³.

III. Compliance

²⁰⁸ House of Commons Trade and Industry Committee. *The White Paper on Modernising Company Law*. Sexto Relatório, sessões 2002-2003. Disponível na url:

<https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf>. Consultado em 27/11/2019. Pg. 8.

²⁰⁹ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 72.

²¹⁰ Os princípios foram publicados em uma parceria entre investidores, o programa UN Environmental Programme Finance Initiative e UN Global Compact. Disponível na url: <https://www.unpri.org/pri/an-introduction-to-responsible-investment/what-are-the-principles-for-responsible-investment>. Consultado em 27/11/2019.

²¹¹ CANDELORO, Ana Paula P.; MARTINS DE RIZZO, Maria Balbina; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º. Riscos, Estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2ª Edição atualizada. São Paulo, 2015. Pg. 192.

²¹² O órgão foi fundado em Novembro de 1995 como sociedade civil sem fins lucrativos que buscava ser referência no tema.

²¹³ TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edição. Oxford, 2015. Pg. 307.

A cultura de compliance encontra-se, para alguns, no raio de abrangência da governança corporativa²¹⁴. Outros compreendem que é a própria governança corporativa, em seu sentido mais abrangente, um conceito que integra o compliance²¹⁵.

Em que pese certa fluidez terminológica, uma forma de compreender os programas de compliance é entendê-los como um conjunto de procedimentos traçados para que se realizem certos objetivos legais e éticos dentro da empresa²¹⁶. Na sua etimologia, denota-se também um sentido de fidelidade ao Direito²¹⁷.

Entre os termos mais utilizados em programas de compliance se encaixariam certas 'palavras-chave' como: gestão de riscos (*risk management*), gestão de valores, ética nos negócios (*business ethics*), normas de integridade, normas de conduta e responsabilidade social corporativa²¹⁸ - tais conceitos, para ULRICH, tratam fundamentalmente de como (procedimento) e para quê (finalidade) deve ser dirigida uma sociedade empresária. Cada termo diferenciaria-se por enaltecer um contorno específico do compliance²¹⁹.

De modo geral, os conceitos referidos acima dizem respeito a realização de certos valores na gestão da sociedade, ainda que para além dos patamares legalmente exigíveis – daí falar-se em responsabilidade social da empresa²²⁰.

²¹⁴ CANDELORO, Ana Paula P.; MARTINS DE RIZZO, Maria Albina; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º. Riscos, Estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2ª Edição atualizada. São Paulo, 2015. Pg. 191.

²¹⁵ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 64. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²¹⁶ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 66. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²¹⁷ DE MELLO JORGE SILVEIRA, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. Sao Paulo, 2015. Pg 116.

²¹⁸ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 64. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²¹⁹ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 65. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²²⁰ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 66. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

Alguns diriam que a fonte primária do compliance é o arcabouço legislativo em vigor e os regulamentos e normas expedidos pelos órgãos administrativos reguladores relevantes; para além disso, haveriam ainda as práticas e códigos de conduta aplicados na indústria e as normas e políticas adotadas internamente: daí resultando em *broader standards of integrity and ethical conduct*²²¹.

Há certa dificuldade, no entanto, em encontrar-se definições precisas – o que resultaria, por um lado, em um problema de investigação a respeito do conteúdo e da difusão dos programas de compliance, e, por outro, emprestaria maleabilidade para que as sociedades estabeleçam valores coerentes com as particularidades da sua estrutura (riscos relacionados ao seu objeto social, por exemplo)²²².

*"en cuanto al objeto de proteccion existen pocas coincidencias entre las reglas de una sociedad anonima alemana que quiera cumplir com las exigencias de transparencia del par.161 AktG (...), los preceptos de una empresa transnacional que quiera impedir que sus trabajadores sobornen a funcionarios publicos extranjeros, o las directivas de una empresa de internet que trate de cumplir con las disposiciones para la proteccion de menores en la difusion de contenidos de caracter erotico."*²²³

Note-se que, além da variedade de valores que podem fundar um programa de compliance, é possível observar igualmente procedimentos diversos escolhidos para defesa de tais valores. Para alguns, o âmbito da atividade da empresa e o seu tamanho seriam os principais critérios de determinação dos meios de controle externo e interno de compliance. Assim, medidas como a implementação de cursos de captação de empregados sobre o regimento interno da empresa, adoção de canais de denúncia anônima, criação de equipes de investigação para apuração de denúncias, imposição de medidas internas disciplinares e instituição de um departamento de compliance seriam adotadas diante da estrutura da empresa e suas particularidades²²⁴.

²²¹ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 7.

²²² SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 67. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²²³ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 71 a 72. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²²⁴ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 72. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

A parte do significado literal de compliance – estar em *conformidade* com – as regras e procedimentais éticos e legais adotados dentro das sociedades como forma de orientar o comportamento da empresa no mercado, tem a ver igualmente com uma estratégia de mitigar riscos relacionados a credibilidade da sociedade aos olhos do mercado e da comunidade – riscos de imagem – e ao poder sançanatório dos órgãos reguladores e autorreguladores – riscos de sanção²²⁵.

Nesse sentido, o compliance recorrentemente endereça temas como os padrões de conduta que a sociedade deve seguir no mercado, gestão de conflitos de interesses dentro da sociedade e tratamento justo aos consumidores. Certas áreas específicas como prevenção de lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo e evasão tributária são igualmente tópicos de atenção²²⁶.

Entre os propósitos dos programas de compliance localizamos principalmente a prevenção de crimes de corrupção - e, em certa medida, alguns entendem que os valores da empresa voltados para esse objetivo parecem conferir um escopo preventivo até mais largo do que as próprias disposições de direito penal sobre o tema²²⁷.

III.I Funções e Princípios de Compliance

Em 2005, o Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) – comitê internacional responsável, entre outros, por debater e emitir normas recomendatórias relevantes em temas de supervisão sobre instituições bancárias – publicou o relatório “*Compliance and the Compliance Functions in Banks*”²²⁸ instituindo dez princípios em torno de quais existiram as funções do Compliance. Mencionaremos alguns. Entendemos que o trabalho da BCBS, embora desenvolvido especificamente para o compliance de instituições bancárias, parece relevante para outras formas de sociedade e atividades empresárias.

Como princípio número um, caberia ao Conselho de Administração – ou um comitê específico, como o seu comitê de auditoria - aprovar os programas de compliance, acompanhar a gestão de riscos de compliance e avaliar, pelos menos uma vez ao ano, a efetividade do

²²⁵ CANDELORO, Ana Paula P.; MARTINS DE RIZZO, Maria Balbina; PINHO, Vinicius. *Compliance 360º. Riscos, Estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2ª Edição atualizada. São Paulo, 2015. Pg. 4.

²²⁶ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 7.

²²⁷ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 70. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*.

²²⁸ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020.

gerenciamento de tais riscos. Estas atribuições se deveriam à necessidade imperiosa de que o Conselho de Administração da companhia promova valores de honestidade e integridade - sem a participação efetiva e engajamento do Conselho, os programas de *compliance* cairiam por terra. Igualmente, o Conselho de Administração deveria supervisionar a atuação da diretoria sênior (Alta Direção ou, no original, *senior management*) em torno da sua obrigação de resolver questões de *compliance* de forma efetiva²²⁹.

A diretoria sênior (no original, *senior management*), por sua vez, ocuparia-se de gerenciar efetiva e prontamente o risco de *compliance*²³⁰, estabelecendo de forma clara e transparente, a política escrita de *compliance* da empresa – aplicável tanto aos empregados quanto aos administradores da sociedade²³¹ - e garantindo a aplicação das penalidades dispostas em tal política (seja na forma de medidas disciplinares, seja como medidas reparatorias)²³². Nesse âmbito de competências, também se espera que a diretoria avalie, pelos menos uma vez ao ano, os riscos de *compliance* existentes e a política e medidas em vigor, reportando-se nesse aspecto ao Conselho de Administração, inclusive na eventualidade de uma falha de *compliance*²³³.

No que toca, assim, o papel da Alta Direção, espera-se uma conduta proativa de estímulo ao *compliance* e engajamento positivo - antes de uma resposta meramente 'reativa' relacionada a desobediência de programas internos e remediação de tais situações²³⁴. Alguns exemplos sugeridos por Mario Pestana²³⁵ parecem concretizar bem a finalidade proativa: participação periódica em treinamentos, sugestões de reexame de procedimentos e políticas para fins de aprimoramento e aperfeiçoamento, estímulo a contratação de auditorias e conselheiros legais especializados e, notadamente, exemplificabilidade: '*ou seja, (...) a alta administração deverá irradiar a todos os seus*

²²⁹ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 9 (*Principle 1*).

²³⁰ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 9 (*Principle 2*).

²³¹ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 9 (*Principle 3*).

²³² Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 10 (*Principle 3*).

²³³ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 10 (*Principle 3*).

²³⁴ PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 81.

²³⁵ PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 81.

*subordinados (...) uma conduta ética e de boas práticas corporativas (...) espairando-se, inclusive, entre todos aqueles que venham com ela contratar.*²³⁶

O relatório em comento prevê ainda que todas as funções relacionadas ao *compliance* devem ser exercidas com independência – sem prejuízo a necessária articulação entre as diferentes áreas e níveis organizacionais da sociedade. Tal independência se resguardaria em torno de quatro fatores: (i) a instituição formal da função de compliance dentro da organização, (ii) a existência de um diretor de compliance ou líder de compliance (*group compliance officer* or *head of compliance*) responsável por coordenar a gestão de riscos de compliance, (iii) a condição de que os funcionários do departamento de compliance e o diretor de compliance (*group compliance officer* or *head of compliance*) não estejam em uma posição de conflito de interesses diante de suas responsabilidades, e (iv) a garantia de que os funcionários do departamento de compliance tenham acesso a toda informação necessária para o exercício de suas funções²³⁷.

Veremos em detalhes os componentes de independência mencionados no relatório. Primeiro, a criação de um órgão de compliance dentro da empresa seria necessária para oficializar e conferir autoridade a algumas das suas funções. Em particular, o relatório recomenda que sejam criadas regras claras e escritas que assegurem a independência dos funcionários da área e que garantam abertura e acesso para o compartilhamento de seus relatórios e comentários com o a diretoria sênior (no original, *senior management*), membros do Conselho de Administração e comitê de auditoria, conforme o caso²³⁸.

Quanto ao *Head of Compliance*, o relatório recomenda que tal figura supervisione as atividades dos funcionários do departamento de compliance e coordene medidas de identificação e gestão de riscos de compliance, mantendo o Conselho de Administração informado. Caso um diretor sênior (*senior management*) ocupe igualmente esta posição, o relatório sugere que, enquanto diretor, seja privado de exercer atividades diretamente relacionadas aos negócios da empresa (funções diretamente executivas)²³⁹.

²³⁶ PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 81.

²³⁷ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 10 (*Principle 5*).

²³⁸ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 11 (*Principle 5*).

²³⁹ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 12 (*Principle 5*).

*“The head of compliance should report on a regular basis to senior management on compliance matters. The reports should refer to the compliance risk assessment that has taken place during the reporting period, including any changes in the compliance risk profile based on relevant measurements such as performance indicators, summarise any identified breaches and/or deficiencies and the corrective measures recommended to address them, and report on corrective measures already taken. The reporting format should be commensurate with the bank’s compliance risk profile and activities”.*²⁴⁰

No que toca, aliás, questões de conflito de interesse, os funcionários do departamento de compliance deveriam, idealmente, ser limitados no exercício de outras responsabilidades estranhas ao compliance²⁴¹. Outrossim, o relatório alerta para o comprometimento da independência dos funcionários de compliance caso as suas remunerações estejam de algum modo vinculadas ao desempenho financeiro da sociedade ou da unidade em que trabalham²⁴².

Adicionalmente, o relatório recomenda que se assegure aos funcionários de compliance o direito de espontaneamente (e sem receios de eventual retaliação) comunicar-se com outros empregados da sociedade e acessar todos os documentos necessários ao exercício de suas responsabilidades. Tal garantia envolveria, naturalmente, a condução de investigações sobre possíveis falhas de compliance e amplo acesso a membros de autoria interna e externa²⁴³.

Portanto, embora exista certa expectativa organizacional na comunicação de questões de *compliance* - a princípio, o *head of compliance* se reportaria ao *senior manager* e este ao Conselho de Administração - o relatório esclarece que, sempre que necessário, deve ser assegurado aos funcionários do departamento de compliance acesso direto ao Conselho de Administração. No

²⁴⁰ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 13.

²⁴¹ O relatório admite, no entanto, a possibilidade de que em 'smaller banks, smaller unit or in local subsidiaries' os mesmos funcionários exercam outros tipos de função, desde que se evite situações de potencial conflito de interesse. Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 12 (*Principle 5*).

²⁴² Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 12 (*Principle 5*).

²⁴³ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 12 (*Principle 5*).

mesmo espírito, o relatório recomenda encontros anuais entre o *Head of Compliance* e o Conselho de Administração - ou o Comitê de auditoria responsável, conforme o caso²⁴⁴.

O relatório assume, ainda, a possibilidade de que a empresa não constitua um departamento específico para lidar com questões de compliance – diante dessa hipótese, as suas funções poderiam estar repartidas, por exemplo, entre órgãos legais e administrativos. Em uma estrutura nesse formato, o relatório recomenda que haja divisão clara sobre as funções de compliance atribuídas a cada área e que se instituem regras para assegurar a cooperação e comunicação entre as mesmas, inclusive em seu dever de reportar-se ao *Head of Compliance*²⁴⁵.

Outro princípio que nos parece extremamente relevante no relatório dispõe sobre a necessária separação entre as funções internas de compliance e as funções internas de auditoria. O relatório recomenda que os auditores internos incluam em seu método de avaliação de riscos, aqueles relacionados ao compliance - portanto conduzindo uma revisão independente sobre a adequação e a efetividade das funções de compliance²⁴⁶.

Complementarmente ao dito acima, o relatório esclarece que eventual engajamento de terceiros, como auditores externos, para avaliação do compliance da empresa não deve impedir ou reduzir o âmbito de competências e responsabilidades dos órgãos internos relevantes²⁴⁷.

De modo amplo, podemos dizer que a efetividade do compliance implica no compromisso da 'alta direção', identificação de riscos, definição de normas substanciais e procedimentais, programa de treinamento e divulgação, a existência de veículos apropriados para denúncia e revisões periódicas sobre as normas de compliance interna com a finalidade de aperfeiçoá-las e atualizá-las²⁴⁸.

III.II. Compliance Criminal

²⁴⁴ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 12 (*Principle 5*).

²⁴⁵ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 13 (*Principle 7*).

²⁴⁶ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 15 (*Principle 8*).

²⁴⁷ Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 16 (*Principle 10*).

²⁴⁸ PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 80.

As novidades penais, para alguns, expressam a necessidade de remodelar, de tempos em tempos, os limites da vigilância que se põe sobre a liberdade²⁴⁹. Nos parece interessante a observação de Adán Nieto Martín no sentido de que o direito penal econômico tende a adaptar-se, em uma espécie de darwinismo jurídico, aos modelos econômicos que surgem na história²⁵⁰. A efervescência do 'compliance criminal' durante o século XXI guarda conexão com esse movimento adaptivo.²⁵¹

Alguns entendem que o termo alcançou especial protagonismo no Brasil em virtude do julgamento da Ação Penal 470 junto ao Supremo Tribunal Federal²⁵² – caso que ficou popularmente conhecido como o Mensalão; posteriormente, teria consolidado a sua transposição do âmbito corporativo para o penal no contexto das investigações da Lava-Jato²⁵³.

Uma pequena nota deve ser feita em relação os casos de corrupção julgados no âmbito da Lava-Jato: autores como Renato Silveira visualizam o decorrer das ações deflagradas na operação como um momento divisor de águas da resposta penal no Brasil – e em tal proporção que justificaria referências a 'Era Pós Lava Jato'²⁵⁴.

"Muito sucintamente, descobriu-se, a partir de situações pontuais de corrupção na maior empresa petrolífera brasileira, uma complexa trama, envolvendo boa parte das grandes empreiteiras nacionais. A partir daí, empresários foram presos, consolidou-se o instituto da colaboração premiada e, destacadamente, passou-se a falar em sistemas de compliance em um sistema de balanços empresariais."²⁵⁵

Os programas de compliance afinal, como bem aponta Ulrich Sieber, tem uma relação embrionária com escândalos empresariais no campo da criminalidade econômica e surgem justamente com a intenção de controlar a criminalidade "através de sistemas autorefenciais de

²⁴⁹ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 29.

²⁵⁰ NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 11.

²⁵¹ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 29.

²⁵² MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 30.

²⁵³ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 32.

²⁵⁴ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 32.

²⁵⁵ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 34.

'autorregulacion regulada'²⁵⁶. Pode-se mesmo dizer que o conceito de compliance aperfeicoa, em certa medida, a responsabilidade penal de indivíduos e pessoas jurídicas pelos ilícitos cometidos no âmbito empresarial²⁵⁷.

De modo geral, os programas de compliance que direcionam questões criminais guardariam, para alguns, natureza de autorregulacao própria do Estado no seu papel regulador e, em certa medida, influenciariam o Direito Penal. Na análise de Renato Silveira, o compliance acaba por elevar o Direito Penal a um 'novo estágio evolutivo' em termos preventivos na medida em que estabelece uma obrigação de observância corporativa interna a determinados valores e programas de compliance adotados na empresa - haveria um "refinamento da atribuição de responsabilidade"²⁵⁸.

Desde a sua origem nos Estados Unidos, os programas de cumprimento normativo pretendem prevenir delitos economicos através da correção estatal e privada presente na auto-imposicao de certos standards de conduta e valores – daí a expressao sistemas autorreferenciais de autorregulacao regulada introduzida por Ulrich Sieber²⁵⁹.

O Sarbanes-Oxley Act adotado em 2002 nos Estados Unidos, especialmente no que toca a sua Seção 303(a)²⁶⁰, participou historicamente da ressignificação do compliance. Na medida em que obriga o compromisso de retidão das informações financeiras pelos administradores e diretores financeiros da companhia, o ato destacou certos aspectos da criminalidade intraempresarial, sobretudo no que diz respeito a individualização de condutas para fins de aferição da responsabilidade criminal.²⁶¹

A parte disputas dogmáticas, há certo consenso de que a responsabilidade individual penal - portanto advinda do Direito Penal, como direito público - não poderia ser afirmada, *per se*, em

²⁵⁶ SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 63. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²⁵⁷ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. Sao Paulo, 2015. Pg 113.

²⁵⁸ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 37.

²⁵⁹ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. Sao Paulo, 2015. Pg 114.

²⁶⁰ O Sarbanes-Oxley Act foi adotado pelo Congresso norte americano em 2002, impondo regras mais estritas de governança às companhias listadas no país, como a proibição da conduta de diretores e conselheiros (e ainda de terceiros agindo em nome daqueles) que visem influenciar de forma fraudulenta, manipular, coagir ou enganar os auditores ou revisores das demonstrações financeiras da companhia.

²⁶¹ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. Sao Paulo, 2015. Pg 114.

virtude do descumprimento de uma norma de compliance: faltaria legitimidade para tanto²⁶². É nesse viés que se concebe a lógica do compliance como *soft law*, a par das recomendações da OECD.

“It recognises that to be effective, such programmes or measures should be interconnected with a company’s overall compliance framework. It is intended to serve as non-legally binding guidance to companies in establishing effective internal controls, ethics, and compliance programmes or measures for preventing and detecting foreign bribery²⁶³”.

Alguns entendem que a responsabilidade penal da pessoa jurídica dentro do sistema de autorregulação regulada inaugurado pelo compliance é resultado da aceitação da própria responsabilidade social da empresa; portanto uma forma de 'controle social empresarial' que requer necessariamente uma resposta penal aplicável a própria pessoa jurídica. O núcleo de tal responsabilidade residiria na identificação de uma 'organização defeituosa ou não virtuosa'²⁶⁴.

Em relação aos ilícitos contra a empresa e a responsabilidade dos indivíduos que atuam dentro da sociedade, parece-nos também pertinente a visão de Ulrich Sieber²⁶⁵ no sentido de que o compliance opera para estender ou limitar liberdades individuais - regras internas a respeito da assunção de riscos, aceitação de pequenos presentes de terceiros e outras normas relativas a administração desleal podem ter efeitos jurídicos distintos a depender das medidas de compliance estabelecidas.

Especialmente em relação às obrigações de cuidado, o compliance poderia ser empregado como baliza essencial no momento de aferir-se a punibilidade da imprudência do agente, seja enquanto critério de definição do costume geral médio ou como medida do risco permitido²⁶⁶. Os programas de compliance voltados para imprudência parecem sobretudo interessantes por

²⁶² MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. São Paulo, 2015. Pg 120 a 121.

²⁶³ OECD. *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*. Adotada em 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf> (consultada em 04/02/2020).

²⁶⁴ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. São Paulo, 2015. Pg 123.

²⁶⁵ SIEBER, ULRICH. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. *Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Pg. 89. Artigo publicado in *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²⁶⁶ SIEBER, ULRICH. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. *Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. Pg. 90. Artigo publicado in *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

evidenciarem a possibilidade do sistema privado determinar, em certa medida, o conteúdo de uma regulacao estatal que poderia ter, inclusive, efeitos penais²⁶⁷.

IV. Governanca e Compliance

Pode ser dito que o tema do compliance 'e antigo e novo - antigo porque suas origens podem ser vistas desde o inicio do surgimento de regras estatutarias e novo na medida em que vem sendo tratado (na doutrina e na pratica) como um segmento especifico²⁶⁸. Alguns avancariam em afirmar que o '*Compliance is the new corporate governance*'²⁶⁹, dando a entender que as formas de controle e supervisao da relacao corporativa interna sao temas que se subsumiram ao compliance²⁷⁰.

Em um sentido pratico, a novidade que o 'compliance' inaugura (ou adiciona) 'a governanca corporativa consiste no estabelecimento de uma estrutura corporativa interna para prevenir e identificar violacoes a lei e a politica da empresa – geralmente conduzida pelo departamento de compliance encabeceado por um Diretor de Compliance (a classifica figura do *Chief Compliance Officer* - CCO).

O departamento de Compliance, diversamente de outras estruturas organicas, reporta-se ao Conselho de Administracao sem a ele subordinar-se e, idealmente, atua de forma independente, livre de qualquer sujeicao a autoridade do Conselho na sua atividade de vigilancia e monitoramento.

Poe-se entao a questao: de onde advem a autoridade do Compliance? Para alguns, a sua autoridade seria exogena a propria sociedade empresaria; tratar-se-ia de um *mandato do proprio governo* destinado a incorporar organicamente a conduta desejada pelo Poder Publico na conducao dos negocios sociais. O governo atuaria *ex ante* atraves da oferta de incentivos e *ex post* ao dar efeito as normas legais (atraves de medidas punitivas, por exemplo).²⁷¹

²⁶⁷ SIEBER, ULRICH. Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. *Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 91. Artigo publicado in El Derecho Penal Economico en la Era Compliance. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

²⁶⁸ MARTINEZ, Veronica Root. *Investigating Intersections of Corporate Governance & Compliance*. The University of Chicago Law Review Online. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 191022.

²⁶⁹ GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance Fordham Law School*. 10/05/2016. Artigo disponivel em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26 de outubro de 2020.

²⁷⁰ GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance Fordham Law School*. 10/05/2016. Artigo disponivel em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26 de outubro de 2020.

²⁷¹ GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance Fordham Law School*. 10/05/2016. Artigo disponivel em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26 de outubro de 2020.

*“Unlike other governance structures, the origins of compliance are exogenous to the firm. The impetus for compliance does not come from a traditional corporate constituency. It does not come from shareholders, managers, employees, creditors, or customers. It comes from the government. Compliance is a de facto government mandate imposed upon firms by means of ex ante incentives, ex post enforcement tactics, and formal signaling efforts”.*²⁷²

Enquanto departamento relativamente autônomo o Compliance romperia a noção contratualista de governança entre acionistas e administradores, uma vez que o Diretor de Compliance exerceria, a princípio, antes a função de um interventor do governo do que a de um coordenador da 'produção' da empresa - como nota Sean Griffith o Compliance abraça questões pertinentes ao 'propósito da empresa' e 'a quais interesses ela deve atender', tendo em vista os incentivos e punições previstos na regulação do Estado²⁷³.

IV.I. Lei Anticorrupção, Compliance e Governança Corporativa

A Lei Anticorrupção surge como uma abordagem não penal - para alguns: apenas aparente²⁷⁴ - que determina sanções de natureza civil e administrativa para certas condutas atentatórias à Administração Pública nacional e estrangeira, incluindo casos de corrupção²⁷⁵.

Em temas de compliance criminal, a Lei acabou por firmar um pilar legislativo a respeito de boas práticas empresariais e códigos de conduta, tendo em vista a formação de programas de integridade de cunho sobretudo preventivo²⁷⁶.

Sabe-se que entre as formas de punição previstas na Lei encontram-se a imposição de multa pecuniária sobre a pessoa jurídica e a publicação extraordinária da decisão condenatória as suas expensas em veículo de grande circulação.

O Artigo 6 da lei em comento dispõe que a multa a ser aplicada sobre a pessoa jurídica a qual atribui-se o ato lesivo pode variar entre 0,1% até 20% do faturamento bruto²⁷⁷ auferido no exercício social anterior ao ano fiscal da instauração do processo administrativo. Se por ventura a

²⁷² GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance Fordham Law School*. 10/05/2016. Artigo disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26 de outubro de 2020.

²⁷³ GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance Fordham Law School*. 10/05/2016. Artigo disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26 de outubro de 2020.

²⁷⁴ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 35.

²⁷⁵ Mais adiante, abordaremos as especificidades da Lei Anticorrupção.

²⁷⁶ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato*. Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017. Pg. 35.

²⁷⁷ Notamos que o legislador optou pela aplicação da alíquota sobre o faturamento bruto, não a receita bruta.

base de faturamento bruto não seja de possível identificação - como geralmente tende a ser para entidades assistenciais e associações de benemerência - a Lei prevê a possibilidade de arbitrar-se multas entre o mínimo de R\$ 6 mil e o máximo de R\$ 60 milhões.

Uma vez definitiva a decisão administrativa, o montante da condenação passa a ser inscrito em dívida ativa e deve ser creditado a entidade da Administração Pública que foi lesionada pelo ato de corrupção sancionado. Em suma, as penalidades pecuniárias que a lei enseja são rigorosas e, como bem observa Marcio PESTANA tem o potencial de 'quebrar' uma pessoa jurídica, "bastando para tanto recordar que, em determinados segmentos econômicos, a margem de resultado desfrutada pela empresa não atinge a mais de um dígito percentual sobre o faturamento"²⁷⁸.

No que diz respeito à divulgação da sentença condenatória na imprensa, parece que o legislador, ao prever tal possibilidade de punição, pretendeu expor o malfeito à opinião (desaprovação) pública, portanto comprometendo negativamente a imagem da sociedade, bem como a reputação de seus administradores e acionistas controladores – ainda que indiretamente. Diversamente da publicação ordinariamente utilizados para divulgação de sentenças através dos Diários Oficiais, a publicação extraordinária visada pela Lei deve ser veiculada em meios de comunicação de grande circulação nacional e as expensas da pessoa jurídica condenada.

Como bem nota Maria Sylvania Di Pietro, tal publicação pretende causar efeitos morais²⁷⁹. E nesse sentido também parece ser o espírito do Artigo 22 da Lei ao impor a inscrição da pessoa jurídica no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP²⁸⁰). Os registros das sanções, conforme disposto no Parágrafo 5º do Art. 22 da Lei, devem permanecer públicos até que transcorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou cumprido integralmente o acordo de leniência ou de reparação do dano, mediante solicitação do órgão sancionador.

Outrossim, a exposição da sentença condenatória definitiva também transparece a intenção do legislador de divulgar o trabalho conduzido pelas autoridades públicas na pauta de ações contra a corrupção, trazendo um senso de 'exemplariedade' e desestímulo aos ilícitos previstos na Lei.

²⁷⁸ PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 58.

²⁷⁹ DI PIETRO Zanella, Maria Sylvania. *Comentários ao Artigo 6*. Pg 113 a 122. in *Lei Anticorrupção Comentada*. Coordenadores: DI PIETRO Zanella, Maria Sylvania; MARRARA, Thiago. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Pg. 122.

²⁸⁰ Trata-se de cadastro disponível na web e criado pela Lei Anticorrupção. Pode ser consultado online através do link: <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep>

Veremos, no entanto, que certas hipóteses explícitas na Lei autorizam maior ou menor rigor no momento da autoridade julgadora definir a sanção aplicável a pessoa jurídica. Especificamente, o seu Artigo 7º elenca fatores atenuantes das sanções aplicáveis e, portanto, mitigadores da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica na medida em que forcem a ponderação da autoridade julgadora sobre certos aspectos da infração - note-se que a Lei em comento não trouxe hipóteses excludentes de ilicitude ou sanção²⁸¹.

Entre os aspectos que devem ser contemplados casuisticamente pelo julgador do processo administrativo no momento de ponderar sobre a dosimetria da sanção, a par do Artigo 7 da Lei, estão: a gravidade da infração, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, a consumação ou não da infração, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator, a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações e, enfim, as boas práticas de compliance.

Para alguns, o dispositivo abre caminhos para reflexão da Administração Pública sobre fatores de diversas naturezas: sejam relacionados ao ilícito em si – como seria o caso da gravidade da infração e grau da lesão - ao infrator – como seria a hipótese da sua situação econômica - ou a certas circunstâncias atenuantes - nesse último caso enquadraria-se a existência e prática efetiva de programas de compliance²⁸².

Embora todos os critérios de modulação da pena referidos acima sejam relevantes para uma vista mais minuciosa, refletiremos sobre aquele que merece maior destaque nessa dissertação – o que a Lei se refere como *programas internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e códigos de ética e de conduta*:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

²⁸¹ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo. Pg. 73. Os autores ponderam que os fatores excludentes aplicáveis em geral aos processos administrativos - como força maior, caso fortuito, estado de necessidade, legítima defesa, doença mental, fato de terceiro, coação irresistível, erro, obediência hierárquica, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito - não seriam aplicáveis ao processo administrativo sancionador sob a égide de Lei Anticorrupção em virtude da lei instituir a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, cujo fundamento estaria amparado na teoria do risco proveito.

²⁸² DI PIETRO Zanella, Maria Sylvania. *Comentários ao Artigo 6*. Pg 113 a 122. in *Lei Anticorrupção Comentada*. Coordenadores: DI PIETRO Zanella, Maria Sylvania; MARRARA, Thiago. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Pg. 123.

De forma bastante resumida, a Lei Anticorrupcao determina a possibilidade, a ser contemplada diante de critério específicos, da Administracao Pública reduzir certas sanções previstas no seu ambito mediante a comprovacao de que a pessoa jurídica envolvida mantenha e aplique efetivamente programas internos de compliance²⁸³.

Portanto há uma relacao direta entre a dosimetria das sancoes aplicáveis no ambito da Lei Anticorrupcao e a adocao e efetiva pratica de normas autoreguladoras de integridade pela sociedade empresária.

Alguns entendem que tal inciso expressa uma das novidades mais importantes trazidas pela Lei Anticorrupcao na medida em que "guarda o escopo nobre de implementar uma cultura organizacional voltada para prevencao da corrupcao e criacao do dever de moralidade administrativa, anteriormente imputada exclusivamente ao poder público"²⁸⁴

E de fato, o legislador parece conectar a responsabilidade obeitiva da pessoa jurídica a responsabilidade social da empresa, trazendo particular enfase a adocao de medidas e políticas internas de compliance; medidas e políticas estas que se tornam especialmente relevantes como fatores atenuantes as graves sancoes abarcadas no ambito da Lei em comento.

Alguns consideram que o incentivo a adocao de normas autorreguladoras traduzido pela Lei – mesmo que no seu sentido negativo, aquele de abrandar-se uma sancao administrativa – reflete um movimento de publicizacao do direito privado e certo compartilhamento de tarefas próprias do Estado para o ambiente empresarial. Seria como, na visao de Teixeira, Batisti e Sales, o Estado delegasse certas funcoes relacionadas ao combate a corrupcao na expectativa de que as sociedades adotassem canais internos de denúncia e meios efetivos de prevencao a ilícitos do tipo.²⁸⁵

No mesmo caminho de publicizacao, pode-se assumir que desde a responsabilidade objetiva instituída pela Lei até a relevancia posta sobre programas de integridade enquanto condicao atenuante das sancoes aplicáveis condizem com as teses de responsabilidade social contemporaneas

²⁸³ Embora a Lei nao se refira expressamente ao termo compliance, há uma compreensao geral na doutrina de que programas de integridade participam da cultura de compliance.

²⁸⁴ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo. Pg. 80.

²⁸⁵ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo. Pg. 81.

da empresa – sobretudo aquelas que elevam a empresa ao status de organização social, como a *stakeholder theory*.²⁸⁶.

Consideramos, como já explorado no capítulo acima, que a prevenção e punição de casos de corrupção dentro da sociedade é um aspecto relevante da política de integridade e código de ética adotados na esfera autorreguladora, a par de outros propósitos relacionados a responsabilidade social da empresa. Recordamos igualmente que a adoção de programas de compliance tem a ver com o porte da pessoa jurídica, na medida em que o custo e necessidade de tais programas deveriam ser temperados em vista do tamanho do que se governa²⁸⁷ e do risco envolvido.

Em marco de 2015, aproximadamente dois anos desde a entrada da Lei Anticorrupção no ordenamento jurídico brasileiro, foi promulgado o Decreto Federal 8.420/2015 que se ocupou de regulamentar certas disposições do processo de responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, especialmente esclarecendo os critérios de cálculo da multa pecuniária aplicável - incluindo fatores de subtração - e os critérios de identificação de um programa de integridade efetivo.

Dispõe o Artigo 18, inciso V do Decreto em comento que a pessoa jurídica que manter e efetivamente aplicar um programa de integridade pode ter o benefício de uma dedução de 1% a 4% sobre a multa pecuniária prevista na Lei Anticorrupção. O maior percentual redutor de sanções é justamente atribuído a adoção de programas de compliance, o que parece demonstrar a intenção do legislador de premiar as pessoas jurídicas que adotam uma política interna efetiva de boas práticas²⁸⁸.

Por 'programa de integridade', o Decreto refere-se ao "conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira"²⁸⁹. O legislador tratou de especificar e determinar critérios objetivos de avaliação sobre o conteúdo e exercício de um programa de integridade, para os efeitos pretendidos

²⁸⁶ TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo. Pg. 81.

²⁸⁷ Nesse sentido: PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 80.

²⁸⁸ Nesse sentido: PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 94.

²⁸⁹ Definição disposta no Artigo 41 do Decreto 8420/2015.

no Decreto; Ocupou-se, nesse sentido, de endereçar a certeza de direito e segurança jurídica sobre o tema.

O programa de integridade portanto, para ensejar qualquer tipo de atenuação sobre a multa pecuniária prevista na Lei Anticorrupção precisa ser ponderado em termos de existência e aplicação de acordo com os parâmetros expressos no Decreto que assim transcrevemos:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no [art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013](#); e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Adicionalmente, o Decreto espera que a autoridade julgadora considere a efetividade de tais programas a luz das características e riscos relacionados a atividade da pessoa jurídica envolvida. Fatores como a quantidade de funcionários e empregados da sociedade, setor do mercado no qual a sociedade atua e a eventual qualificação da pessoa jurídica como microempresa ou empresa de pequeno porte são alguns dos aspectos que devem ser contemplados nesse sentido.

O peso de tais fatores não parece ter sido esclarecido pelo legislador. Há quem entenda, no entanto, que a partir de uma análise substancial e topográfica do Decreto "o ato administrativo

federal recomenda ao agente competente que aprecie o processo administrativo com maior rigor ao examinar programa de compliance a) das maiores estruturas empresariais; b) daquelas que atuem internacionalmente (...) c) daquelas que atuem em áreas consideradas mais críticas, ou seja, aquelas que mais de perto interajam com a Administração Pública (...).²⁹⁰"

Em relação as micro e pequenas empresas, o Decreto trata aliás de expressamente excluir determinados critérios no momento de avaliação sobre a credibilidade do programa de integridade adotado internamente, tais como: (i) a extensão de códigos e ética e políticas de integridade a terceiros (como prestadores de serviço e fornecedores), (ii) análise periódica de riscos para fins de atualização do programa de integridade, (iii) existência de canais de denúncia de irregularidade amplos e abertos, e (iv) monitoramento contínuo do programa de integridade²⁹¹.

Entendemos que os critérios expressos no Decreto 8.420/2015 refletem, de forma inédita, a compreensão do legislador brasileiro sobre normas efetivas internas voltadas, entre outros temas, para medidas anticorrupção; notadamente impondo: (i) a necessidade de comprometimento da alta direção em relação aos programas de compliance; (ii) a necessidade de treinamentos periódicos e atualização contínua dos programas de integridade; (iii) a manutenção de registros contábeis completos e precisos; (iv) a independência e autoridade interna dos departamentos de compliance para fiscalizar e aplicar os programas de integridade; (v) a existência de canais de denúncia de irregularidades abertos que garantam a proteção dos denunciantes; e (vi) a fixação de medidas internas disciplinares; bem como procedimentos de diligência prévia e supervisão em processos de contratação de terceiros.

IV.II Cultura de Compliance

Compliance starts at the top. It will be most effective in a corporate culture that emphasises standards of honesty and integrity and in which the board of directors and senior management lead by example. It concerns everyone within the bank and should be viewed as an integral part of the bank's business activities. A bank should hold itself to high standards when carrying on business, and at all times strive to observe the spirit as well as the letter of the law. Failure to consider the impact of its actions on its shareholders, customers,

²⁹⁰ Nesse sentido: PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013*. Editora Manole. 2016, Barueri-SP. Pg. 91.

²⁹¹ Conforme disposto no Art. 42, Parágrafo 3º do Decreto 8.420/2015. Estariam também excluídos os seguintes critérios: IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados e XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas.

*employees and the markets may result in significant adverse publicity and reputational damage, even if no law has been broken*²⁹².

A responsabilidade social, como pontua Reinaldo Dias, "está diretamente relacionada com as intensas mudanças e transformações que estão ocorrendo no mundo e que envolvem de todas as formas as empresas, seja como atores fundamentais e responsáveis diretamente pelos acontecimentos ou como agentes afetados pelas ocorrências no âmbito sociocultural, econômico e ambiental."²⁹³

IV.III. Corrupção e valores democráticos

Em um ensaio crítico e propositivo sobre a crise política e econômica brasileira que resultou no *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, Fábio Comparato põe em relevo a etimologia da palavra crise. Lembra que o vocábulo *krisis* foi criado pelo Pai da Medicina, Hipócrates. No grego clássico, o substantivo *krisis*, do verbo *krinein*, significaria discernir e decidir, em correlação, respectivamente, aos momentos da atividade médica de diagnóstico e prognóstico²⁹⁴. Nesse sentido, para pensar-se sobre “a *causa morbis*” da política e da economia brasileira – assim metaforizada pelo jurista como “a moléstia brasileira” - dever-se-ia partir de uma investigação histórica.

Segundo Fábio Comparato, a *vigência efetiva* da norma legal se estrutura, essencialmente, a partir de dois fatores - o sistema de poder em vigor na sociedade e a mentalidade coletiva – compreendida esta mentalidade como o conjunto de valores, incluindo os preconceitos, dominantes em uma sociedade²⁹⁵. O que a História do Brasil revelaria, em um recorte do Brasil colônia até o momento contemporâneo, é que ambos elementos sustentam a duplicidade anômala do ordenamento jurídico pátrio. Esta duplicidade consistiria na coexistência absurda de um *ordenamento oficialmente declarado* pelo Estado, habitado pelas normas de direitos humanos prestigiadas amplamente na cultura ocidental, e outro *ordenamento que resulta da interpretação seletiva dos agentes estatais* em favor de interesses econômicos privados com a chancela da consciência coletiva²⁹⁶.

²⁹² Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020. Pg. 7.

²⁹³ DIAS, Reinaldo. *Responsabilidade Social - Fundamentos e Gestão*. Editora Atlas. São Paulo, 2012. Pg. 1.

²⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Econômicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 37-38.

²⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Econômicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 41.

²⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Econômicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 42.

Para explicar a “moléstia do Brasil” – notadamente o sintoma da corrupção – seria necessário investigar a formação embrionária da estrutura de poder e do povo brasileiro. A colonização, no ensaio crítico de Fábio Comparato, aponta a gênese capitalista de ambos. Nos tempos coloniais, o poder soberano atribuiu terras públicas a senhores privados e mercantilizou cargos públicos aos membros da sua burguesia. Instalaram-se ambos – latifundiários e agentes públicos – aos olhos de nenhum fiscal para fazerem fortuna às custas de mão-de-obra escrava²⁹⁷.

A origem da privatização do espaço público poderia ser identificada na doação das capitanias hereditárias - marco, portanto, do regime latifundiário²⁹⁸. Os donos de terra no Brasil colônia, sabe-se bem, eram donos de um poder pessoal que se exercia sob todas as esferas e sujeitos que habitassem o seu território, “pode-se afirmar, sem risco de exagero, que do senhor dependiam o presente e o futuro de todos os que viviam no território fundiário (...).²⁹⁹” Nesse sentido a interação que se construiu entre os latifundiários e os agentes do Estado traduzia uma convenção bilateral em que o Estado respeitava a autonomia do senhor e este mantinha, com a sua própria força militar, a ordem na região³⁰⁰.

A consequência natural desse arranjo, como percebeu Fábio Comparato, foi, de um lado, a impossibilidade de um sistema de justiça onde os sujeitos participam como titulares de direitos subjetivos e, de outro, a instalação dos sistemas de compadrio e clientelismo. Após a Independência e a criação da Guarda Nacional, o coronelismo ocupou papel chave na estrutura do poder público – o coronel apoiava o governo e este último garantia a nomeação dos indicados pelo coronel a certos cargos públicos³⁰¹. Esta dinâmica corrupta ainda é expressiva no Brasil.

Os elementos da personalidade e o fito exploratório individualista que compuseram o sistema de poder no Brasil-colônia explicariam a ausência de divisão entre as esferas pública e privada – notadamente, a falta de compreensão do dinheiro público em seu propósito e titularidade³⁰². Na compreensão de Fábio Comparato, a ideia de que o sistema capitalista independe do Estado e exige

²⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 43.

²⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 53.

²⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 54.

³⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 54.

³⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 54-55.

³⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 43.

a limitação do poder estatal para assegurar a livre iniciativa *é profundamente equivocada, porque o capitalismo almeja ser o Estado*³⁰³.

“Não é, pois, de estranhar se, desde as origens, a dupla formada pelos potentados econômicos privados e os agentes estatais passou a servir-se do dinheiro público como patrimônio próprio dessa associação oligárquica, gerando a duradoura endemia da corrupção estatal.”³⁰⁴,

As constituições promulgadas no período colonial guardavam profundo descompasso com a realidade social brasileira; se compunham de normas importadas dos países europeus considerados culturalmente superiores pela dupla oligárquica dominante. Certamente, este modelo de importação favoreceu o abismo entre o ordenamento efetivo e o ordenamento oficial, mantendo o povo à margem da sua soberania³⁰⁵.

No que diz respeito à formação da consciência popular, Fábio Comparato entende que esta acaba por ‘beber da mesma água’ do sistema de poder, incorporando os mesmos valores capitalistas sustentados pelos grupos dominantes; historicamente, esta incorporação teria sido reforçada pela doutrina de obediência e ordem da Igreja Católica e, contemporaneamente, pela difusão de valores capitalistas através de meios de comunicação em massa. Como resultado, na percepção do jurista, a sociedade brasileira estaria embebida na cultura do individualismo e do privatismo³⁰⁶, da qual é fruto uma desigualdade social mantida pela “submissão da vida pública à esfera privada”³⁰⁷.

Os institutos históricos fundamentais que sustentaram o poder político e informaram a consciência popular no período colonial foram a escravidão e o latifúndio. O transcorrer da história não estancou e corrigiu esta tendência do poder político e dos costumes sociais, o que culminou tragicamente em uma “convicção arraigada na mentalidade coletiva de que negros e pobres não têm propriamente direitos subjetivos, mas podem eventualmente gozar de favores pessoais, concedidos pelos patrões ou chefes políticos.”³⁰⁸

³⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 43.

³⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 43.

³⁰⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 44-45.

³⁰⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 47.

³⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 48.

³⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 48.

Antes mesmo de “haver povo”, na crítica de Fábio Comparato, o Brasil era organizado pela sua metrópole de tal modo que a sociedade restasse dividida entre servos e senhores. A verdadeira *causa morbis* do Brasil, para o jurista, residiria nessa negação histórica de igualdade e liberdade. Uma negação evidente nos arranjos personalistas acima apontados, mas que se construiu sob a influência decisiva do capitalismo; os valores revolucionários do final do século XVIII foram sabotados pela burguesia, de modo que a igualdade passou a representar um estado cívico e a liberdade, a liberdade empresarial. Essa mesma ‘transgressão’ dos valores revolucionários se reflete na duplicidade do ordenamento jurídico brasileiro – *é, afinal, a versão não oficial do ordenamento a que efetiva a realidade capitalista*³⁰⁹.

Outras visões nos parecem interessantes, como a do juiz brasileiro Rubens Casara, a respeito do fenômeno da corrupção público-privada nos últimos anos dentro da problemática jurídica e socio-política brasileira.

Rubens Casara entende que o Brasil vive em um cenário de Estado Pós Democrático, com marco no julgamento do Mensalão, o impeachment da Presidente da Dilma Rousseff, a relativização da presunção de inocência e a recente condenação do Presidente Lula – referidos como ‘espetáculos judiciais’³¹⁰. A expressão Estado Pós Democrático atribui-se ao cientista político inglês Colin Crouch³¹¹, com o sentido de que: as ações políticas no modo de governo neoliberal (Estado Pós-Democrático) tem como beneficiários (senão únicos, principais) os detentores do poder econômico.

Rubens Casara entende equivocada a constatação de que o Estado Democrático de Direito atravessa uma crise. A crise, desde a sua formação etimológica, assume a possibilidade de continuação do fenômeno. Para o juiz, o modelo de Estado atual no Brasil não pode estar em crise porque os fundamentos basilares do Estado Democrático de Direito foram já rompidos. Nos seus termos "o passo decisivo em direção ao novo já foi dado."³¹²

³⁰⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Econômicas. Volume LIX 2016. Coimbra. Pg. 56 a 57.

³¹⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4ª Edição.

³¹¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4ª Edição. Pg. 23. Rubens Casara menciona como outros autores que compartilham do mesmo entendimento da pós-democracia: Pierre Dardot, Christian Laval, Vandana Shiva.

³¹² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4ª Edição. Pg. 15.

O sistema de Direito teria sido funcionalizado para atender a razão neoliberal a partir da fusão do poder político e econômico, o que notadamente resultou na inexistência de limites ao poder econômico.

Rubens Casara entende que a expressão "crise" é portanto utilizada como recurso retórico com o qual se pretende camuflar os elementos estruturantes do atual modelo de Estado. Haveria uma utilização política da expressão (como a História comprova que sempre houve), pretendendo que ela tenha uma "função docilizadora" sobre a população, ou seja, que a população aceite medidas excepcionais em nome de uma chamada crise.

"(...) se a situação que se afirma constituir um quadro de "crise" adquire ares de normalidade, ou melhor, se a afirmação da existência de uma crise é inerente (e funcional) ao status quo, se as características que compõem a "crise" nunca passam (nem podem passar), se a crise se torna "permanente", impõe-se investigar se há mesmo um quadro de crise. Uma crise que permanente, que se apresente como funcional (...) não é mais uma negatividade, um desvio, e sim uma positividade cara ao modelo neoliberal. Pode-se, então, pensar a utilização do termo "crise" como um recurso retórico, como um elemento discursivo capaz de esconder as características estruturantes do atual modelo de Estado.³¹³"

Haveria uma ilusão de Estado Democrático do Direito porque alguns dos seus institutos e práticas permaneceram (i.e., há uma democracia formal) e o que se refere como crise é, desde logo, um modo de governar as pessoas. "Em nome da democracia, rompe-se com os princípios democráticos.³¹⁴"

Na tese de Rubens Casara, a principal característica do Estado Pós-Democrático é a inexistência de limites legais ao exercício do poder - daí a sua marcante oposição ao Estado Democrático de Direito, que seria um Estado Constitucional orientado pela dignidade humana, onde a atuação do poder público encontra-se regida pelo princípio da legalidade estrita. Os valores democráticos - notadamente liberdade e justiça - não interessam a organização do Estado Pós-Democrático, muito embora os movimentos políticos da sua estruturação busquem um acobertamento democrático³¹⁵.

³¹³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 12.

³¹⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 31.

³¹⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 33.

A democracia passa a ser, nas palavras de Rubens Casara, mero simulacro com finalidade apaziguadora³¹⁶. O valor democrático da liberdade, em específico, conquista o significado de "liberdade para ampliar as condições de acumulação do capital e geração dos lucros."³¹⁷

A razão neoliberal do Estado Pós Democrático resultaria na transformação de tudo em mercadoria, notadamente os valores democráticos. Se, por um lado, o Estado nesses moldes deseja atender o interesse dos detentores de poder económico, por outro pretende uma política dura no controle social (através do Estado Penal). A vitória do modelo neoliberal nesses termos significa que a democracia perde conteúdo material e ético³¹⁸. Daí resultaria as tendências ao autoritarismo e à arbitrariedade. A diferenciação política nessa estrutura passaria a ter fundamento, assim, nas figuras de amigo do mercado e inimigo do mercado³¹⁹.

Um dos aspectos relevantes do Estado Pós Democrático explorado por Rubens Casara é a demonização da política e do comum, o que teria sido feito no Brasil com amplo apoio midiático. O resultado (proposital) desse reforço seria a passividade da população diante da adoção de políticas públicas de redução de direitos. A eficiência ganha papel central no Estado pós-democrático, atuando tanto para omissão do Estado no jogo ultraliberal quanto o seu agigantamento no controle social; a repressão é seletiva, incide apenas sobre os indesejáveis (inimigos do mercado e inúteis ao mercado) e politicamente direcionada. Às pessoas sem uso, reserva-se a lógica da sociedade punitiva³²⁰.

A lógica do capital, enquanto lógica de competição baseada no individualismo e na busca do lucro sem limites, norteia o gerenciamento (verdadeiro management) do Estado Pós Democrático³²¹. O Poder Judiciário nessa estrutura abandona a posição de garantidor dos direitos fundamentais e assume uma função política voltada para as expectativas do mercado. O valor da Justiça seria, assim, um produto que não guarda qualquer relação com o projeto constitucional de vida digna para todos.

³¹⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 23.

³¹⁷ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 29.

³¹⁸ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 32.

³¹⁹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 25 a 26.

³²⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 30.

³²¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 40.

No modelo de governo pós-democrático, Rubens Casara entende que é prioritário canalizar a população para fins neoliberais. Assim nasceriam o fenômeno da autoexploração do indivíduo, onde ele crê que é livre como projeto empresarial, e o apoio ao Estado repressor. De um lado, portanto, o projeto neoliberal requer o esvaziamento da pessoa para homogeneização da sociedade (especialmente em relação ao peso político do trabalhador); do outro, impõe o desaparecimento do 'outro'³²².

"Sem compreender que os direitos fundamentais foram relativizados no Estado Pós-Democrático porque são percebidos como obstáculos tanto ao mercado quanto à eficiência punitiva necessária ao controle das pessoas "sem valor de uso" na racionalidade neoliberal, é impossível reagir ao avanço do autoritarismo."³²³

Na visão de Casara, os direitos fundamentais não advêm de uma ordem natural, mas de lutas políticas, pelo que estão sempre sob ameaça³²⁴. A diferença da ameaça que existe a esses direitos no Estado Democrático de Direito e no Estado pós-Democrático é que, nesse último modelo, os limites ao poder econômico são, eles próprios, mercadoria e - como tais - descartáveis³²⁵.

O imaginário da população e dos atores jurídicos no Estado Pós-Democrático estaria dominado pela concepção de que os direitos e garantias fundamentais são obstáculos à eficiência repressiva do Estado e às finalidades do mercado. Disso resultaria o afastamento do discurso oficial das instituições públicas e funcionalidade real do Estado. A excepcional restrição aos direitos e garantias fundamentais torna-se a normalidade desejada. "É justamente a normalização da violação aos limites democráticos, o fato de ter se tornado regra, que caracteriza o Estado Pós-Democrático"³²⁶.

Rubens Casara entende que o modelo pós-democrático transpõe limites recorrendo a 'defesa da nação', ao 'combate da corrupção' e à 'segurança pública', mas de forma puramente instrumental ao projeto de controle social necessário ao neoliberalismo³²⁷.

³²² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 47 a 57.

³²³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 57.

³²⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 65.

³²⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 66 a 67.

³²⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 72.

³²⁷ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 71 a 72.

"(...) o Estado Pós-Democrático, que liberta o autoritarismo necessário ao crescimento do mercado na medida em que desqualifica os direitos fundamentais e se afasta do primado da legalidade estrita, encontra-se autorizado pela razão neoliberal.³²⁸" - pg. 90.

O juiz pontua que não é como se o autoritarismo fosse obra nova do Estado Pós-Democrático. Na realidade, o Brasil já era um país de tradição autoritária, mas o seu âmbito de incidência teria sido significativamente ampliado - sobretudo no que se refere a políticas de controle social - no modelo Pós-democrático. Esta tradição autoritária, aliás, explicaria a adesão do regime pela população e suas instituições³²⁹.

O texto constitucional, como bem coloca o autor, seria impotente até a sua interpretação pelo jurista e realização em norma. Ocorre que sem os valores democráticos presentes na interpretação, a norma sempre terá um conteúdo antidemocrático, independente da presença constitucional. No processo penal, notadamente, assiste-se ao fenômeno da espetacularização. O caso penal é mercadoria para o consumidor-espectador; a queixa torna-se enredo e os atores jurídicos passam a atuar para confirmação da hipótese-acusação, conforme deseja a opinião pública e a mídia³³⁰.

Em tempos pós-democráticos, Rubens Casara identifica a construção de um imaginário neoliberal (autoritário, por excelência). A complexidade do pensamento é desconsiderada e o moralismo recupera espaço dentro desse imaginário. Criam-se também inimigos imaginários a partir de preconceitos hostis sobre o outro. Há uma relação concreta entre a ausência de reflexão, desconhecimento, medo e o resultado da violência. É justamente esse imaginário fundado no neoliberalismo e carente de reflexão que legitima os atores jurídicos a ultrapassarem limites, como se as garantias processuais penais, por exemplo, constituíssem obstáculo à eficiência repressiva. E nesse sentido a figura do juiz identifica-se com o figura do herói³³¹.

O autoritarismo dispensa racionalização, como explica Rubens Casara, porque se baseia em dados intuitivos e imediatos. Não haveria reflexão - daí a identificação do autoritarismo e da

³²⁸ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 90.

³²⁹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 73.

³³⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 77 a 84.

³³¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 77 a 84.

ignorância e o movimento neoliberal de ódio ao saber. No sistema de justiça, o juiz da pós-democracia seria também o acusador³³².

"Se no Sistema de Justiça a identificação do acusador com o julgador revela a adesão aos postulados inquisitoriais, na dinâmica social essa amálgama, que costuma andar acompanhada de certezas deliberantes típicas de quadros paranoicos, gera "paródias de juízos" (Adorno). Isso explica por que é tão difícil mudar uma opinião ou um julgamento baseado em preconceitos. Aos se identificarem acusador e juiz, o fato, o acontecimento, perde importância para a hipótese desde o início aceita como verdadeira."³³³

O poder penal na pós democracia, segundo Rubens Casara, se identifica com os detentores do poder político e estes últimos, com os detentores do poder econômico. O Sistema de Justiça Penal como utilidade política atenderia a racionalidade neoliberal e se tornaria um instrumento autoritário de imposição de penas, nas palavras de Rubens Casara, "o que há é uma empresa punitiva."³³⁴

Haveria um óbice hermenêutico na concretização do Sistema de Justiça Criminal, a passar pela tradição em que se insere o juiz. Tanto a ação dos atores jurídicos quanto a produção de normas ficariam comprometidas por esta tradição³³⁵.

"A compreensão e o modo de atuar no mundo ficam comprometidos em razão da tradição em que o intérprete está inserido. Isso se dá por causa da diferença (diz-se: ontológica) entre o ser e o ente (Martin Heidegger), entre o texto de lei e a norma (o mandamento de conduta) produzida pelo intérprete (Lenio Luiz Streck) (...) mesmo diante de textos tendencialmente democráticos."³³⁶

A pós-democracia marcaria, também, a substituição da verdade pela pós-verdade, fenômeno que permeia também a ação dos atores judiciais, aumentando consideravelmente o risco de condenações injustas. A razão do Estado passaria a girar em torno do mercado e do espetáculo em

³³² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 85 a 90.

³³³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 88 a 89.

³³⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 101.

³³⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 101.

³³⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 106 a 107.

um contexto onde a repressão é vista positivamente - e abandona, por conseguinte, o quadrante das ciências penais. Nesse contexto não surpreende o surgimento da figura do juiz-inquisidor, uma vez que as funções de investigar, acusar e julgar são confundidas, em paralelo à redução das garantias processuais³³⁷.

Rubens Casara entende que, da mesma forma como a democracia tornou-se simulacro de democracia pela perda substancial dos seus valores, os julgamentos no Estado pós-democrático tornaram-se simulacros de julgamento³³⁸. A dimensão política do Sistema de Justiça Criminal passaria a condicionar o seu funcionamento real³³⁹.

Para Rubens Casara, embora a aparência de neutralidade e democracia, o governo pós-democrático estrutura-se em torno de uma ideologia oculta; as formas de ocultação repousam, entre outros fatores, em discursos contra a corrupção e pela segurança pública. Por isso a ideologia neoliberal condicionaria a atuação do Estado e, ao mesmo tempo, o legitimaria sem ser percebida como ideologia (por exemplo – em nome da tecnicidade)³⁴⁰.

Outra distorção do neoliberalismo sobre o Sistema de Justiça seria verificável no incentivo à produtividade do juiz sem compromisso com o valor justiça e a produção de decisões padronizadas que não guardam fundamento fático. A ideologia que orienta esse comportamento é definida por Rubens Casara como patriarcal e patrimonialista, definindo lugares sociais e confundindo as esferas público e privada³⁴¹.

O surgimento dos juízos acrílicos, assim prossegue Rubens de Casara, contribuiria, outrossim, para banalização do mal. A relativização da presunção de inocência se colocaria como sintoma mais explícitos da pós-democracia no Brasil. Isso porque, na gerência neoliberal do Estado, a liberdade seria mercadoria que se condiciona à eficiência econômica, ao passo que o conteúdo da liberdade na teria a ver com a condição econômica e estaria despido de dignidade³⁴².

³³⁷ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 101.

³³⁸ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 111.

³³⁹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 113.

³⁴⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 130.

³⁴¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 130.

³⁴² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 150.

A crise de legitimidade do judiciário no Brasil hoje teria a ver, para Rubens Carrara, com a crise de governabilidade neoliberal³⁴³.

Rubens Carrara compreende a espetacularização do Sistema de Justiça Criminal como uma forma de regular as expectativas sociais na medida em que os consumidores do espetáculo assistem o caso penal e atuam na sociedade sob influência do espetáculo³⁴⁴. Conviveria nessa realidade uma dimensão de entretenimento correla ao declínio dos valores democráticos de liberdade e verdade. Nos termos do autor, o Brasil vive verdadeira "pornografia penal"³⁴⁵.

"A "mão invisível do mercado" que assegura a "sobrevivência dos mais aptos", como se todos estivessem na mesma condição de concorrer por direitos e vantagens, encontra seu prolongamento ideológico nas campanhas por mais encarceramentos e nas premissas do Estado Penal voltado aos que recebam o rótulo de underclass."³⁴⁶ Pg. 190.

Há, nas palavras de Rubens Casara, um movimento de "estetização do Sistema de Justiça"³⁴⁷ no qual o direito se subordina à "hipercultura midiática-mercantil"³⁴⁸. O ator jurídico que participa do espetáculo funda a violação de direitos e garantias fundamentais como um movimento democrático de chancela à opinião pública³⁴⁹. Em suma, "Tudo é simplório, acrítico e condicionado por uma tradição autoritária"³⁵⁰.

"(...) impõe-se ressignificar o Sistema de Justiça Criminal como um instrumento de garantia contra a opressão e, portanto, como um instrumento contramajoritário, necessário à concretização dos direitos fundamentais. Resgatar a dimensão de garantia do processo penal, por sua vez, passa por reconhecer a necessidade de modificar a pré-compreensão dos atores jurídicos, afastando-os da tentação populista (...)."³⁵¹ Pg. 170.

³⁴³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 133.

³⁴⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 159.

³⁴⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 190.

³⁴⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 190.

³⁴⁷ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 161.

³⁴⁸ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 161.

³⁴⁹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 164.

³⁵⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 167.

³⁵¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 170.

A problemática identificação do poder político e do poder econômico, como sugere Rubens Casara seria a principal característica do Estado Pós-Democrático, na medida em que muda a relação das esferas pública e privada. A noção de conflito de interesses desapareceria nessa dinâmica, uma vez que "o poder político torna-se subordinado, sem mediações, ao poder econômico: o poder econômico torna-se o poder político."³⁵² A estrutura clássica da corrupção restaria alterada diante dessa identificação, o que geraria o aumento da corrupção paralelamente ao aumento da dificuldade em investigá-la³⁵³.

"Agora, quando o detentor do poder econômico assume diretamente o poder político, desaparece qualquer distinção entre esses poderes, os interesses privados passam a ser tratados, sem qualquer mediação, como "interesses públicos". Assim, o recurso à "corrupção vulgar" - a "compra" de parlamentares ou administradores - torna-se desnecessário. Tudo isso em corrupção do sistema econômico, do princípio da livre concorrência, do sistema de proteção trabalhista e dos demais direitos sociais, do sistema de direitos e garantias liberais, da liberdade de informação, da efetiva liberdade de imprensa etc."³⁵⁴

A Operação Lava Jato, na percepção de Rubens Casara, exemplificaria justamente o funcionamento da lógica neoliberal para violação de direitos e garantias fundamentais no processo penal – notadamente através da delação premiada, utilizada como elemento para alimentar o espetáculo e garantir audiência ao caso.

"Nos processos do Mensalão, da Lava Jato e do impeachment de Rousseff, tem-se a reprodução da estratégia de tornar a corrupção dos detentores do poder econômico e de seus aliados políticos invisível, transformando o Estado e seus inimigos em bodes expiatórios, o que se mostra adequado ao projeto neoliberal. (...) Uma falta de limites direcionada à criminalização da política, à crença de que não há espaço para tratar do comum (...)."³⁵⁵

Rubens Casara entende que a pós-democracia confere um tratamento simplista à corrupção e à violência. Essa superficialidade no tratamento de ambos temas, sem reflexão sobre suas causas, acabaria por aumentar a corrupção e da violência. Em relação à violência, carece a observância da

³⁵² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 183.

³⁵³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 184.

³⁵⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 184.

³⁵⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 209 a 210.

violência estrutural / sistêmica e a forma como a violência visível é em geral produto de uma ou de outra. Em relação à corrupção, assiste-se à corrupção do Sistema de Justiça e das bases democráticas para "combater a corrupção"³⁵⁶.

O desaparecimento do valor da democracia implicaria, também, no esvaziamento ético do Estado³⁵⁷.

Os mecanismos tradicionais de controle e investigação da corrupção não alcançariam a corrupção na pós democracia porque a aproximação dos poderes político e econômico mudou o paradigma da corrupção real fazendo desaparecer o conflito de interesses entre as esferas público e privada. "Desaparece a mediação que existia entre corruptor, corrompido e o objeto da corrupção: o corruptor realiza diretamente o ato corrompido. Não há mais uma relação oculta voltada a produzir efeitos econômicos a partir do poder político; os interesses privados passam a ser tratados, sem qualquer disfarce, como "interesses públicos"³⁵⁸.

O significativo corrupção passa a ser utilizado, na visão de Rubens Carrara, para autorizar o afastamento de direitos e garantias fundamentais - a população é mobilizada pelo emblema da luta anticorrupção e, desse ponto, legitima o "afastamento de limites éticos e jurídicos ao exercício do poder penal"³⁵⁹. Nesse sentido, o combate à corrupção é posto como uma mercadoria maleável e seletiva, que oficialmente se coloca a serviço de todos mas na prática se exerce contra os indesejados no plano neoliberal e poupa a elite econômica e seus privilégios³⁶⁰.

Rubens Casara enxerga os avanços trazidos ao combate à corrupção como restrições de direitos e garantias processuais de investigados ou acusados. Assim o que ocorreria através da política anticorrupção é na realidade a autorização da corrupção do sistema de direitos e garantias fundamentais, quando se põem contra o mercado ou a gestão da pobreza pelo Sistema da Justiça

³⁵⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 211 a 217.

³⁵⁷ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 213.

³⁵⁸ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 214.

³⁵⁹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 214.

³⁶⁰ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 215.

Criminal³⁶¹. O Estado Pós-Democrático é, afinal, "uma forma corrompida do Estado Democrático" para Rubens Casara.³⁶²

"O Estado Pós-Democrático, em suma, revela-se uma forma corrompida do Estado Democrático de Direito. No entanto, essa corrupção é vista como natural. Mais do que isso, o Estado Pós-Democrático torna-se o locus de uma nova expressão da corrupção que envolve Estado e mercado, ainda mais difícil de controlar. Diante do fracasso ou mesmo da falta de interesse em identificar ou reprimir essas novas corrupções, utiliza-se o significante "corrupção" com a função política de justificar o afastamento de limites ao poder."³⁶³

Sugere Rubens Casara que sejam impostos limites ao Estado Penal, mesmo que em contrariedade à opinião pública³⁶⁴. Os limites éticos e jurídicos deveriam ser reafirmados perante a população, ainda que vistos como obstáculos à eficiência repressiva do Estado³⁶⁵. E contra a insensibilidade social, a cegueira moral e o empobrecimento do imaginário, nos termos do juiz, seria necessário coragem para ressimbolizar os valores democráticos e desmercantilizar a vida³⁶⁶.

V. Corrupção no ambiente corporativo

VI. Tipificação da conduta no direito brasileiro

A *Convenção Interamericana contra a Corrupção* criada em 1996 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e adotada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002³⁶⁷, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 – será explorada mais adiante – não se ocupou de definir o tipo penal corrupção, mas dispôs de um rol não exclusivo de condutas que se enquadrariam no tipo, assim descritas³⁶⁸:

³⁶¹ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 216.

³⁶² CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 216.

³⁶³ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 216 a 217.

³⁶⁴ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 221.

³⁶⁵ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 222.

³⁶⁶ CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4a Edição. Pg. 222.

³⁶⁷ Nota-se que a Convenção foi aprovada com reserva ao artigo XI, §1º, "c", que trata da tipificação da prática de lobby para a adoção de decisão de autoridade pública com o objetivo de obter proveito ilícito.

³⁶⁸ Artigo VI, item i da *Convenção Interamericana contra a Corrupção. OEA*. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

- a. a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- b. a oferta ou outorga, direta ou indiretamente, a um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens a esse funcionário público ou outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;
- c. a realização, por parte de um funcionário público ou pessoa que exerci funções públicas, de qualquer ato ou omissão no exercício de sua; funções, a fim de obter ilicitamente benefícios para si mesmo ou para um terceiro;
- d. o aproveitamento doloso ou a ocultação de bens provenientes de qualquer dos atos a que se refere este artigo; e
- e. a participação, como autor, co-autor, instigador, cúmplice, acobertado! ou mediante qualquer outro modo na perpetração, na tentativa de perpetração ou na associação ou confabulação para perpetrar qualquer dos atos a que se refere este artigo.

Adicionalmente, a Convenção instituiu o compromisso de tipificação de dois delitos: suborno transnacional e enriquecimento ilícito. Em relação ao primeiro, os Estados signatários comprometeram-se a punir os seus nacionais – ou sociedades domiciliadas em seu país - que oferecessem valor pecuniário ou benefício de qualquer natureza, em troca da ação ou omissão de um funcionário público estrangeiro no exercício de sua função pública, com finalidade econômicas ou comerciais³⁶⁹.

Quanto ao delito de enriquecimento ilícito, a convenção refere-se ao aumento de patrimônio de *funcionário público que exceda de modo significativo a sua renda legítima pelo exercício da função*³⁷⁰ – os Estados signatários assumiram um compromisso preventivo de monitoramento da

³⁶⁹ Artigo VIII da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

³⁷⁰ Artigo IX da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

evolução patrimonial de pessoas que exercem funções públicas³⁷¹. Esse delito ainda não se encontra regulamentado no ordenamento brasileiro³⁷².

VII. A Lei Anticorrupção no Brasil

A Lei 12.846 de 1 de Agosto de 2013 trata da responsabilidade civil e administrativa de pessoas jurídicas em virtude de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira. *Jornalisticamente*³⁷³, a lei passou a ser referida como Lei Anticorrupção, referência que para alguns é limitadora em relação ao objeto mais amplo tutelado no seu escopo, para além da conduta de corrupção ativa. Nesse tocante, alguns defendem que a alcunha mais afinada com sua finalidade seria: Lei de Probidade Administrativa Empresarial³⁷⁴.

Apesar da consideração acima, adotaremos a referência Lei Anticorrupção como expressão que facilita o discurso sobre o tema e que mereceu também acolhimento em outros diplomas legais³⁷⁵.

O propósito do legislador parece estar voltado para preservação do patrimônio público nacional e estrangeiro, ultrapassando portanto a dimensão tutelar da proibição da conduta de corrupção ativa. Alguns diriam, assim, que o objeto juridicamente protegido pela Lei é a salvaguarda da Administração Pública Nacional - a partir do Artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988³⁷⁶ - e da Administração Pública Estrangeira, portanto: a tutela do interesse público, independente da pessoa Estatal afetada³⁷⁷.

³⁷¹ Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção Interamericana contra a corrupção. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Pg. 7.

³⁷² MEYER-PFLUG, Samantha Riberio. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009. Disponível na web: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p187.pdf. Consultado em 11/12/2019.

³⁷³ Termo empregado por ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 15.

³⁷⁴ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 16.

³⁷⁵ A denominação 'Lei Anticorrupção' consta também na Lei 13.303 de 2016, Art. 17, Par. 4º - lei que dispõe sobre as empresas públicas e sociedades de capital misto.

³⁷⁶ Transcreve-se: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

³⁷⁷ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 16.

A princípio, os sujeitos a quem a lei se direciona como agentes das condutas ali proibidas são as pessoas jurídicas domiciliadas no Brasil que praticam condutas lesivas contra a Administração Pública nacional ou estrangeira (seja no território brasileiro ou estrangeiro) e as pessoas jurídicas domiciliadas no estrangeiro que praticam condutas lesivas contra a Administração Pública brasileira (seja no território brasileiro ou estrangeiro)³⁷⁸.

Nota-se que a Lei Anticorrupção guarda o seu próprio critério de extraterritorialidade, refletindo o ânimo dos tratados internacionais contra a corrupção dos quais o Brasil é Estado signatário, os quais serão mais adiante explorados. Ao incluir no seu ângulo de abrangência as pessoas jurídicas domiciliadas fora do Brasil e os atos das pessoas jurídicas brasileiras contra a Administração estrangeira, independente da ação ter tomado lugar no Brasil ou no exterior, a Lei parece guiada pelo mesmo propósito das normas internacionais sobre o tema: integrar de forma estratégica as ações de prevenção e repressão de casos transnacionais de corrupção³⁷⁹.

O regime de responsabilização instituído ocupa-se dos "atos contra a administração pública, nacional e estrangeira"³⁸⁰, aqueles que atentam contra o "patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil."³⁸¹

As condutas ilícitas tipificadas pela Lei incluem a prática de corrupção ativa por meio da pessoa jurídica e física, e também as condutas dolosas que: (i) frustrem a abertura e processamento de licitação pública; ou (ii) configurem fraude de licitação pública ou contrato administrativo subjacente; ou (iii) dificultem a investigação dos ilícitos previstos na lei³⁸².

Assim transcrevemos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas (...) assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

³⁷⁸ Assim mencionado no Art. 28 da Lei Anticorrupção.

³⁷⁹ PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 22.

³⁸⁰ Art. 1o da Lei Anticorrupção.

³⁸¹ Art. 5o da Lei Anticorrupção.

³⁸² ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 16.

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

O rol de condutas anunciado no Artigo 5 é, para alguns, não exaustivo e, a par da referência aos compromissos internacionais feitos pelo Brasil e os princípios da administração pública, deve ser necessariamente complementado pelas condutas tipificadas no âmbito dos tratados contra a corrupção dos quais o Brasil é signatário e aquelas que se enquadram na tipificação da conduta de improbidade administrativa³⁸³.

Outro ponto a ser levantado é que algumas das condutas previstas no Artigo 5 encontravam-se já previstas no ordenamento jurídico. Por exemplo: a pessoa jurídica que desse vantagem indevida a agente público no exercício da sua função seria passível de responsabilidade civil por ressarcimento de danos materiais e morais ao Poder Público - com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil, Art. 11 da Lei 4.717/1965 e Art. 5 da Lei 8.429/1992. Em relação a esse ilícito, há quem entenda que a novidade trazida pela Lei Anticorrupção residiria apenas na "explícita estruturação do dever indenizatório fundado na 'responsabilidade objetiva'.³⁸⁴"

³⁸³ PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania; MARRARA, Thiago. Pg. 23.

³⁸⁴ PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvania; MARRARA, Thiago. Pg. 23.

No mesmo sentido, a responsabilidade administrativa da pessoa jurídica infratora parece também uma possibilidade anterior à Lei Anticorrupção dentro de certos diplomas legais, notadamente: a legislação de licitações (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e Lei 12.462/2011); a legislação de infrações a ordem econômica (Lei 12.529/2011); a legislação administrativa tributária em relação a constituição de ilícito tributário (Art. 136 e 137 da Lei 5.172/1966 - Código Tributário Nacional); a legislação do mercado de valores mobiliários em relação às condutas passíveis de sanção administrativa (Lei 6.385/1976); a legislação do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) em relação as condutas de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998); a legislação relativa a infrações financeiras punidas pelo Banco Central do Brasil (Lei 4.595/1964); e, por fim, a legislação relativa a irregularidade de contas que resultem em prejuízo ao erário público (Art. 71 da Constituição Federal).

A Lei 8.429/1992 (Lei de improbidade administrativa) previa também em seu regime sançanatório a responsabilidade das pessoas jurídicas - feita a ressalva, no entanto, de que a Lei não compreendia a tutela da Administração pública estrangeira e dependeria da aferição subjetiva de responsabilidade - conforme entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência³⁸⁵.

Em uma interpretação literal, seria possível dizer que a lei inaugura um novo sistema de responsabilização da pessoa jurídica, dissociado dos sistemas já existentes no ordenamento jurídico, na medida em que se assuma tal sistema como resultado da organização sistemática de elementos sancionatórios ou punitivos: "os bens jurídicos tutelados, os ilícitos fixados, as sanções estatais oponíveis e o processo estatal regular a ser observado."³⁸⁶

Em sentido contrário, outros defendem que não houve, na realidade, a criação de um novo sistema de responsabilidade pela Lei Anticorrupção. A responsabilidade objetiva que se considera inovadora na Lei teria sido a forma de legitimizar a aplicação simultânea e autônoma da responsabilidade administrativa e civil em virtude dos mesmos atos lesivos³⁸⁷: "as novas formas de responsabilização são ostensivamente denunciadas e autonomizadas com o disposto do art. 30, que

³⁸⁵ PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 24.

³⁸⁶ PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 24.

³⁸⁷ Esta é a posição defendida por PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago.

revela o propósito de constituir-se domínio punitivo autônomo, que concorre com os sistemas de responsabilização indicados na norma"³⁸⁸.

O aspecto provavelmente mais controvertido inaugurado pela Lei – objeto, aliás, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.261 pendente junto ao Supremo Tribunal Federal no Brasil (STF) – é a justamente a determinação da responsabilidade objetiva civil e administrativa da pessoa jurídica em virtude do cometimento dos atos ilícitos prescritos na lei.

Sabe-se que na dogmática jurídica, de modo geral, a responsabilidade subjetiva ou objetiva tem a ver com o fenômeno de imputação, demonstração e comprovação da atribuição de responsabilidade e produção de consequências jurídicas. Classicamente, a responsabilidade subjetiva indica que deve-se comprovar dolo ou culpa na conduta humana ilícita; A responsabilidade objetiva, por sua vez, seria bastante a partir da evidência de realização da conduta em seus termos formais e materiais³⁸⁹.

Como bem ensina Maria Helena Diniz: "a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes."³⁹⁰

Subjacente a responsabilidade objetiva alguns entendem³⁹¹ que encontra-se a teoria do risco-proveito – importada do Direito Civil como seu fundamento. Tal teoria estabelece uma relação entre onus e proveito, sugerindo que responsabilidade é necessária em virtude das vantagens indevidamente auferidas; caberia ao sujeito beneficiado, responder pelos danos causados em virtude do risco que causou. A respeito, Fábio Ulhoa Coelho relaciona a teoria com a aplicação de uma regra de equidade:

"Assume a posição de que aquele que obtém benefícios diretos ou indiretos, como exercício de sua atividade deve reparar os danos dela advindos. Trata-se de uma contrapartida aos

³⁸⁸ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2º. Lei Anticorrupção Comentada*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sílvia; MARRARA, Thiago. Pg. 24.

³⁸⁹ PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2º. Lei Anticorrupção Comentada*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sílvia; MARRARA, Thiago. Pg. 25.

³⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. Volume 7. 27ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. Pg. 48.

³⁹¹ TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo. Pg. 74.

lucros ou benefícios auferidos pelo empreendedor, a qual nada mais significa que a aplicação de uma regra de equidade.³⁹²”

Alguns alegam que a previsão da responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção é inconstitucional, uma vez que a pessoa jurídica não goza de existência autônoma, manifestando-se sempre através dos seus agentes, e, de todo modo, a penalização da pessoa jurídica não poderia ser objetiva³⁹³.

Sobre as controvérsias que o tema desperta, inicialmente deve-se considerar a regra geral de que, através da personalidade jurídica, os atos praticados por seus representantes, a princípio correspondem a atos da própria sociedade – daí, portanto, o próprio fundamento das teses da desconsideração da personalidade jurídica.

Assumindo a materialidade que o direito, a princípio, empresta a ficção jurídica da sociedade, alguns consideram que a sua responsabilidade objetiva é um problema jurídico-positivo, e não de ordem lógica-jurídica³⁹⁴.

A possibilidade de sanção da pessoa jurídica já havia sido considerada no plano constitucional brasileiro em relação aos crimes ambientais - assim previsto no Artigo 223, par. 3º da Constituição Federal de 1988: § 3º *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas (...)*.

No tocante a forma objetiva de responsabilizar-se a pessoa jurídica, há precedentes na ordem jurídica. No âmbito do direito consumerista, por exemplo, recorremos ao disposto no Artigo 931 do Código Civil: “(...) os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

Alguns entendem que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não poderia, no entanto, ser esgarçada de tal forma que violasse o direito de propriedade e o direito de liberdade - e, segundo estes, seria necessário um juízo de ponderação sobre os valores constitucionais em cena³⁹⁵.

³⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 2. Editora Saraiva. São Paulo, 2004. Pg. 347.

³⁹³ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1º. Lei Anticorrupção Comentada*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 16.

³⁹⁴ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1º. Lei Anticorrupção Comentada*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 17.

³⁹⁵ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1º. Lei Anticorrupção Comentada*. 2ª Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 18.

Entre os que defendem uma balisa constitucional para aferir a responsabilidade da pessoa jurídica, há quem entenda que o direito de liberdade só poderia ser constrangido na medida da culpabilidade do agente (aferição da sua responsabilidade subjetiva), daí sendo necessário demonstrar, dentro da teoria da causalidade, a existência de dolo ou culpa no cometimento do ilícito; de modo diverso, o direito de propriedade seria suscetível de ser limitado em virtude da responsabilidade objetiva do agente - havendo, portanto, a configuração do fato ilícito, independente do interesse subjacente a sua atuação³⁹⁶.

Há ainda quem entenda, como ZOCKUN, que a responsabilidade da pessoa jurídica inaugurada com a Lei Anticorrupção é necessariamente derivada da responsabilidade subjetiva dos agentes que agem em seu nome ou em seu benefício. Isso se deveria ao fato das condutas ilícitas traçadas pela lei exigirem, necessariamente, culpabilidade: não se poderia oferecer vantagem, por exemplo, sem o intuito doloso imbuído na ação e, do mesmo modo “não se pode imaginar que o abastecimento financeiro das condutas ilícitas previstas na lei decorra de negligência, imprudência ou imperícia, senão que de prática dolosa do agente faltoso”³⁹⁷.

Assim, para ZOCKUN, a responsabilização da pessoa jurídica na Lei anticorrupção aflui de duas normas jurídicas: uma que tem a ver com o cometimento do ilícito, e portanto necessariamente com a responsabilidade subjetiva do agente faltoso que o comete (entendido aqui como o indivíduo que representa de algum modo a pessoa jurídica); outra que tem a ver com a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica tendo por pressuposto o cometimento do ilícito³⁹⁸.

V.III. Diplomas Internacionais

O início dos anos 90 marcou um período de mobilização contra a corrupção transfronteiriça. Órgãos como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização das Nações Unidas (ONU) viabilizaram a elaboração dos primeiros padrões internacionais de cooperação em relação ao delito – notadamente, o período marcou o compromisso de Estados a agir de forma coordenada e implementar medidas internas de prevenção a corrupção na sua dimensão transnacional³⁹⁹.

³⁹⁶ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 18.

³⁹⁷ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 19.

³⁹⁸ ZOCKUN, Maurício. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. Pg. 19.

³⁹⁹ Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção Interamericana contra a corrupção. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>.

As convenções internacionais anticorrupção teriam compartilhado com o âmbito privado as tarefas de prevenção, apuração e punição do delito - para além, naturalmente, da ação do Estado e seus agentes. A princípio, essa atribuição de responsabilidade teria sido norteada pelos códigos de ética e programas de compliance interno, diante dos quais os órgãos corporativos e empregados da companhia deveriam atuar de forma colaborativa para investigação de casos de corrupção, adoção de medidas coercitivas e comunicação às autoridades competentes⁴⁰⁰.

Entendemos que os organismos internacionais participam em uma espécie de ingerência de *soft law* para construção legal interna, daí ser imprescindível voltar-se ao âmbito dos tratados multilaterais⁴⁰¹.

Alguns diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário nos parecem relevantes nesse aspecto. Mencionaremos os seguintes: a Convenção Interamericana contra a Corrupção, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

Em 1996, na cidade de Caracas, foi aprovada a *Convenção Interamericana contra a Corrupção* no âmbito da OEA. O instrumento guarda como objetivo fundamental promover ações de cooperação entre os Estados-membros signatários para prevenção, investigação e punição de casos de corrupção no exercício de funções públicas, diante da crescente internacionalização do delito – prevê, nesse espírito, o tratamento não isolado de um fenômeno que muitas vezes “se reveste de transcendência internacional”, exigindo dos Estados uma ação coordenada⁴⁰².

A Convenção destaca-se por ter sido o primeiro instrumento jurídico internacional que ocupou-se de normas colaborativas anticorrupção e endereçou a dimensão transnacional do delito⁴⁰³.

Aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002⁴⁰⁴ e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002⁴⁰⁵, a Convenção reconhece,

Pg. 5.

⁴⁰⁰ VERISSIMO, Carla. *Compliance: incentivo a adoção de medidas anticorrupção*. 1a Edição 2017. 2a tiragem 2018. Editora Saraiva. São Paulo. Pg. 13.

⁴⁰¹ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. São Paulo, 2015. Pg. 29.

⁴⁰² Preambulo da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

⁴⁰³ Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. *Convenção Interamericana contra a corrupção*. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Pg. 5.

de partida, que a corrupção ataca valores democráticos, distorce a economia, produz vícios na gestão pública, deteriora a moral social e potencialmente financia o tráfico ilícito de entorpecentes⁴⁰⁶. No contexto transfronteiriço do delito, seria necessário um instrumento de cooperação internacional para eficácia de medidas preventivas, investigatórias e punitivas, a par da harmonização das legislações nacionais sobre o tema.

Embora o diploma em questão não tenha cuidado especificamente da responsabilidade de agentes privados ou endereçado o tema das normas de governança corporativa em matéria anticorrupção, entendemos que criou patamares relevantes no tema mais geral da prevenção da corrupção.

Por exemplo: em vista do funcionamento probó das autoridades públicas nacionais e internacionais, a convenção prevê que os Estados-signatários implementem normas de conduta aos órgãos públicos para preservação da integridade da gestão - normas destinadas a *prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento*⁴⁰⁷.

No eixo das relações público-privadas onde o delito também habita (a Convenção refere-se aos casos de suborno de agentes públicos nacionais e estrangeiros), o instrumento em questão prevê a obrigação dos Estados signatários de garantir que as sociedades empresárias do seu domicílio mantenham registros contábeis precisos da aquisição e alienação de ativos, além de controles contábeis internos a partir dos quais um funcionário possa detectar possíveis atos de corrupção⁴⁰⁸.

Outras medidas preventivas consideram a criação de sistemas de contratação de funcionários públicos e aquisição de bens e serviços pelo Estado de modo transparente e equitativo, o

⁴⁰⁴ Nota-se que a Convenção foi aprovada com reserva ao artigo XI, §1º, “c”, que trata da tipificação da prática de lobby para a adoção de decisão de autoridade pública com o objetivo de obter proveito ilícito.

⁴⁰⁵ A princípio, as convenções têm status de lei ordinária no direito brasileiro e suas disposições têm aplicação imediata, podendo instruir ações de improbidade e procedimentos investigatórios.

⁴⁰⁶ Preambulo da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

⁴⁰⁷ Artigo III, item I da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

⁴⁰⁸ Artigo III, item X da *Convenção Interamericana contra a Corrupção*. OEA. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

fortalecimento de órgãos de controle sobre aspectos de governança dos órgãos públicos e a proteção a indivíduos que denunciem de boa fé suspeitas de atos de corrupção⁴⁰⁹.

No tocante a harmonização da legislação interna, a Convenção define condutas como o uso ou aproveitamento indevido por funcionário público de bens do Estado ou de empresas com os quais tenha acesso em virtude do desempenho da sua função⁴¹⁰, bem como o delito de suborno transnacional. Em relação a esse último, a Convenção espera que os Estados-signatários punam os seus cidadãos ou sociedades empresárias com domicílio nos mesmos, pela conduta de oferecimento de qualquer benefício, promessa, vantagem ou valor pecuniário a funcionário público de outro Estado em troca da sua ação ou omissão no exercício da função pública⁴¹¹.

Em 2001, por ocasião da Segunda Cúpula das Américas, foi aprovado um Plano de Ação voltado a implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção, conforme recomendação da OEA. Como resultado das discussões durante a Cúpula, 31 países⁴¹², incluindo o Brasil, aderiram ao Documento Buenos Aires mediante o qual foi implementado o MESICIC (Mecanismos de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção).

O Mecanismo de Acompanhamento é realizado por meio de dois órgãos de decisão - a Conferência dos Estados Partes - que se reúne periodicamente para examinar o funcionamento dos

⁴⁰⁹ Cartilha do Ministerio da Transparencia, Fiscalizacao e Controle. Convencao Interamericana contra a corrupcao. Brasilia, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Pg. 6.

⁴¹⁰ Artigo XI, I, b. l. A fim de impulsionar o desenvolvimento e a harmonização das legislações nacionais e a consecução dos objetivos desta Convenção, os Estados Partes julgam conveniente considerar a tipificação das seguintes condutas em suas legislações e a tanto se comprometem: b. o uso ou aproveitamento indevido, em benefício próprio ou de terceiros por parte de funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas de qualquer tipo de bens do Estado ou de empresas ou instituições em que este tenha parte aos quais tenha tido acesso em razão ou por ocasião do desempenho da função. *Convencao Interamericana contra a Corrupcao. OEA*. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

⁴¹¹ Assim expresso no Artigo VIII. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial. Entre os Estados Partes que tenham tipificado o delito de suborno transnacional, este será considerado um ato de corrupção para os propósitos desta Convenção. O Estado Parte que não tenha tipificado o suborno transnacional prestará a assistência e cooperação previstas nesta Convenção relativamente a este delito, na medida em que o permitirem as suas leis. *Convencao Interamericana contra a Corrupcao. OEA*. Disponível na web: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm>. Consultado em 02/12/2019.

⁴¹² Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção Interamericana contra a corrupção. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Pg. 8.

Mecanismos e, conforme o caso, atualizá-los - e a Comissão de Peritos - composta por uma equipe técnica voltada para implementação da Convenção, que se reúne duas vezes ao ano⁴¹³. As Rodadas da Comissão de Peritos resultam em relatórios publicados pela OEA a respeito da implementação das disposições da Convenção por parte dos Estados signatários⁴¹⁴.

Em 15 de março de 2018, teve lugar a Trigésima Reunião da Comissão de Peritos. O relatório que analisa o desenvolvimento do Brasil na incorporação de medidas a par da Convenção e recomendações da Rodada anterior (a Segunda Rodada) concluiu, entre outros aspectos, que o país alcançou atendimento satisfatório⁴¹⁵. O relatório destacou a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) como um avanço normativo em direção a implementação das recomendações da Rodada, na medida em que considerou os ilícitos cometidos por entes privados na relação com o poder público, inclusive em licitações e contratos⁴¹⁶.

Consideraremos agora a Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Tal instrumento foi elaborado em 1997, entrando em vigor em 1999, na esteira de vários trabalhos da OECD (Organization for Economic Cooperation and Development) a respeito do suborno de funcionários públicos estrangeiros⁴¹⁷. A convenção foi ratificada no Brasil em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

A Convenção reconhece a necessidade de cooperação, monitoramento e acompanhamento multilaterais sobre os casos de propina protagonizados na relação entre indivíduos ou empresas e funcionários públicos em transações comerciais internacionais. Assim inaugura, em seu Artigo 1, o Delito de Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros como a prática de oferecer ou prometer vantagem ou benefícios - pecuniários ou de qualquer outra natureza - a funcionários públicos

⁴¹³ Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção Interamericana contra a corrupção. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>. Pg. 9.

⁴¹⁴ Relatório hemisférico da segunda rodada de análise da comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. OEA. Dezembro de 2008, Washington DC. Disponível na web: http://www.oas.org/juridico/portuguese/mec_ron2_inf_hemis.pdf. Consultada em 10/12/2019. Pg. 6.

⁴¹⁵ Relatório da Trigésima Reunião da Comissão de Peritos. MESICIC OEA. Março de 2018. http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_rep_por.pdf

⁴¹⁶ Relatório da Trigésima Reunião da Comissão de Peritos. MESICIC OEA. Março de 2018. http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_rep_por.pdf. Pg. 2.

⁴¹⁷ Em referência aos seguintes trabalhos no âmbito da OECD: acordo multilateral relacionado ao combate do suborno de servidores estrangeiros de 1994 e Recomendação sobre a Dedução de Impostos de Subornos de Funcionários Públicos Estrangeiros de 1995.

estrangeiro, causando a sua ação ou omissão de modo a realizar ou dificultar transações ou obter vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Os Estados signatários comprometeram-se, nesse sentido, a tomar todas as medidas necessárias de responsabilização de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro e aplicar penas criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas⁴¹⁸. Na hipótese de responsabilidade criminal não se aplicar a pessoas jurídicas dentro do sistema jurídico do Estado signatário, a Convenção prevê que devem ser aplicadas sanções não criminais igualmente efetivas e dissuasivas, inclusive sanções financeiras⁴¹⁹.

Adicionalmente, a Convenção prevê que os Estados parte contribuam entre si nas ações de investigação e processos criminais sobre o delito abrangido na Convenção⁴²⁰, bem como em relação a processos não-criminais envolvendo uma pessoa jurídica em torno do delito. Tal assistência mútua não poderia ser recusada com base em alegações de sigilo bancário⁴²¹.

Com a finalidade de acompanhar o progresso dos países signatários, a Convenção prevê igualmente um sistema de monitoramento da implementação da Convenção no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais da OECD⁴²².

É interessante observar que o Grupo de Trabalho da OECD acima mencionado emitiu uma comunicação pública ao Brasil recentemente alertando sobre os riscos que se colocam ao combate a corrupção em virtude da Lei sobre Abuso de Autoridade aprovada em Agosto de 2019 (Lei 13.869/2019)⁴²³. A OECD compreende que a Lei cria conceitos vagos de abuso de autoridade, o que poderia inibir a atuação de juízes e promotores, além de comprometer a independência e capacidade

⁴¹⁸ Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 2.

⁴¹⁹ Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 3, item 2.

⁴²⁰ Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 9, item 1.

⁴²¹ Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 9, item 2.

⁴²² Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Artigo 12.

⁴²³ Artigo da OECD: A capacidade das autoridades públicas brasileiras de investigar e processar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros está seriamente ameaçada, diz o Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE. Publicado em 21/10/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/newsroom/a-capacidade-das-autoridades-publicas-brasileiras-de-investigar-e-processar-a-corrupcao-de-funcionarios-publicos-estrangeiros-esta-seriamente-ameacada-diz-o-grupo-de-trabalho-sobre-suborno-da-ocde.htm>. Consultado em 11/12/2019. Nesse mesmo tópico: Artigo da OECD: O Brasil deve cessar imediatamente as ameaças à independência e à capacidade das autoridades públicas para combater a corrupção. Publicado em 13/11/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/o-brasil-deve-cessar-imediatamente-as-ameacas-a-independencia-e-a-capacidade-das-autoridades-publicas-para-combater-a-corrupcao.htm>. Consultado em 11/12/2019.

das autoridades públicas - portanto ameaçando a própria capacidade do Brasil de atender as obrigações da Convenção⁴²⁴.

Outro instrumento que deve ser mencionado no panorama internacional da luta contra a corrupção é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)⁴²⁵, assinada em 15 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, e promulgada no Brasil por meio do Decreto no 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Para alguns, a CNUCC endereça de forma mais extensa e detalhada – em relação a Convenção Interamericana - temas de cooperacao internacional. O instrumento foi adotado pela vasta maioria dos Estados-membros da ONU e tornou-se o único mecanismo de aplicacao global em tema anticorrupção⁴²⁶ - concebido justamente para alcançar países que ainda permaneciam fora das tratativas internacionais sobre a matéria, como os do continente asiático e de regioes do Oriente Medio⁴²⁷.

O texto da CNUCC foi negociado entre 2002 e 2003, cobrindo tópicos fundamentais como a implementação de medidas preventivas, cooperação internacional, criminalização e restituição de produtos do delito. Os atos de corrupção contemplados no instrumento incluem propina, troca de influência, abuso de funções e – note-se – diversos atos de corrupção dentro do setor privado⁴²⁸.

Entre as medidas preventivas determinadas pela CNUCC notamos a incorporação de códigos de conduta em órgãos públicos que estimulem a denúncia por parte dos servidores (semelhante, portanto, a uma das propostas preventivas da Convenção Interamericana), a implementação de critérios objetivos e impessoais em processos de licitação e a necessária independência do Poder Judiciário e Ministério público em processos de corrupção.

⁴²⁴ Artigo da OECD: A capacidade das autoridades públicas brasileiras de investigar e processar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros está seriamente ameaçada, diz o Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE. Publicado em 21/10/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/newsroom/a-capacidade-das-autoridades-publicas-brasileiras-de-investigar-e-processar-a-corrupcao-de-funcionarios-publicos-estrangeiros-esta-seriamente-ameacada-diz-o-grupo-de-trabalho-sobre-suborno-da-ocde.htm>. Consultado em 11/12/2019. Nesse mesmo topico: Artigo da OECD: O Brasil deve cessar imediatamente as ameaças à independência e à capacidade das autoridades públicas para combater a corrupção. Publicado em 13/11/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/o-brasil-deve-cessar-imediatamente-as-ameacas-a-independencia-e-a-capacidade-das-autoridades-publicas-para-combater-a-corrupcao.htm>. Consultado em 11/12/2019.

⁴²⁵ Também conhecida como Convenção de Mérida.

⁴²⁶ Unites Nations Office on Drugs and Crime. Disponível na web: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Consultada em 10/12/2019.

⁴²⁷ Posição do Ministério Público Federal do Brasil. *A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e a legislação brasileira*. Disponível na web: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/publicacoes-diversas/quadrocomparativo_cnucc.pdf. Consultada em 10/12/2019. Pg. 1.

⁴²⁸ Unites Nations Office on Drugs and Crime. Disponível na web: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Consultada em 10/12/2019.

A CNUCC aborda igualmente a prevenção da corrupção no âmbito privado, sublinhando a necessidade de certos padrões de auditoria e contabilidade; a necessidade de aplicar de forma efetiva – com efeito inibidor – sanções civis, administrativas e criminais; a prevenção do conflito de interesses; a proibição de “caixa dois” nas empresas; e a redução de benefícios de dedução ou isenção de impostos sobre despesas consideradas suborno⁴²⁹. Trabalharemos sobre algumas.

Primeiro, em relação ao parâmetros de auditoria e contabilidade, os Estados signatários comprometem-se a melhorá-los e implementar medidas sancionadoras aplicáveis a violação de tais parâmetros. Com esse fim, são sugeridas medidas como: (i) promover normas e procedimentos de salvaguarda da integridade das entidades privadas através da implementação de códigos de conduta e boas práticas comerciais e contratuais; (ii) promover normas de transparência destinadas a identificação de pessoas jurídicas e físicas envolvidas na gestão das sociedades; (iii) promover normas fiscalizadoras do controle contábil interno das sociedades, a par da sua estrutura e tamanho – de modo a auxiliar a identificação de atos de corrupção e apoiar eventuais auditorias⁴³⁰.

A Convenção ocupa-se também de identificar certos delitos relacionados a manutenção de livros registros, incluindo a punição dos seguintes atos: (i) realização de operações não registradas ou mal especificadas em livros; (ii) registro de gastos inexistentes; e (iii) destruição de documentos de contabilidade antes do prazo previsto em lei⁴³¹.

No que se refere a aplicação de sanções *efetivas e inibidoras*, os Estados signatários comprometeram-se a aplicar sanções penais ou não penais (administrativa e civil) diretamente às pessoas jurídicas, considerando a participação de tais sociedades no delito e independente da responsabilidade das pessoas físicas envolvidas⁴³².

Notamos que tanto a Convenção da OECD sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais quanto a CNUCC exigem que os Estados, a par dos seus princípios legais, responsabilizem as pessoas jurídicas comprometidas em casos de corrupção de funcionários públicos. A introdução da responsabilidade das pessoas jurídicas

⁴²⁹ *Unites Nations Office on Drugs and Crime*. Disponível na web:

<https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Consultada em 10/12/2019.

⁴³⁰ CNUCC. Artigo 2. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Consultada em 11/12/2019.

⁴³¹ CNUCC. Artigo 3. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Consultada em 11/12/2019.

⁴³² CNUCC. Artigo 26. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Consultada em 11/12/2019.

no ordenamento brasileiro, como discutimos no capítulo acima, foi apenas propriamente direcionada com o advento da Lei Anticorrupção⁴³³.

Apenas como pequeno adendo, notamos que o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime estabeleceu uma parceria com a Controladoria Geral da União no Brasil (CGU) em 2005 para fins de capacitação técnica em temas de corrupção⁴³⁴.

VI. Considerações Finais

Retornamos ao questionamento norteador desta pesquisa – qual seja: o **advento da Lei Anticorrupção parece sedimentar os programas de compliance ou fixa novos horizontes de boa intenção?**

De partida, não podemos escapar da percepção de que as normas de boa governança corporativa e os programas internos de compliance tendem a alargar os seus horizontes em direção a patamares de responsabilidade social mais rígidos, se assim contemplarem a relevância de *stakeholders*.

Entendemos que as crises econômicas aprofundadas pela falta de regulamentação ou de supervisão de órgãos reguladores externos à sociedade empresária estão igualmente amparadas por certas visões de governança corporativa que tendem a afirmar o prestígio alienado aos interesses advindos do eixo acionistas e administradores sobre qualquer outra fonte de peso decisório; tais crises revelam, portanto, a dimensão comunitária da empresa quando os atos orgânicos transbordam avalanches de irresponsabilidade.

Este transborde pode ser dito uma tragédia anunciada, tendo em vista o papel social da empresa na geração de renda e emprego dentro de um sistema capitalista onde as estruturas societárias tornaram-se mais complexas e internacionais com imenso potencial de concentração financeira, sobretudo através da abertura de capital para o mercado de ações.

⁴³³ MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Editora Saraiva. São Paulo, 2015. Pg. 27.

⁴³⁴ MEYER-PFLUG, Samantha Riberio. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *O Brasil e o combate internacional à corrupção*. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009. Disponível na web: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p187.pdf. Consultado em 11/12/2019.

Assim: a descentralização progressiva da boa governança desde o eixo acionistas-administradores até o eixo empresa-comunidade se origina, nos parece, de um reconhecimento de valores ético-democráticos no qual a própria empresa deve, organicamente, banhar-se.

Este ato de banhar-se, avançamos, implica na construção de uma cultura de compliance interna – *cultura* porque a ética empresarial (idealmente) pautaria a formação e execução de decisões em todos os seus níveis orgânicos: acionistas, administradores e conselheiros estariam engajados, comprometidos.

“Compliance begs foundational questions of what the firm is and who the author of corporate governance arrangements ought to be⁴³⁵”.

A esse respeito, MILHAUT e PISTOR⁴³⁶ compreendem a existência de um ciclo em permanente andamento que rege a dinâmica da regulamentação e o desenvolvimento da economia (direito e mercado): uma mudança ocorre no mercado (seja pelo ingresso de novas tecnologias, a entrada de novos *players* ou a repercussão de um escândalo de corrupção). Em seguida, o direito responde a tais questões (seja pela via legislativa ou através de decisões judiciais ou administrativas). Dentro da resposta oferecida, os agentes do mercado tendem a pressionar os limites legais postos o que, novamente, cria uma situação de novidade a ser respondida pelo direito. O objetivo permanente do ciclo seria restaurar a confiança dos investidores e devolver a economia a patamares de estabilidade.

Este ciclo demonstra que a cultura de compliance provavelmente não se formaria apenas de um impulso natural, espontâneo advindo da razão capitalista (embora investidores apoiem o compliance para redução de *agency costs* e assimetrias informacionais) – daí a importância da regulamentação estatal no momento anterior (*incentivo*) e posterior (*punição*).

A Lei Anticorrupção reflete a intervenção do poder público sobre a esfera privada societária justamente nos dois eixos – ao impor a punição administrativa da própria pessoa jurídica (responsabilidade objetiva pelos atos de seus administradores, acionistas, empregados) e ao criar a possibilidade de dedução da mesma penalidade através da comprovada existência de uma estrutura sólida, independente e efetiva de compliance; tais *standards* parecem ter sido materializados pelo

⁴³⁵ GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance*. Fordham Law School. 10/05/2016. Artigo disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26/10/2020.

⁴³⁶ MILHAUT, Curtis J. e PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. The University of Chicago Press, 2008. Pgs. 27 a 28.

legislador brasileiro no elencamento de critérios elucidados no Decreto 8.420/2015, sobretudo a necessidade de envolvimento da alta direção (portanto a adoção de uma forma de governança mais englobadora e, talvez, mais alinhada com a *stakeholder theory*).

Portanto: a Lei Anticorrupção carrega consigo elementos promissores e contemporâneos no estímulo à criação e manutenção de uma estrutura interna efetiva de compliance dentro das empresas. Espera-se que a dualidade da intervenção pretendida encontre efetividade ela própria na atuação fiscalizadora e executora do Poder Público para que não se reduza ao campo das boas intenções.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de Direito Comercial. V: I (Introdução. Atos de comércio, comerciantes, empresas e sinais distintivos)*, Editora Almedina, 10ª Ed. 2016. Coimbra.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, 2ª Ed., 2010, Coimbra.

ARMOUR John, DEAKIN Simon, KONZELMANN Suzanne. *Shareholder Primacy and the Trajectory of UK Corporate Governance*. Centre for Business Research Judge Institute of Management Studies, Cambridge. Junho de 2003. Disponível na url: https://www.cbr.cam.ac.uk/fileadmin/user_upload/centre-for-business-research/downloads/working-papers/wp266.pdf. Consultado em 27/11/2019

BHAGAT, Sanjai; BOLTON, Brian; ROMANO, Roberta. *The Promise and Peril of Corporate Governance Indices*. Columbia Law Review. Vol. 108, n.8. 2008. Disponível na web: <https://pdfs.semanticscholar.org/f5a2/8add18a48cb8d54abd48cd52aa61b1e93db2.pdf>. Consultada em 24/10/2019.

CANDELORO, Ana Paula P.; MARTINS DE RIZZO, Maria Balbina; PINHO, Vinicius. *Compliance 360°. Riscos, Estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. 2ª Edição atualizada. São Paulo, 2015

CASARA, Rubens R.R. *Estado Pós Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Editora Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2018. 4ª Edição.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 2. Editora Saraiva. Sao Paulo, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para Compreender a Grande Moléstia Brasileira*. Boletim de Ciências Económicas. Volume LIX 2016. Coimbra.

Davis, J. H., Schoorman, F. D., & Donaldson, L. (1997). *Toward a stewardship theory of management*. *Academy of Management Review*, 22(1), 20-47.

DIAS, Reinaldo. *Responsabilidade Social - Fundamentos e Gestão*. Editora Atlas. São Paulo, 2012.

DI PIETRO Zanella, Maria Sylvia. *Comentários ao Artigo 6*. Pg 113 a 122. in *Lei Anticorrupção Comentada*. Coordenadores: DI PIETRO Zanella, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Pg. 122.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil*. Volume 7. 27a Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013. Pg. 48.

DONALDSON, Lex; DAVIS, James H. *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*. Australian Journal of Management, Junho de 1991, The University of New South Wales. Disponível no link:

<https://pdfs.semanticscholar.org/b226/d681d20fb646b147ecb3f452fb5de2269cb7.pdf> (consultado em 6/11/2019).

EAY Andrew. *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. Routledge Research in Corporate Law. 2013, NY.

FAMA, Eugene F.; JENSEN, Michael C.. Journal of Law and Economics, Vol. 26, No. 2, *Corporations and Private Property: A Conference Sponsored by the Hoover Institution*. (Jun., 1983), pp. 301-325. Disponível na web: <https://are.berkeley.edu/~cmantinori/prclass/FamaJensen.pdf> (consultada em 20.10.2019).

FRONTODONA, Joan; SISON, Alejo Jose. *A Philosophical Critique of the Nature of the Firm, Agency Theory and Shareholder Theory*. Journal of Business Ethics (2006) 66: 33–42. Springer, 2006.

GRIFFITH, Sean J. *Corporate Governance in an Era of Compliance*. Fordham Law School. 10/05/2016. Artigo disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Consultado em 26/10/2020.

JENSEN, Michael; MECKLING, William. *Theory of the Firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics 3. Pg. 305-270. North Holland Publishing Company. University of Rochester. Rochester, 1976.

MARTINEZ, Veronica Root. *Investigating Intersections of Corporate Governance & Compliance.* The University of Chicago Law Review Online. Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 191022.

MEANS, Gardines; BERLE, Adolf. *The Modern Corporation and Private Property.* Transaction Publishers, London, 1932. Disponível na url: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/197990/mod_resource/content/1/DCO0318_Aula_0_-_Berle_Means.pdf. Consultado em 27/09/2019. Pg. 11.

MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato e DINIZ-SAAD, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção.* Editora Saraiva. São Paulo, 2015

MELLO JORGE SILVEIRA DE, Renato. *Compliance e Direito Penal na Era Pós-Lava Jato.* Revista dos Tribunais, Vol. 979. Maio de 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Riberio. OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. *O Brasil e o combate internacional à corrupção.* Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009. Disponível na web: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/181/ril_v46_n181_p187.pdf. Consultado em 11/12/2019.

MILHAUPT, Curtis J. e PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism. What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World.* The University of Chicago Press, 2008.

MYLES, L. Mace. *Directors: Myth and Reality.* Pp. 207. Boston, Mass.: Division of Research, Graduate School of Business Administration, Harvard University, 1971.

NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance.* Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013

PESTANA, Mario. *Lei Anticorrupção. Exame Sistematizado da Lei n. 12.846/2013.* Editora Manole. 2016, Barueri-SP.

PIMENTA OLIVEIRA, Jose Roberto. Artigo: *Comentários ao Artigo 2o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edição. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago.

PHILLIPS, Robert R. FREEMAN Edward, e C. WICKS Andrew. *What Stakeholder Theory is not*. 2003, Business Ethics Quarterly, Volume 13, Issue 4, ISSN 1052-150X. Pp. 479 a 502.

STERNBERG, Elaine. *The Stakeholder Concept: a mistaken doctrine*. 1999, Foundation for Business Responsibilities (UK). Disponível na url: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263144. Consultada em 26/11/2019.

SIEBER, ULRICH. *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepcion para controlar la criminalidad economica*. Pg. 63. Artigo publicado in *El Derecho Penal Economico en la Era Compliance*. Organizadores: Nieto Martín, Adán; ARROYO ZAPATERO, Luis. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013. Pg. 63 a 109.

SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. Disponível na url: <http://www.ultimorecurso.org.ar/drupi/files/Adam%20Smith%20%27The%20Wealth%20of%20Nations%27.pdf>. Consultado em 27/09/2019

TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; DE SALES, Marlon. *Lei Anticorrupção Comentada Dispositivo por Dispositivo*. Editora Almedina. 2016, São Paulo.

TRICKER, Bob. *Corporate Governance. Principles, Policies and Practices*. Oxford University Press. 3ª Edicao. Oxford, 2015.

VERISSIMO, Carla. *Compliance: incentivo a adoção de medidas anticorrupção*. 1a Edição 2017. 2a tiragem 2018. Editora Saraiva. São Paulo.

ZOCKUN, Maurículo. Artigo: *Comentários ao Artigo 1o. Lei Anticorrupção Comentada*. 2a Edicao. Editora Forum. Belo Horizonte, 2018. Coordenadores: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia; MARRARA, Thiago.

HARVARD, John Coates e SRINIVASAN, Suraj. *SOX after ten years: a multidisciplinary review*. 12 de Janeiro de 2014. Disponível na web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2343108 (consultado em 05.09.2019).

OUTROS DOCUMENTOS

Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance. London, 1992. Disponível na URL: <https://ecgi.global/sites/default/files//codes/documents/cadbury.pdf>. Consultado em 27/09/2019.

Princípios da OCDE. Disponível na URL: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> (consultada em 17.9.2019).

The Corporate Report. A discussion paper published for comment by the Accounting Standards Steering Committee. London, 1975. Disponível na url: <https://www.icaew.com/-/media/corporate/files/library/subjects/corporate-governance/corporate-report.ashx?la=en>. Consultado em 28/09/2019.

SEC. *Wrestling with Reform: Financial Scandals and the Legislation they Inspired*. Disponível em: <http://www.sechistorical.org/museum/galleries/wwr/wwr05d-markets-milken.php>. Consultado em 30/09/2019.

Report of the National Commission for Fraudulent Financial Reporting (1987) Disponível e consultado em 05-05-2019 em www.coso.org.

The Cadbury Report. University of Cambridge, Judge Business School. Disponível em: <http://cadbury.cjbs.archivos.info/report>. Consultado em 30/09/2019.

Entrevista para Cambridge University por Sir. Adrian Cadbury: Disponível e consultada em 05-05-2019 em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=314&v=ZfC7ykLKy4M

Relatório Viénot, disponível e acessado em 06-05-2019, através do link: https://ecgi.global/sites/default/files/codes/documents/vienot1_en.pdf

US Business Roundtable. Statement of Corporate Governance (1971). Disponível e consultado em 09-05-2019 no link: <http://www.ralphgomory.com/wp-content/uploads/2018/05/Business-Roundtable-1997.pdf>

OECD Principles of Corporate Governance. Disponível e acessado em 10-05-2019 através do link: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN\(99\)6&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C/MIN(99)6&docLanguage=En)

Relatório do SEC sobre o caso Waste Management Inc. encontra-se disponível e foi consultado em 22-05-2019 através do link: <https://www.sec.gov/litigation/complaints/complr17435.htm>

National Association of Corporate Directors (“NACD”), *Report of the NACD Blue Ribbon Commission on Director Professionalism* (November 1996, reissued 2001, 2005).

Compliance Programs of Investment Companies and Investment Advisers. SEC, publicação n IC-26299. Disponível no website: <https://www.sec.gov/rules/final/ia-2204.pdf> (consultado em 04.09.2019).

Improper Influence on Conduct of Audits. SEC, publicação n. IC-26050, de maio de 2003. Disponível no website: <https://www.sec.gov/rules/final/34-47890.htm>

Data Protection Working Party. Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime. Disponível na web: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2006/wp117_en.pdf (consultado em 05.09.2019).

Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu em 2003 (*Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia*). Disponível através da URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284&from=PT> (consultada em 15.9.2019).

House of Commons Trade and Industry Committee. *The White Paper on Modernising Company Law*. Sexto Relatório, sessões 2002-2003. Disponível na url: <https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf>. Consultado em 27/11/2019.

UN Principles for Responsible Investment. Disponível na url: <https://www.unpri.org/pri/an-introduction-to-responsible-investment/what-are-the-principles-for-responsible-investment>. Consultado em 27/11/2019.

Bank for International Settlements (BIS). Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the compliance function in banks*. Abril de 2005. Disponível em: <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>. Acessado em 13/01/2020.

OECD. *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance*. Adotada em 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf> (consultada em 04/02/2020).

Cartilha do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Convenção Interamericana contra a corrupção. Brasília, 2016. Disponível no link: <https://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-oea/documentosrelevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>.

Relatório hemisférico da segunda rodada de análise da comissão de peritos do mecanismo de acompanhamento da implementação da Convenção Interamericana contra a corrupção. OEA. Dezembro de 2008, Washington DC. Disponível na web: http://www.oas.org/juridico/portuguese/mec_ron2_inf_hemis.pdf. Consultada em 10/12/2019. Relatório da Trigésima Reunião da Comissão de Peritos. MESICIC OEA. Março de 2018. http://www.oas.org/en/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic5_bra_rep_por.pdf

Artigo da OECD: *A capacidade das autoridades públicas brasileiras de investigar e processar a corrupção de funcionários públicos estrangeiros está seriamente ameaçada, diz o Grupo de Trabalho sobre Suborno da OCDE*. Publicado em 21/10/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/newsroom/a-capacidade-das-autoridades-publicas-brasileiras-de-investigar-e-processar-a-corrupcao-de-funcionarios-publicos-estrangeiros-esta-seriamente-ameacada-diz-o-grupo-de-trabalho-sobre-suborno-da-ocde.htm>. Consultado em 11/12/2019.

Artigo da OECD: *O Brasil deve cessar imediatamente as ameaças à independência e à capacidade das autoridades públicas para combater a corrupção*. Publicado em 13/11/2019. Disponível na web: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/o-brasil-deve-cessar-imediatamente-as-ameacas-a-independencia-e-a-capacidade-das-autoridades-publicas-para-combater-a-corrupcao.htm>. Consultado em 11/12/2019.

Unites Nations Office on Drugs and Crime. Disponível na web: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/uncac.html>. Consultada em 10/12/2019.

Posição do Ministério Público Federal do Brasil. *A Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e a legislação brasileira*. Disponível na web: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/publicacoes-diversas/quadrocomparativo_cnucc.pdf. Consultada em 10/12/2019.

SEC v DBL. 837 F. Supp 587 em 596. Disponível e consultado em 05-05-2019 em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/956/503/1895165/>

United States v Michael Milken, S 89 Cr 41. Disponível e consultado em 05-05-2019 em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/780/123/1445218/>

Supreme Court of the United Stated. *Jeffrey Skilling v. Unites States*. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE FIFTH CIRCUIT No. 08–1394. Arguida em 1º de Março, 2010—decidida em 24 de junho, 2010.