

ANELISE PASCHOAL GARCIA DUARTE

**PROPOSTAS PARA O TRATAMENTO ESTRUTURAL-ORGANIZATIVO DA
CORRUPÇÃO EMPRESARIAL: O PAPEL DO CONSELHO FISCAL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Calixto Salomão Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2019

ANELISE PASCHOAL GARCIA DUARTE

**PROPOSTAS PARA O TRATAMENTO ESTRUTURAL-ORGANIZATIVO DA
CORRUPÇÃO EMPRESARIAL: O PAPEL DO CONSELHO FISCAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob orientação do Professor Titular Dr. Calixto Salomão Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Duarte, Anelise Paschoal Garcia.

Propostas para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial: o papel do conselho fiscal/
Anelise Paschoal Garcia Duarte; Orientador: Calixto Salomão Filho, São Paulo, 2019.
201.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2019.

1. Corrupção. 2. Teoria econômica da corrupção. 3. Governança corporativa. 4. Conselho fiscal.

DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. *Propostas para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial: o papel do conselho fiscal*. 2019. 201 p. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

Esta dissertação de mestrado tem por objeto a proposição de soluções estruturais-organizativas para neutralizar os desequilíbrios nas relações internas de poder entre os órgãos societários. Por esse mecanismo, busca-se criar um ambiente menos propício ao cometimento de atos contra a administração pública pelas companhias brasileiras. Por meio da revisão da literatura a respeito do bem jurídico tutelado pela corrupção e da evolução da teoria econômica da corrupção, que culminaram na proliferação das legislações anticorrupção ao redor do mundo, buscou-se subsídios para identificação das premissas a serem observadas na formulação das propostas apresentadas neste trabalho. Sobretudo, buscou-se afastar de padrões internacionais não aderentes à realidade das companhias brasileiras, bem como de propostas não adequadas, necessárias ou proporcionais em sentido estrito. Como resultado da análise doutrinária e legislativa, propõe-se o fortalecimento do conselho fiscal, como órgão central de controle e fiscalização da legalidade dos atos praticados em nome e por meio das companhias. Para alcançar uma atuação fiscalizatória efetiva, apresentam-se instrumentos que possam garantir sua independência e exercício pleno de suas competências.

Palavras-chave: corrupção, teoria econômica da corrupção, governança corporativa, conselho fiscal.

DUARTE, Anelise Paschoal Garcia. *Projects for a structural and organizational addressment of corporate corruption: the role of the fiscal council*. 2019. 201 p. Master's in Law Thesis. Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo, 2019.

ABSTRACT

This Master of Laws thesis aims to propose possible structural-organizational solutions to neutralize the imbalances in the internal relations of power between the corporate bodies. By this mechanism, it is sought to create an environment less permissive to the commission of acts against the public administration by the Brazilian companies. Through a review of the literature on the legal interest protected by typifying the crime of corruption and the evolution of the economic theory of corruption that culminated in the proliferation of anti-corruption legislation around the world, we sought subsidies to identify the premises to be observed in the formulation of proposals presented herein. Above all, we sought to move away from international standards not adhering to the reality of Brazilian companies, as well as proposals that are not adequate, necessary or proportional in the narrow sense. As a result of the literature and legislation analysis, it is proposed to strengthen the fiscal council, as the central body for control and oversight of the legality of the acts performed on behalf and through the companies. In order to confer the fiscal council an effective supervision role, we present some mechanisms that shall guarantee its independence and the full exercise of its competencies.

Keywords: corruption, economic theory of corruption, corporate governance, fiscal council.

**PROPOSTAS PARA O TRATAMENTO ESTRUTURAL
ORGANIZATIVO DA CORRUPÇÃO EMPRESARIAL: O PAPEL
DO CONSELHO FISCAL**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO E LIMITES PARA FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS PARA SEU COMBATE E PREVENÇÃO.....	20
CAPÍTULO I - O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO E AS LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO.....	20
1. Correntes doutrinárias.....	22
1.1 A administração pública e a capacidade funcional do Estado como bem jurídico tutelado pela corrupção	22
1.2 A democracia como bem jurídico tutelado pela corrupção.....	23
2. Normas que regulam a tipificação do crime de corrupção e a responsabilização das pessoas jurídicas	24
2.1 Tratados internacionais	25
2.2 Legislação brasileira.....	28
2.2.1 Responsabilidade da pessoa física.....	29
2.2.2 Responsabilidade da pessoa jurídica	32
3. Contribuição da Comissão de Valores Mobiliários para o combate à corrupção	40
3.1 Normas de prevenção à lavagem de dinheiro.....	40
3.2 Informe de Governança Corporativa.....	42
3.3 Normas sobre transparência, publicidade e deveres de administradores e controladores	45
3.4 Atividade sancionadora da CVM	48
4. Conclusão	50

**CAPÍTULO II - A EVOLUÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DA CORRUPÇÃO:
CONTRIBUIÇÕES PARA A CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS EFETIVOS DE
PREVENÇÃO DO FENÔMENO PELAS COMPANHIAS..... 53**

1. Panorama geral da análise econômica da corrupção	53
2. Estudos sobre benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico.....	55
2.1.1. Contexto histórico	56
2.1.2. Aparentes benefícios da corrupção	58
2.1.3. Falhas dos argumentos sobre impactos negativos da corrupção	62
2.1.4. Conclusão	63
3. Estudos sobre os prejuízos da corrupção para o desenvolvimento.....	67
3.1. Contexto histórico	67
3.2. Estudos sobre potenciais evidências dos prejuízos causados pela corrupção ao desenvolvimento econômico	70
4. A corrupção como um problema de ação coletiva	76
5. Conclusão	83

**PARTE II – O TRATAMENTO ESTRUTURAL-ORGANIZATIVO DA
CORRUPÇÃO EMPRESARIAL..... 87**

**CAPÍTULO III - PREMISSAS PARA FORMULAÇÃO DE INSTRUMENTOS
ESTRUTURAIS-ORGANIZATIVOS PARA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO
PELAS COMPANHIAS 87**

1. Finalidade última dos sistemas de conformidade	87
2. Vinculação entre as soluções propostas e características de seus destinatários ..	90
3. Atualização constante das propostas sugeridas	91
4. Incentivos para implementação das soluções propostas: entre a cogência da norma e a flexibilidade na adaptação e atualização	93
4.1. Limitações do mecanismo de “comply or explain”	96
5. Teste de proporcionalidade das propostas sugeridas	100
5.1. Adequação	102
5.2. Necessidade	104

5.3. Proporcionalidade em sentido estrito	105
6. Conclusão	109

**CAPÍTULO IV - OS INSTRUMENTOS PARA REEQUILÍBRIO DAS
RELAÇÕES ENTRE OS ÓRGÃOS DA COMPANHIA COMO MECANISMOS
EFETIVOS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO 112**

1. Introdução.....	112
2. Finalidade dos programas de conformidade e sua relação com padrões de governança corporativa.....	114
3. O comparativo entre os três poderes do Estado e os órgãos societários.....	118
1.1 Teoria de Hebert Wiedemann, o comparativo brasileiro e o histórico do surgimento da fiscalização interna nas empresas	118
1.2 A comparação entre o conselho de administração e o conselho fiscal e o judiciário.....	125
2. O Conselho fiscal: O que é? O que tem sido? O que deveria ser?	128
2.1 O conselho fiscal na legislação brasileira	130
2.1.1 Composição	130
2.1.2 Competência e funcionamento.....	133
2.1.3 A oportunidade perdida nas alterações legislativas	138
2.2 O comitê de auditoria sob o Sarbanes-Oxley Act <i>versus</i> o conselho fiscal reformulado	139
2.3 A concentração da competência fiscalizatória no conselho fiscal	144
2.4 Características de um conselho fiscal eficaz	149
2.4.1 Composição: independência na indicação e atributos necessários dos membros.....	151
2.4.2 Remuneração e autonomia orçamentária.....	160
2.4.3 Competência e prerrogativas para assegurar seu exercício	164
2.4.4 Vinculatividade das decisões.....	170
3. Conclusão	174
CONCLUSÃO.....	177
BIBLIOGRAFIA	188

INTRODUÇÃO

O tema proposto para o desenvolvimento de dissertação de mestrado consiste na proposição de soluções estruturais-organizativas para neutralizar os desequilíbrios nas relações internas de poder entre os órgãos societários, de modo a criar um ambiente menos propício ao cometimento de atos contra a administração pública¹ pelas companhias brasileiras (“Tema”)².

A corrupção, entendida como a manifestação de uma utilização desviada de poder, que dirige seu exercício a benefício próprio ou de terceiros^{3e 4}, é, atualmente, um dos temas mais caros à humanidade, haja vista os efeitos deletérios que causa aos sistemas democráticos e ao bom funcionamento do mercado.

A maior parte dos juristas contemporâneos entende que o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção é a capacidade funcional do Estado⁵. E, desenvolvendo a ideia, pode-se defender que, em última análise, o que se visa preservar por meio das normas penais, administrativas e civis contra a corrupção, é o *contrato social*. Este entendido como o acordo original celebrado entre os cidadãos, em que estes entregam parcela de sua liberdade, em prol da organização de uma sociedade gerida por regras comuns a todos.

Nesse sentido, um ambiente viciado pela corrupção, é um ambiente em que as normas perdem a premissa de universalidade e sua aplicação passa a se dar conforme a

¹Neste trabalho, por “corrupção” ou “corrupção empresarial” entender-se-á, quaisquer atos ilícitos praticados por entidades privadas contra a administração pública nacional ou estrangeira.

² A identificação de desequilíbrios nas relações internas de poder, bem como as soluções propostas neste trabalho são destinadas às sociedades anônimas brasileiras, reguladas pela Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Lei das Sociedades Anônimas”).

³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 80.

⁴ Outra definição útil e precisa de corrupção, que abrange o aspecto do fenômeno que se quer endereçar neste trabalho é de Nathaniel H. Leff: “Corruption is an extra-legal institution used by individuals or groups to gain influence over the actions of the bureaucracy. As such, the existence of corruption *per se* indicates only that these groups participate in the decision-making process to a greater extent than would otherwise be the case.” LEFF, Nathaniel H. *Economic Development through Bureaucratic Corruption*. The American Behavioral Scientist. November, 1964, p. 8.

⁵“No especial caso da corrupção, seu espectro é amplíssimo, podendo ser modulado conforme a corrupção que se esteja a tratar. Sinteticamente, no que diz respeito à clássica tipificação codificada, outra sorte não se verifica. Não se pode simplisticamente imaginá-lo como a Administração Pública, mas, sim, como a capacidade funcional do Estado.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 84.

conveniência dos vencedores nos jogos de poder. Exatamente por essa insegurança e ausência de universalidade causada pela corrupção, para além de objeto de análise da sociologia política, o tema passou a ser estudado por especialistas interessados em identificar a relação entre o fenômeno e o funcionamento da economia.

Em meados de 1960, idealizadores da chamada *teoria econômica da corrupção*, criada com a finalidade de apresentar uma análise moralmente isenta do fenômeno, chegaram a sustentar que, sob dadas circunstâncias, a corrupção poderia ser benéfica ao desenvolvimento econômico de algumas nações⁶.

Com a evolução da teoria, surgimento de outros interesses, em meados de 1990, estudiosos passaram a argumentar exatamente o contrário e, por meio de estudos empíricos, tentaram demonstrar que os altos níveis de corrupção limitam o investimento estrangeiro e o crescimento e levam à ineficiência do governo e subdesenvolvimento das nações^{7 e 8}.

Tais estudos, fortemente influenciados por organismos multilaterais, buscaram demonstrar que o fenômeno da corrupção, ao criar um mercado paralelo em que políticas econômicas, regulatórias e fiscais não são aplicadas a determinados agentes, acaba por gerar extrema insegurança jurídica e injustiça, o que aumenta os custos de transação. Estes custos seriam repassados aos consumidores, trabalhadores e investidores, e criariam

⁶ No Capítulo II apresentar-se-á de forma detalhada o argumento trazido pelos autores dessa corrente, bem como a influência do contexto histórico (Guerra Fria) que estavam inseridos para formulação das ideias apresentadas.

⁷ “High levels of corruption limit investment and growth and lead to ineffective government. Developing countries and those making transitions from socialism are particularly at risk, but corruption is a worldwide phenomenon. Corruption creates economic inefficiencies and inequities, but reforms are possible to reduce the material benefits from payoffs. Corruption is not just an economic problem, however; it is also intertwined with politics. Reform may require changes in both constitutional structures and the underlying relationship of the market and the state”. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 1.

⁸ A mesma percepção é relatada no Relatório do Institut National des Hautes Études de la Sécurité et de la Justice, *Corruption, Concussion, Trafic D’influence*, de junho de 2016. “En 2014, la Banque mondiale évalue à 1000 milliards de dollars US le montant de pots-de-vin versés chaque année. La corruption entraînerait une diminution de l’investissement public et privé de l’ordre de 20%. Pour la seule économie européenne, le coût de la corruption est estimé par le Groupe d’États contre la corruption (Greco), dépendant du Conseil de l’Europe, à 120 milliards d’euros. Selon la même source, environ trois quarts des Européens (73%) affirment que les pots-de-vin et le recours aux relations personnelles constituent souvent le moyen le plus simple d’obtenir certains services publics dans leur pays. De plus, deux Européens sur trois (67%) estiment que le financement des partis politiques n’est pas suffisamment transparent ni contrôlé.”

vantagens para agentes dispostos a corromper, distorcendo as relações de mercado e desestimulando o investimento.

Tamanho *protagonismo* conferido à análise do fenômeno da corrupção desencadeou um movimento internacional pela proliferação de tratados e legislações internas de combate à corrupção. Foi, então, que diversos países passaram a adotar *modelos internacionais* de combate ao fenômeno, por meio de introdução de normas de agravamento de responsabilidade penal, civil e administrativa de pessoas físicas e jurídicas que colaborassem para a prática de atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

À parte o objetivo louvável do movimento, fato é que, desde o início da proliferação das legislações anticorrupção, da qual o Brasil não foi exceção, já se passaram quase 30 anos e, até o momento, não houve diminuição perceptiva na proliferação do fenômeno.

Ainda, ante a percepção da magnitude dos danos causados pelos crimes de corrupção, há uma crescente preocupação com relação à correta delimitação do cabimento e da eficácia da intervenção jurídico-penal na prevenção e combate desses ilícitos⁹. É indubitável que a responsabilidade penal tem um papel relevantíssimo no combate à corrupção e proteção do bem jurídico tutelado. Porém, igualmente evidente é que essa vertente de responsabilização tem os seus limites.

Nesse sentido, outras áreas do direito têm assumido parte da responsabilidade para, de forma complementar, contribuir para a configuração de uma estrutura de prevenção e combate à corrupção mais efetiva e aderente à realidade.

Nesse contexto, passou-se a identificar quais outras áreas do direito poderiam contribuir para a prevenção e combate da corrupção. Estimuladas, em parte, pela

⁹ “Justamente em razão da ameaça que representam à estrutura social e, assim, à própria democracia, tais questões vêm despertando especial preocupação, avolumando-se nesse contexto os questionamentos sobre o papel e os objetivos do Estado em relação ao pleno desenvolvimento da cidadania. Consequentemente, crescem também os debates sobre os limites de atuação da Administração Pública, assumindo particular importância a análise da legitimidade e do conteúdo da intervenção jurídico-penal no controle da corrupção, bem como dos inúmeros delitos a ela relacionados” BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 304.

legislação que atribuiu responsabilidade *objetiva* às empresas que pratiquem ou contribuam para a prática de atos de corrupção, no âmbito do direito empresarial, passou-se a defender a criação de regras internas às empresas para a promoção de valores éticos, prevenção e identificação de cometimento de ilícitos por seus empregados, administradores e prestadores de serviços. Tal regramento interno é comumente chamado de *programa de compliance* (em português, *programas de conformidade ou integridade*)¹⁰.

Entretanto, o movimento internacional que incentiva a adoção de programas de conformidade pelas empresas ao redor do mundo parece padecer da mesma falha que o movimento de proliferação de legislações anticorrupção: a replicação acrítica de modelos adotados em outros países, que não têm correlação com as estruturas de poder político e econômico existentes no Brasil, tampouco com as estruturas do mercado de capitais nacional e as principais companhias brasileiras¹¹.

¹⁰ Há intenso debate acerca de qual seria a nomenclatura mais adequada para identificar o conjunto de regras e mecanismos adotados por empresas para a promoção de valores, prevenção de ilícitos e identificação de irregularidades. Como o Tema deste trabalho delimita-se à formulação de propostas *estruturais-organizativas*, que não perpassam pelo *juízo* ou análise *moral ou ética* da atuação individual de empregados e administradores das companhias, entendeu-se mais adequado referir-se a “sistema de conformidade”, o que não significa buscar a restrição das propostas à mera rotina de controle de riscos e auditoria. A esse respeito: “Na literatura do ambiente de negócios, Palanski e Yammarino (2009) (...) sugerem a utilização do termo com o sentido de ‘uma virtude que não é moralmente boa ou má em si, mas que é necessária para se atingir a retidão moral’ (...). **Uma forma de resumir integridade é a consistência entre as palavras e a ação.** Erhard e Jensen (2012) argumentam que (...) ‘Definir integridade como ‘honrar a palavra’ proporciona um acesso inequívoco e prático para se ter acesso a desempenho superior e vantagem competitiva, tanto no nível individual como no organizacional.’ BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa. “*Governança corporativa e integridade empresarial: conceitos, atitude e prática*” in BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa, FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (org.). *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. 1ª ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017, p. 25 e ss. Em sentido complementar: “(...) abordarei o conceito de integridade pessoal e tentarei defender a tese de que um programa de integridade corporativa deve criar um ambiente de tomada de decisão que, de fato, promovam e façam valer os valores e os princípios assumidos e declarados pela empresa. De meu ponto de vista são tais ambientes que verdadeiramente facilitam as coisas para os conselheiros – e para os executivos – na hora das decisões difíceis e, em consequência disso, diminuem a probabilidade e as situações de risco de ocorrência de atos ilícitos ou antiéticos nas atividades, negócios e operações da empresa. Esses ambientes são os úteros da integridade corporativa e, se forem estéreis, nenhum programa de *compliance* ou conformidade terá chances reais de ser bem-sucedido – **isso significa que programas de integridade são distintos e devem se afastar dos modelos de programas de monitoramento, entre os quais estão os programas de *compliance*.**” BARCAT, George. “*Um programa de integridade não é um programa de conformidade*” in BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa, FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (org.). *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. 1ª ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017, p. 51.

¹¹ “Na verdade, muitas vezes os aprimoramentos, o discurso sobre ‘governança’ ou os mecanismos de controles internos nem mesmo são criados para responder a essa nova realidade financeira, a esse novo mundo em que as empresas atuam, mas muito mais em resposta a tendências, quase como um reflexo condicionado. **E entre não adotar as soluções adequadas ou adotá-las apenas por mimetismo, sem atenção às reais necessidades da empresa e meramente a partir de uma receita pronta, a distância**

Nesse contexto, para desenvolvimento do Tema, tentar-se-á analisar de forma crítica de que modo pode o direito societário contribuir de forma mais efetiva e aderente à nossa realidade, para a criação dessa estrutura anticorrupção. Para tanto, propõe-se, primeiramente, identificar de que modo as estruturas internas da companhia e a composição e funcionamento de seus órgãos corroboram, permitem ou perpetuam as relações de poder intrínsecas ao fenômeno da corrupção, de modo a formular propostas que possam contribuir para neutralizar os desequilíbrios encontrados.

Para essa análise, utiliza-se de interessante paralelo apresentado pela doutrina entre os órgãos da companhia e os três poderes do Estado¹². De forma sucinta, a assembleia geral estaria para o legislativo, a administração para o executivo e o judiciário, na proposta deste trabalho, poderia ser representado pelo conselho fiscal. Desse modo, as soluções para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial estão centradas na capacitação do conselho fiscal, como órgão centralizador da competência fiscalizatória da companhia. Busca-se dotá-lo de independência e atributos suficientes para que exerça de forma eficiente a sua competência na identificação e prevenção do cometimento de ilícitos em nome e por meio da companhia.

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que a empresa é um instituto jurídico que agrega um feixe de interesses diversos, os atos de corrupção por ela cometidos não afetam somente seus sócios, e sim todos aqueles grupos que dependem da atividade empresarial, tais como trabalhadores, consumidores, credores, fornecedores e agentes da comunidade em que se insere, os chamados *stakeholders*.¹³

É nesse contexto que se defende a construção de mecanismos internos de prevenção à corrupção que levem em consideração todos os interesses afetados pela atividade empresarial, com vistas a criar um ambiente menos propício à prática desses

parece-me pequena.” Manifestação de voto do Diretor Otavio Yasbek na sessão de julgamento do PAS CVM nº 18/08, realizada no dia 14 de dezembro de 2010.

¹² WIEDEMANN, Hebert. *Gesellschaftsrecht I- Grundlagen*. Munique: Editora Beck, 1980. Tradução de Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França, in *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, 2009. Essa teoria foi analisada com mais detalhes no Capítulo IV.

¹³ O termo “*stakeholders*” utilizado nesse artigo refere-se a todos os grupos sem os quais a empresa deixaria de existir, o que inclui os acionistas, empregados, consumidores, fornecedores, credores e comunidade em que a companhia se insere, conforme definido em memorando do Stanford Research Institute (SRI), em 1963, a qual teria sido, segundo Donaldson e Preston (1995) a primeira vez em que o termo foi empregado. DONALDSON, Thomas; PRESTON, Lee E. *The stakeholder theory of the Corporation: concepts, evidence and implications*. *Academy of Management Review*, New York, v. 20, n. 1, p. 65-91, 1995.

ilícitos. Por essa razão, as soluções estruturais, além de serem mais efetivas, por atingirem o fundamento dos problemas identificados, podem direcionar a punição aos grupos de interesses que efetivamente contribuíram para o cometimento dos ilícitos. Dessa forma, uma estrutura de controles internos efetiva, pode contribuir não só para a criação de um ambiente menos propício à prática de atos de corrupção, mas também para a mais fácil e precisa identificação dos indivíduos que contribuíram para a prática de atos de corrupção por meio ou em nome da empresa, de modo a subsidiar a correta aplicação de sanções pelo direito penal, administrativo e civil.

Buscar, então, por meio das estruturas da empresa, promover a neutralização dos desequilíbrios nas relações de poder entre os órgãos da companhia - com o intuito de se criar um ambiente menos propício ao cometimento de ilícitos por meio ou em nome da empresa é, em última análise, garantir os interesses por ela tutelados¹⁴.

Sabe-se, entretanto, que não é função principal de nenhuma empresa combater a corrupção, de modo que os instrumentos propostos para prevenção do fenômeno devem ser *proporcionais*¹⁵ ao objetivo que se visa atingir. Para além de equilibrar os instrumentos destinados ao tratamento da corrupção, atestar a sua *proporcionalidade* tem a finalidade de garantir que, passados alguns anos de implementação de medidas não adequadas, necessárias ou proporcionais em sentido estrito, surjam estudos e pesquisas

¹⁴ À luz de uma visão institucionalista do direito societário, sustenta-se que a função social da empresa vai além da criação de valor para os sócios e deve levar em consideração a consecução dos interesses dos demais grupos afetados pela atividade empresarial. A ideia desenvolvida por Tantaló e Priem no artigo “*Value creation through stakeholder synergy*” baseada nesse mesmo conceito, vai além, ao defender que, partindo-se do pressuposto que a função da empresa é harmonizar os interesses de todos os seus *stakeholders*, seria competência dos administradores encontrar soluções que permitam a concretização de todos esses interesses com o menor prejuízo possível aos grupos envolvidos. “In such situations, stakeholder synergy occurs whenever a single strategic action creates new value for two or more essential stakeholder groups simultaneously, without reducing the value obtained by another essential stakeholder group. (...), top managers must function as innovation-seeking entrepreneurs (Kirzner, 1997; Shane and Venkataraman, 2000) by continuously searching for new opportunities to create value for multiple stakeholder groups simultaneously. The aim of this “synergy searching” is to increase the “size of the pie” (Gulati and Wang, 2003; Porter and Kramer, 2011; Priem, 2007) available for two or more stakeholder groups through a single strategic action or an integrated set of actions (...). Therefore, even if economic factors remain at the same level, overall employee utility may be increased by a flexible work week or by more autonomy.” TANTALÓ, C.; PRIEM, R. L. *Value creation through stakeholder synergy*. Strategic Management Journal, v.37, n.2, p.314-329, 2014.

¹⁵ Conforme detalhado no Capítulo III, por *proporcional* entendem-se as propostas *adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito*, conforme apresentado pelo mecanismo de ponderação de princípios, emprestado do direito constitucional. Nesse sentido vide: ALEXYS. Robert. *A theory of constitutional rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 1985, ALEXYS. Robert. *On Balancing and Subsumption*. Ratio Juris 16 (2003), 433-449. ALEXYS. Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014.

empíricas que busquem demonstrar a ineficácia dos programas internos implementados pelas empresas (em replicação de um *padrão internacional*), bem como eventual correlação entre estes e uma piora no desempenho das companhias¹⁶.

Tendo em vista o exposto acima, o desenvolvimento do Tema apresenta-se em duas partes: Parte I - Identificação dos bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção e limites para formulação de propostas para seu combate e prevenção; e Parte II - O tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial.

A Primeira Parte é composta dos seguintes capítulos: Capítulo I - o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção e as legislações anticorrupção; e Capítulo II - a evolução da teoria econômica da corrupção: contribuições para a criação de instrumentos efetivos de prevenção. Já a Segunda Parte é composta pelos seguintes capítulos: Capítulo III - premissas para formulação de instrumentos estruturais-organizativos para prevenção da corrupção pelas companhias; e Capítulo IV – os instrumentos para reequilíbrio das relações entre os órgãos da companhia como mecanismos efetivos de prevenção à corrupção.

O primeiro capítulo dedica-se à identificação do bem jurídico tutelado pela legislação anticorrupção, por meio de uma revisão teórica dos principais autores que discorreram sobre o tema na literatura penal. Neste mesmo capítulo, analisa-se o arcabouço normativo internacional (tratados internacionais do qual o Brasil é parte) e legislação nacional a respeito da responsabilização das pessoas físicas e jurídicas pelo cometimento de atos contra a administração pública nacional e estrangeira.

Por meio da análise apresentada desse capítulo, percebe-se que a legislação brasileira a respeito do tema já é vasta e prevê mecanismos interessantes e úteis ao tratamento estrutural do fenômeno da corrupção. Resta somente saber se os mecanismos legalmente previstos serão, de fato, implementados.

Nesse capítulo, por exemplo, nota-se o importante papel conferido à Comissão de Valores Mobiliários na supervisão das companhias, seja em decorrência de novas

¹⁶ Como se verá do Capítulo II é o que tem ocorrido com a teoria econômica da corrupção que, após quase 60 anos, passa a apresentar estudos que buscam demonstrar novamente, como no passado, a suposta correlação entre legislações anticorrupção e o subdesenvolvimento econômico.

obrigações impostas por lei ou regulamentação para implementação de procedimentos de controle interno (decorrentes da Lei de Lavagem de Dinheiro e do novo Informe de Governança Corporativa, por exemplo), seja por meio da sua competência para supervisão da legalidade da atuação de administradores e controladores das companhias e da sua conformidade com seus deveres fiduciários.

O segundo capítulo, por sua vez, identifica a evolução da teoria econômica da corrupção, desde o início dos estudos dedicados à análise das relações de causa e efeito entre corrupção e desenvolvimento econômico até os dias atuais. Como se verá, da mesma forma como ocorreu nas últimas décadas de estudo e implementação da legislação anticorrupção ao redor do mundo, em replicação a um *padrão internacional*, procura-se evitar que os programas de conformidade que vem sendo implementados pelas companhias padeçam da mesma falha e, ao replicarem acriticamente *modelos internacionais*, revistam-se da mesma ineficácia.

Dessa forma, o terceiro capítulo, construído a partir das conclusões advindas da Primeira Parte deste trabalho, discorre a respeito das premissas para formulação de instrumentos estruturais-organizativos para prevenção da corrupção pelas companhias, baseados em duas máximas: (i) a correta delimitação do objetivo a ser perseguido e (ii) procedimento para verificação da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* dos instrumentos sugeridos para compor o sistema de controles internos das companhias.

Se as soluções propostas forem mal implementadas, pouco efetivas, direcionadas a um objetivo secundário ou desproporcionais aos fins que se propõe, em pouco tempo surgirão estudos para tentar demonstrar sua ineficácia, inutilidade ou, até mesmo, prejudicialidade para o desenvolvimento das empresas, de modo a retroceder o avanço até então conquistado.

Embora não seja objeto principal deste trabalho, nesse capítulo tratou-se também, de forma sucinta, da *forma* como se devem revestir as regras formuladas para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial: se impostas via lei formal, *soft law*, ou, o que se entente mais adequado, por meio da criação de *incentivos*, via legislação, para que entidades privadas se fiscalizem mutuamente e que, para manutenção

de suas relações com seus parceiros comerciais, vejam a necessidade de implementação de instrumentos internos efetivos de prevenção à corrupção, de modo a além de prevenir a prática de ilícitos, transparecer a terceiros a confiança necessária de que se trata de empresa idônea.

Como detalhado no referido capítulo, ao invés de impor instrumentos que até sejam efetivos em determinada realidade, mas que se mostrem inaptos em outras, via legislação formal, ou *confiar* em mecanismos de *soft law*, como o modelo de *comply or explain*, como se houvesse interesse espontâneo dos indivíduos responsáveis pela implementação das medidas sugeridas em fazê-lo, pode se espelhar em legislações como a Lei de Lavagem de Dinheiro. Esta instituiu a obrigação de determinados entes privados de identificar e reportar suspeitas de ilícitos, sob pena de responsabilidade objetiva pelo envolvimento nos ilícitos¹⁷.

Partindo-se dessas delimitações, o quarto capítulo apresenta sugestões de composição, competência e autonomia do conselho fiscal das companhias para moldá-lo como um efetivo órgão de controle, capaz de contribuir para a prevenção do cometimento de ilícitos pelas empresas, de modo a proteger o interesse de seus *stakeholders* e o bom funcionamento do mercado, sem, no entanto, prejudicar a perseguição, pelas companhias, de sua função social.

Nesse contexto, a partir da comparação entre os órgãos da companhia e os três poderes do Estado, identifica-se um potencial desequilíbrio entre as relações de poder

¹⁷ Inúmeros são os casos de corrupção cuja deflagração ou aprofundamento das investigações contou com relatórios produzidos pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) - Relatórios de Informação Financeira, cujas informações base são remetidas pelas entidades privadas obrigadas ao cadastro e reporte de operações suspeitas. O aumento tanto no número de RIFs como no número de comunicações feitas por pessoas obrigadas é substancial e demonstra que, de fato, a legislação tem sido efetiva para *estimular* a colaboração de entidades privadas na identificação e reporte de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, conforme se nota de declaração do presidente da instituição a respeito dos resultados apurados em 2018: “No total histórico, já foram produzidos e encaminhados cerca de 40 mil Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) às autoridades competentes. (...) Destacam-se, dentre os RIFs produzidos em 2018, cerca de 400 que municiaram a Força Tarefa Lava Jato no Paraná e Rio de Janeiro, a operação Cui Bono, Greenfield, Cadeia Velha, bem como aquelas operações destinadas à supressão da capacidade de pagamento de organizações criminosas que atuam dentro e fora dos presídios. (...) **Outro dado importante diz respeito a comunicações encaminhadas pelas pessoas obrigadas. Foram também recebidas, no ano de 2018, cerca de 3 milhões comunicações, suspeitas e em espécie, representando crescimento da ordem de 90% em relação ao ano anterior.** O total histórico de comunicações recebidas pelo COAF é de 17 milhões.” Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/dezembro/coaf-divulga-bilancio-das-atividades-de-inteligencia-financeira-realizadas-em-2018>. Último acesso em 27 de dezembro de 2018

existentes entre os órgãos da companhia: há uma lacuna de mecanismos que representem *freios e contrapesos* ao poder desempenhado pela assembleia geral e pela administração nas companhias, sobretudo aquelas de controle acionário concentrado.

Isso pois, os mecanismos de governança corporativa formulados com base na doutrina que originalmente identificou a necessidade de criação de mecanismos capazes de instituir um controle recíproco entre os órgãos societários foram moldados essencialmente para coibir a prática de atos movidos por *interesses particulares* dos indivíduos que compunham cada um dos órgãos (assembleia geral e administração)¹⁸, bem como direcionados a uma realidade de controle acionário disperso¹⁹.

Dessa forma, apresentam-se dois desafios para adaptação dos mecanismos de controle originalmente aventados: (i) a necessidade de coibir a prática de atos que possam representar *benefício* (imediato) para a própria companhia e não um *benefício particular* de administrador ou acionista, mas que represente a prática de atos ilícitos, com consequentes prejuízos a todos os *stakeholders* da companhia, após sua identificação, e à sociedade como um todo, ainda que não identificados; e (ii) a necessidade de adequar-se tanto a uma estrutura de controle acionário disperso, como de controle acionário concentrado, em que a administração *decorre* ou *coincide* com os detentores do poder de controle.

Partindo-se, então, da análise das normas que regem o conselho fiscal na Lei das Sociedades Anônimas, buscou-se identificar quais instrumentos relativos à sua composição, competência e funcionamento poderiam ser construídos, dentro do arcabouço normativo atualmente existente, para torná-lo efetivamente capaz de exercer esse papel de órgão de fiscalização que represente efetivo *contrapeso* à assembleia geral

¹⁸ Berle e Means apresentaram possíveis desequilíbrios advindos do descolamento entre o direito de propriedade (dos acionistas) e a gestão (pelos administradores) das empresas. BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan, 1932.

¹⁹ Regras de governança corporativa foram originalmente propostas para endereçar o problema do conflito de agência entre acionistas e administradores, comum em mercados de preponderância de controle acionário disperso – como o norte-americano. É verdade que, no direito brasileiro, buscou-se implementar instrumentos para neutralização desse conflito no âmbito da relação entre acionistas controladores e acionistas minoritários. Porém, para endereçar o novo desafio de coibir a prática de ilícitos em nome ou por meio da companhia, os instrumentos utilizados não são suficientes, conforme detalhado no Capítulo IV. Nesse sentido, vide: MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Quem deve comandar a companhia? Alocação do poder empresarial: sistema de freios e contrapesos*. In *Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 505.

e à administração e seja capaz de identificar e prevenir a prática de atos contra a administração pública por meio ou em nome da companhia.

Ressalta-se que as soluções propostas são exemplos de mecanismos que *podem* ser efetivos no tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial. Não há, no entanto, a premissa de universalidade dos instrumentos propostos, o que acabaria por contrariar as conclusões deste trabalho, que apontam justamente para a necessidade de criação de mecanismos capazes de promover o reequilíbrio nas relações entre os órgãos de uma companhia que sejam aderentes à sua realidade.

Por fim, finaliza-se o presente trabalho mediante a apresentação das conclusões, na forma de *síntese conclusiva*, de modo a apresentar de maneira objetiva os resultados advindos da análise legislativa e doutrinária para desenvolvimento do Tema objeto desta dissertação de mestrado, bem como o esqueleto da composição, competência e atributos de um conselho fiscal capaz de exercer de maneira efetiva a competência de fiscalizar os atos praticados por meio ou em nome das companhias.

PARTE I - IDENTIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO E LIMITES PARA FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS PARA SEU COMBATE E PREVENÇÃO

CAPÍTULO I - O BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO E AS LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO

A corrupção é um mal que assola a humanidade há tempos tão remotos que mal se tem registro de Estado que por ela não tenha sido penetrado²⁰. Tendo em vista a imprecisão quanto a sua origem, a sociedade passou a *aceitar* que a corrupção é inerente à natureza humana e permeia desde sempre as relações entre agentes públicos e privados.

Como será desenvolvido a seguir, não há nada mais infértil para o estudo de respostas adequadas na prevenção e combate à corrupção do que entendê-la meramente como um fenômeno humano de desvirtuamento moral. Se em tempos remotos e sociedades antigas, era possível ignorar as relações entre o poder econômico e o poder

²⁰ “Existem menções em textos antigos, hindus e gregos, que traçam regras da boa governança. Muitos são, paralelamente, os exemplos do não-governo, do caos e da corrupção. A ruína de civilizações é expressa e ligada sempre a casos de corrupção genérica; a sua queda dos governos, vinculada à perda de sua decência. Poucos casos são tão emblemáticos como a ascensão e queda de Roma. Desde então, da Idade Média a Maquiavel, da exploração das Américas à Revolução Francesa, da Era Industrial à Era de Extremos do século XX, sempre se verifica a menção a atos irregulares de líderes políticos. O mundo, enfim, sempre conviveu com a corrupção (...) É interessante a visão da corrupção na evolução do estado brasileiro. A origem de como a colônia foi deixada de lado, explorada e proibida de conviver com o exterior, talvez muito explique o que ocorre, hoje, no país. Apenas a título de recordação, consta que, ainda no achamento do Brasil, Pêro Vaz de Caminha, dando ciência a El-Rei D. Manuel, findava por solicitar favores a seu genro. Dali em diante, confundem-se história e corrupção. (...) Em que pese o repúdio de Rui aos mandos e desmandos do fim do Império; à sensação absoluta da corrupção anterior e posterior; às chagas da República Velha, República do Café com Leite, do Estado Novo e seus momentos posteriores; ao mar de lama de Getúlio; aos mistérios das obras dos anos 1950/1960; do período militar, enfim, nada abalou mais a história do Brasil do que a era Collor.”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 74 e 75. Do trecho depreende-se além de breve análise histórica da corrupção no país, que não há nada mais antigo e, paradoxalmente, mais atual do que a corrupção. Escrito há menos de 4 anos, o texto já está “desatualizado” ao mencionar o caso Collor como o maior escândalo de corrupção.

político para a formação de uma conjuntura social propícia ao relacionamento promíscuo entre agentes públicos e privados, a complexidade da sociedade atual não o permite mais.

As proporções que os esquemas de corrupção tomaram e a magnitude de sua penetração em todos os setores econômicos, esferas políticas e administrativas levam à necessidade de estudar mais a fundo o fenômeno e abandonar a crença de que se trata de mero desvio moral enraizado na cultura de um povo. Essa reflexão crítica há algum tempo já tem sido conduzida por estudiosos do fenômeno na esfera penal. Ao assumir que a corrupção vai além de uma característica humana, passaram a identificar de forma mais precisa quais os interesses tutelados quando da tipificação desse crime.

Em uma reflexão inicial sob o significado do termo “corrupção”, Ana Elisa Bechara assevera que “a partir de sua derivação latina (*corruptio*), vinculada ao sentido de deterioração, o emprego do vocábulo «corrupção» dá-se de forma genérica e abrangente, inclusive na esfera jurídico-penal”²¹. Nesse sentido, embora o termo “corrupção” seja utilizado na tipificação de diversos ilícitos, como por exemplo, corrupção de menores, corrupção de gêneros alimentícios, a noção fundamental de corrupção está ligada aos crimes contra a administração pública e é esse sentido que assumirá no presente trabalho.

Mesmo dentro deste sentido de corrupção como atentado à administração pública, há um espectro vasto de tipos penais independentes que o circundam, dada a compreensão recente da complexidade do fenômeno, passando a compreender também crimes intermediários que possibilitam o tráfico de influência entre público e privado, como por exemplo, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, entre muitos outros²².

Diferentemente da definição do significado e abrangência do termo corrupção, sobre os quais diversos autores convergem, a identificação do bem jurídico tutelado pelo

²¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 308.

²² “(...) parece bastante claro que, presentemente, quando se fala em corrupção, dista-se, em muito, dos simples preceitos dados a tipos fechados contra a administração pública. Muito além disso, está a se falar de uma nova orientação política criminal, com derradeiros reflexos legislativos, sobre a ideia da corrupção.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 80.

ilícito é um ponto controverso entre os doutrinadores, cuja discussão tem evoluído nos últimos anos, conforme será detalhado a seguir.

1. Correntes doutrinárias

Há diversas correntes doutrinárias a respeito de qual seria a correta delimitação do bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção e ilícitos correlatos, conforme será detalhado a seguir. A importância dessa delimitação, sobretudo para esse trabalho, é a identificação das medidas corretas para prevenção, repressão e combate à reincidência dos referidos ilícitos, não só pelo direito penal, mas de forma complementar, pelas outras áreas do direito.

1.1 A administração pública e a capacidade funcional do Estado como bem jurídico tutelado pela corrupção

Muitos doutrinadores, como Heleno Cláudio Fragoso, sustentam que a corrupção passiva, entendida como um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício, o bem jurídico tutelado seria a administração pública, no sentido amplo em que esta expressão é empregada pela lei penal, visando-se preservar a probidade no exercício da função²³.

Por outro lado, alguns autores, como Débora Thaís de Melo, sustentam que, a despeito do entendimento majoritário na doutrina de que o bem jurídico tutelado pelo delito de corrupção seria a capacidade funcional do Estado, e, enquanto pressuposto desta, a proteção da confiança da coletividade depositada no Estado, esta visão acabaria, por apresentar um bem jurídico carente da devida materialidade e objetividade, sendo uma mera construção formal, a qual acaba por necessariamente limitar o exercício do *jus puniendi* estatal²⁴.

Nesse contexto, a eleição de um bem jurídico abstrato, ao invés de ampliar a possibilidade de aplicação do direito penal, acaba por restringi-la, uma vez que o direito

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959, vol. 4, p. 911.

²⁴ MELO, Débora Thaís de. *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos*. In: Santos, Cláudia Cruz; Bidino, Claudio; Melo, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 97.

penal visa justamente à proteção de bens jurídicos concretamente ofendidos, vale dizer, expostos à lesão ou perigo de lesão.²⁵

A definição do funcionamento da administração pública como o bem jurídico tutelado pela corrupção também é criticada por Ana Elisa Bechara que faz interessante análise do contraste entre a função do direito penal e a função do direito administrativo no combate à corrupção.

Nesta comparação, ressalta a autora que a intervenção administrativa é cabível na defesa do correto funcionamento da administração e exercício das competências legais por seus membros. Restando, portanto, ao direito penal interferir somente em casos de lesão concreta a um bem jurídico, ou, ao menos, perigo de lesão²⁶.

1.2 A democracia como bem jurídico tutelado pela corrupção

Ante as críticas à corrente doutrinária que sustenta ser a administração pública e a capacidade funcional do Estado o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção, defende-se que, uma evolução da compreensão da corrupção e do seu tratamento pelo direito penal, leva ao entendimento de que o bem jurídico tutelado é, sobretudo, a democracia, haja vista a distorção da aplicação das normas adotadas por meio de processo legítimo, que deveriam ser gerais e abstratas e passam a ser aplicáveis somente a determinados grupos.

Desenvolvendo esta ideia, pode-se defender que, em última análise, o que se visa preservar por meio das normas penais, administrativas e civis contra a corrupção, é o contrato social, entendido como o acordo original celebrado entre os cidadãos, em que

²⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José, *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p.314.

²⁶ “A grande dificuldade nessa diferenciação reside, porém, nas hipóteses em que as condutas praticadas possuem relevância tanto no âmbito penal quanto no administrativo, afrontando bens jurídicos e, concomitantemente, funções e atividades da Administração -o que ocorre especialmente no âmbito de bens jurídicos supraindividuais, merecendo destaque aqui a corrupção pública”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José, *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 314.

entregam parcela de sua liberdade, em prol da organização de uma sociedade gerida por regras comuns a todos.

Em um contexto em que se assume ser a democracia e, mais intimamente, o contrato social, o bem jurídico tutelado pela corrupção, assevera-se a necessidade de uma ação coordenada de todas as áreas do direito para formular soluções de prevenção e combate a esse mal.

Soma-se a isso a ideia de que, ao identificar que atos de corrupção atingem as bases estruturantes de nosso Estado, somente medidas que penetrem as conjunturas das relações de poder poderão fazer retornar o bem ora tutelado ao seu status anterior à ofensa.

Ora se o que se protege são as regras do jogo, a universalidade das leis, a legitimidade estatal para impor regulamentações às pessoas físicas e jurídicas, recolher impostos, limitar direitos, somente sanções estruturais terão o condão de retomar a legitimidade estatal a premissa das leis: seu caráter universal.

Ainda, esta concepção de tutela à democracia pelo combate à corrupção corrobora para reunião de esforços no estabelecimento de uma política eficaz na sua prevenção e combate, anterior a toda e qualquer outra política nacional para desenvolvimento econômico e social, haja vista que em um ambiente em que as instituições democráticas não estão em seu correto funcionamento não há política eficaz ou reforma possível. O combate à corrupção passa, então, a ser pressuposto para a consecução de qualquer política de desenvolvimento nacional.

Conclui-se, portanto, que a correta identificação do que se pretende tutelar por meio das políticas anticorrupção, em qualquer esfera do direito, lhe dá legitimidade e, sobretudo, um caráter de urgência e superioridade na eleição de prioridades. O combate à corrupção passa, então, a ser pressuposto para a consecução de qualquer política de desenvolvimento nacional.

2. Normas que regulam a tipificação do crime de corrupção e a responsabilização das pessoas jurídicas

Ante a percepção da magnitude dos danos causados pelos crimes de corrupção e delitos relacionados, há uma crescente preocupação com relação à correta delimitação da intervenção jurídico-penal na prevenção e combate desses ilícitos.

Acresce-se a isso a complexidade das transações envolvendo crimes de corrupção, por meio de cadeias societárias transnacionais, contas bancárias em paraísos fiscais, interpostas pessoas e tantos outros mecanismos que dificultam a identificação e combate do ilícito, fazendo-se indispensável a criação de uma rede internacional de cooperação.

É nesse contexto que surgem acordos internacionais e leis internas prevendo mecanismos de cooperação entre países e arranjos nacionais para prevenção e combate à corrupção, os quais serão brevemente analisados a seguir.

2.1 Tratados internacionais

Sob a influência de recomendações e trabalhos desenvolvidos pela Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE)²⁷, pelas Nações Unidas, pelo Banco Mundial, pelo Fundo Monetário Internacional, pela Organização Mundial de Comércio, entre outros organismos regionais, em 17 de dezembro de 1997 foi adotada, em Paris, no âmbito da OCDE a “Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” (Convenção OCDE), a qual foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 .

A Convenção OCDE inovou ao exigir a equivalência, para os países signatários, entre a tipificação do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro e a tipificação do crime de corrupção de funcionário público nacional²⁸.

²⁷ Recomendação Revisada sobre o Combate à Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, adotada pelo Conselho da OCDE, em 23 de maio de 1997, que reivindicou medidas efetivas para deter, prevenir e combater a corrupção de funcionários públicos estrangeiros ligados a Transações Comerciais Internacionais, particularmente a imediata criminalização de tais atos de corrupção, de forma efetiva e coordenada, em conformidade com elementos gerais acordados naquela Recomendação e com os princípios jurisdicionais e jurídicos básicos de cada país.

²⁸ “Nesse passo, foi dado o primeiro salto ampliativo em relação à consideração sobre a amplitude do termo corrupção. Deixa ela de ser limitada a um âmbito funcional da administração pública interna, para ganhar espaço, também, em relações comerciais internacionais.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A ideia penal*

Ademais, trouxe a obrigatoriedade dos seus membros de adotarem normas que prevejam a responsabilização criminal da pessoa física e jurídica responsável pela corrupção²⁹ e, na ausência de previsão de punição criminal para pessoas jurídicas no direito interno, punições não-criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas, incluindo sanções financeiras.

Paralelamente, ao reconhecer que atos de corrupção no comércio internacional envolvem estruturas complexas de contabilidade paralela, empresas fantasmas, contratos fraudulentos, entre outras, a Convenção OCDE prevê a obrigatoriedade dos países membro de adotarem leis que promovam a transparência na contabilidade de empresas, proibindo “caixa-dois”, registro de despesas não explicitadas, falsificação de livros contábeis, entre outros instrumentos para ocultação de recursos destinados ao recebimento e pagamento de propinas.

Por fim, a Convenção OCDE estabeleceu regras para definição de competência para julgamento dos delitos, extradição e cooperação internacional nas investigações, prevendo a proibição de recusa no auxílio com base em regras de sigilo bancário.

Nota-se, portanto, que o referido tratado, aberto para assinatura de países membros e não membros da OCDE³⁰, foi um importante marco do reconhecimento da necessidade de criminalização da corrupção de agentes estrangeiros, imposição de regras de transparência contábil e cooperação internacional nas investigações.

Em seguida, a assembleia-geral das Nações Unidas adotou, em 31 de outubro de 2003, a “Convenção das Nações Unidas contra a corrupção” (Convenção das Nações

sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 79.

²⁹ “Na esteira dos novos horizontes da corrupção (...), de se notar que o tema tem revigorado o debate em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isto pois a empresa, enquanto fato criminoso em torno da Administração Pública, tem preocupado diversos países (...). Em que pese a discussão doutrinária em torno do assunto, fato é que o princípio *societas delinquere non potest* tem sido abandonado crescentemente, dentre outras razões, pela repressão à corrupção [...]. Não por outro motivo, o artigo 26 da Convenção das Nações Unidas contra corrupção, de 2003, propõe a possibilidade da responsabilidade penal por sua participação em atos de corrupção.” SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema*, Livro homenagem a Miguel Reale Júnior, Rio de Janeiro: G/Z, 2014, p. 349.

³⁰ Atualmente são 44 países signatários. Informação disponível em: <http://www.oecd.org/fr/corruption/conventionurlaluttecontrelacorrupciondagentspublicsetrangersdanslest ransactionscommercialesinternationales.htm>. Último acesso em 10 de janeiro de 2019.

Unidas), assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006³¹.

A Convenção das Nações Unidas inovou ao estabelecer a obrigação de criação de órgão interno responsável pela condução de medidas de prevenção à corrupção e investigação dos ilícitos, dotado de independência funcional e financeira.

Ademais, o referido tratado prevê a obrigação dos Estados membros de adotarem normas internas que garantam a probidade dos funcionários públicos, tais como capacitação específica, remuneração compatível, regras de conflitos de interesses, códigos de conduta, além de regras de transparência para financiamento de candidaturas e partidos políticos.

Outra contribuição inédita da Convenção das Nações Unidas foi a previsão de implementação de legislação interna sobre publicidade das contas e contratações públicas e regras que garantam a lisura nos procedimentos licitatórios.

Em complemento ao que já havia disposto a Convenção OCDE com relação à transparência na contabilidade das empresas, o tratado prevê a obrigação de implementação de normas que assegurem mecanismos efetivos de prevenção da corrupção por entidades privadas, incluindo programas de auditoria, certificação e transparência e, um avanço importante: a obrigatoriedade de identificação das pessoas jurídicas e físicas envolvidas no estabelecimento e na gestão das empresas³².

Paralelamente, a Convenção das Nações Unidas trouxe a recomendação para que os países signatários adotem legislação para prevenção e combate à lavagem de dinheiro, incluindo a regulamentação da competência das instituições financeiras e outras entidades que desenvolvam atividades sensíveis de adotarem mecanismos de identificação e reporte de operações suspeitas, bem como a criação de uma unidade de inteligência central

³¹ Atualmente são 140 países signatários. Informação disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII14&chapter=18&clang=_fr. Último acesso em 31 de maio de 2017.

³² No âmbito brasileiro, a obrigatoriedade de identificação dos beneficiários finais das sociedades estrangeiras está prevista na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 1634, de 6 de maio de 2016.

competente para receber as notificações e intercambiá-las com outros órgãos de investigação internos e externos.

Além da tipificação dos ilícitos já previstos na Convenção OCDE, o tratado trouxe a recomendação para tipificação dos crimes de tráfico de influência, apropriação indébita, enriquecimento ilícito de funcionários públicos e obstrução da justiça.

Dentre diversas regras procedimentais para investigação, cooperação e julgamento dos ilícitos, o tratado prevê a proteção a denunciante, técnicas especiais de investigação, cooperação na recuperação de ativos e confisco de bens.

Foi também celebrada a “Convenção Interamericana contra a corrupção”, em 29 de março de 1996, a qual entrou em vigor em 3 de junho de 1997 e foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

A Convenção reforça a obrigação dos países signatários de adotarem legislação interna para tipificação da corrupção, suborno transnacional, enriquecimento ilícito, bem como a cooperação entre os membros para extradição, assistência técnica e confisco de bens, não tendo sido identificada nenhuma particularidade com relação aos acordos internacionais já mencionados.

Conclui-se, portanto, que em todos os acordos verifica-se a intenção de estabelecer um parâmetro de tipificação do crime de corrupção, cooperação na investigação, julgamento e cumprimento de penas, bem como diversos mecanismos de prevenção do ilícito, incluindo previsão de transparência na contabilidade de empresas privadas e em operações financeiras, colaboração internacional para troca de informações e assistência técnica.

2.2 Legislação brasileira

Conforme previsto nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário³³, a sua legislação interna no âmbito do combate à corrupção abrange a responsabilização

³³ “Embora não tenha havido em âmbito brasileiro até o presente momento a criminalização do enriquecimento ilícito e o estabelecimento da responsabilidade de pessoas jurídicas”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José, *A política criminal brasileira no controle da corrupção*

criminal das pessoas físicas e civil administrativa das pessoas jurídicas por atos cometidos contra a administração pública nacional e estrangeira, conforme detalhado a seguir.

2.2.1 Responsabilidade da pessoa física

O Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) em seu Título XI tipifica os crimes contra a administração pública, entre eles: peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, prevaricação, tráfico de influência, entre outros tipos específicos, sendo que as penas previstas variam de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa.

É importante notar que a definição de funcionário público para fins penais é bem ampla, abrange todo o indivíduo que, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública, equiparando-se ainda a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública³⁴.

Especificamente com relação ao crime de corrupção, o Código Penal prevê as modalidades passiva e ativa³⁵, sendo que na primeira incorre no ilícito quem solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Enquanto na segunda incorre no ilícito quem oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício³⁶.

pública. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 312.

³⁴ Artigo 327 do Código Penal.

³⁵ “O código pátrio cuidou da distinção das figuras do (funcionário-intraneus) corrompido e do (extraneus) corruptor. Não se tratando de crime bilateral, mas de ocorrência autônoma, tal segmentação sempre foi fator de dúvida sobre o momento em que se daria, ou não, o ato de corrupção.” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 76.

³⁶ Artigos 317 e 333 do Código Penal.

Diferentemente do crime de corrupção, a concussão se verifica quando um funcionário exige³⁷, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, incorrendo em pena de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos e multa³⁸. Nas palavras de João Florêncio de Salles Gomes Júnior “a distinção entre os crimes de concussão e corrupção passiva se dá, fundamentalmente, pelo grau de intensidade da ação típica”³⁹.

Vale ressaltar que nos casos de concussão não há que se falar em ilícito cometido pelo particular que nada mais representa do que vítima do ato lesivo cometido pelo funcionário público que o coage⁴⁰.

Conforme recomendado pela Convenção das Nações Unidas, o Código Penal brasileiro também tipifica como crime o chamado “tráfico de influência”, entendido como tal o ato de solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função⁴¹.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), por sua vez, dispõe sobre as sanções civis e administrativas aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública.

³⁷ De acordo com Hungria, “não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira.” HUNGRIA, Nelson, Comentários ao código penal - Volume IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 359.

³⁸ “(...) na comparação do crime de concussão (artigo 316) – em que há exigência do funcionário corrupto, portanto, conduta ontologicamente mais grave – com o crime de corrupção passiva (art. 317) – no qual o funcionário corrupto “apenas” solicita a vantagem indevida – constata-se uma absurda inversão na graduação legislativa da sanção cominada, qual seja, reclusão de dois a oito anos e multa; a corrupção passiva - crime menos grave, comparativamente - recebe punição consideravelmente mais grave, qual seja reclusão de dois a doze anos e multa.” BITTENCOURT, Cesar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Especial, Volume 05, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

³⁹ GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro*. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho, São Paulo: LiberArs, 2014, p. 281.

⁴⁰ Há que se ter cautela na análise do conjunto dos fatos, uma vez que, como bem apontado por João Florêncio de Salles Gomes Júnior, “o tempo pode transformar as relações e, com isso, uma situação que se inicia como uma coação ao particular vítima da concussão pode transformar-se em acordo de vontades, conveniente para ambos, que lesionando em conjunto a administração pública, passam a praticar, respectivamente corrupção ativa e passiva”. GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles, *O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro*. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho, São Paulo: LiberArs, 2014, p. 283 e 284.

⁴¹ Artigo 332 do Código Penal.

Dentre as tipificações que a lei traz, destaca-se o a previsão de ilícito administrativo de enriquecimento ilícito disposto em seu artigo 9º, inciso VII, entendido como o ato de adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público.

As sanções para os atos de improbidade administrativa incluem o perdimento dos bens produto do crime, multa civil de até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de até 10 (dez) anos.

Ressalta-se, ainda, que além de agentes públicos, estão sujeitos às mesmas penas as pessoas físicas e jurídicas que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Por fim, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, (Lei de Licitações)⁴² tipifica os crimes relacionados à fraude a licitação, conluíus que prejudiquem o caráter competitivo dos certames e outros atos praticados por agentes públicos ou particulares que frustrem a obrigatoriedade dos procedimentos previstos em lei para consecução de compra de bens e serviços públicos, com penas de detenção que variam de 6 (seis) meses a 6 (seis) anos e multa de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

No âmbito da responsabilização criminal de pessoas físicas, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (“Lei de Organizações Criminosas”), previu o instituto de colaboração premiada, em que o acusado de crime pode, em negociação direta com o delegado de polícia, com parecer do Ministério Público, ou diretamente com o Ministério Público, com homologação posterior do juízo competente, receber o perdão judicial ou ter diminuída sua pena, nas hipóteses em que colaborar efetivamente para as investigações⁴³.

⁴² Artigos 89 a 99 da Lei de Licitações.

⁴³ O instituto da colaboração premiada tem sido largamente utilizado na Operação Lava Jato e seus desdobramentos, tendo sido defendido contra as inúmeras críticas, pelo juiz Sérgio Moro, na sentença relativa à Ação penal nº 501340559.2016.4.04.7000/PR: “112. Não desconhece este julgador as polêmicas em volta da colaboração premiada. 113. Entretanto, mesmo vista com reservas, não se pode descartar o

A fim de perceber as vantagens acima, a colaboração deverá resultar pelo menos uma das seguintes hipóteses (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa, ou (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Ante o exposto, conclui-se que a legislação de responsabilização da pessoa física por atos contra a administração pública (i) é esparsa; (ii) prevê penas de prisão, perdimento de bens, multa, proibição de contratar com o Estado, demissão, entre outras; e (iii) é direcionada aos agentes públicos e privados, seguindo as recomendações dos acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

2.2.2 Responsabilidade da pessoa jurídica

O direito brasileiro prevê a responsabilização criminal da pessoa jurídica somente em ilícitos ambientais. Já no âmbito de prevenção e combate à corrupção a legislação pátria prevê a responsabilidade civil e administrativa da pessoa jurídica, conforme disposto na Lei de Licitações, na Lei de Improbidade Administrativa e, mais recentemente, na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção).

A Lei de Improbidade Administrativa, conforme mencionado anteriormente, sujeita as pessoas jurídicas que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie, sob qualquer forma direta ou indireta, às penas de proibição de contratar ou receber incentivos do Estado por até 10 (dez) anos, multa e

valor probatório da colaboração premiada. É instrumento de investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos, como crimes de colarinho branco ou praticados por grupos criminosos, devendo apenas serem observadas regras para a sua utilização, como a exigência de prova de corroboração. 114. Sem o recurso à colaboração premiada, vários crimes complexos permaneceriam sem elucidação e prova possível. (...) Nosso sistema de justiça requer que uma pessoa que vai testemunhar na Corte tenha conhecimento do caso. É um fato singelo que, frequentemente, as únicas pessoas que se qualificam como testemunhas para crimes sérios são os próprios criminosos. (...) 115. Em outras palavras, crimes não são cometidos no céu e, em muitos casos, as únicas pessoas que podem servir como testemunhas são igualmente criminosos (...). Piercamilo Davigo, um dos membros da equipe milanese da famosa Operação Mani Pulite, disse, com muita propriedade: "A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir jamais" (SIMON, Pedro coord. Operação: Mãos Limpas: Audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 27)."

obrigação de reparação integral dos danos. Ressalta-se que a proibição de contratar abrange também pessoas jurídicas das quais a pessoa punida seja sócia majoritária, o que impede o contorno da referida punição por meio de arranjos societários diversos.

A Lei de Licitações, por sua vez, prevê as seguintes sanções para pessoas jurídicas que cometam atos com intuito de fraudar licitações ou comprometer o seu caráter competitivo, a depender da gravidade da conduta, (i) declaração de inidoneidade; (ii) suspensão temporária do direito de contratar com o órgão público sancionador; e (iii) impedimento de contratar com todos os entes da Administração Pública.

Do mesmo modo, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (Lei de Pregões), prevê em seu artigo 7º a proibição de contratação com a administração pública por até 5 (cinco) anos, nos casos em que o fornecedor, pessoa física ou jurídica, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal.

Com base na legislação acima mencionada, verifica-se que ora o legislador se refere à “Administração”, ora o legislador se refere à “Administração Pública”. Nesse contexto, há uma corrente interpretativa, anteriormente adotada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que considera que as sanções com fundamento nos dispositivos legais que citam somente “Administração” são restritas ao órgão sancionador, enquanto àquelas fundamentadas com base nos incisos que se referem à “Administração Pública” se estendem a todos os órgãos⁴⁴.

Por outro lado, conforme reconhecimento do próprio TCU, que alterou seu posicionamento recentemente, há decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no

⁴⁴ TCU – Voto revisor do Ministro Walton Alencar Rodrigues, por ocasião da prolação do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara.

“A controvérsia destes autos diz respeito ao alcance da sanção de suspensão temporária (...). Esta Corte, em consonância com grande parte da doutrina, vem considerando que a ‘suspensão temporária para participação em licitação e impedimento para contratar com a Administração’, prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou pessoa estatal que aplicar a sanção. Assim, mesmo estando sob os efeitos da suspensão, o particular não estaria impedido de continuar a participar de licitações ou de contratar com distintos órgãos ou entidades dessa mesma Administração Pública, muitas vezes causando os mesmos incidentes que determinaram a aplicação das penalidades. Por sua vez, a ‘declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública’, prevista no inciso IV do art. 87 da Lei 8.666, diz respeito a toda Administração Pública, impedindo o particular de licitar ou contratar com todos os órgãos e entidades, enquanto perdurarem seus efeitos.”

sentido de que não há essa diferenciação e que, pautado pelo princípio da moralidade e eficiência da administração, qualquer suspensão ou proibição de contratar deve abranger todos os órgãos da administração pública⁴⁵.

A Lei Anticorrupção⁴⁶, por sua vez, além de trazer um rol abrangente de ilícitos cometidos por pessoas jurídicas contra a administração pública nacional ou estrangeira, inova ao prever a responsabilidade objetiva, ao detalhar a solidariedade da responsabilidade entre membros de um grupo econômico e entre sucessoras, ao prever sanções administrativas e civis, que incluem até dissolução compulsória, e ao disciplinar a possibilidade de celebração de acordos de leniência.

Primeiramente, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica faz com que aumente exponencialmente o interesse pela implementação de mecanismos internos de controle de atos contra a administração pública, seja por funcionários ou por terceiros contratados, além de permitir a punição mesmo em casos complexos em que há enorme dificuldade em reunir provas da intenção do ato delituoso e a sua relação de causalidade com o resultado obtido.

Soma-se a isso a previsão de solidariedade da responsabilidade entre sociedades controladoras, controladas, coligadas, consorciadas e sucessoras em casos de reestruturação societária, o que impede a frustração da penalização por meio de arranjos societários diversos, além de estimular a realização de auditorias especializadas

⁴⁵ STJ, REsp. 151.567/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 14/04/2003.
“ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. - Recurso especial não conhecido.”

⁴⁶ A Lei Anticorrupção foi regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, Portaria CGU nº 909, de 8 de abril de 2015, Portaria CGU nº 910, de 8 de abril de 2015, Instrução Normativa nº 1/2015, Instrução Normativa nº 2/2015 e Portaria Interministerial AGU/CGU nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016.

previamente à concretização de grandes operações, haja vista o tamanho do passivo que a prática de atos de corrupção pode representar para o sucessor da referida pessoa jurídica.

A Lei Anticorrupção traz como sanções administrativas, aplicadas pela autoridade máxima do órgão público lesionado, após processo administrativo, a previsão de pagamento de multa de 0,1% até 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último ano anterior à instauração do processo administrativo⁴⁷ e a obrigação de publicação extraordinária da condenação em meios de grande circulação, sítio eletrônico e no estabelecimento físico da condenada, o que constitui um meio de *screening* negativo, conforme será discutido a seguir.

Ademais, a lei prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando constatada a utilização da empresa com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, o que serviria de embasamento legal para justificar a alienação do controle societário para satisfazer o pagamento da multa aplicável, em prejuízo ao controlador que houvesse dado causa aos ilícitos, em clara situação de abuso de poder, conforme tem sido defendido por importantes juristas e cuja instrumentalização consta de projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados⁴⁸.

Tal solução, além de ter sustentação legal, evita os prejuízos à atividade empresarial, visa garantir a manutenção dos empregos, geração de renda, investimentos, garantia aos credores, *know how*, continuidade de obras públicas e, paralelamente, a punição do grupo de indivíduos que efetivamente contribuiu para prática dos ilícitos e, em evidente abuso de poder, utilizou-se das empresas que administra e controla para praticar atos contra a administração pública.

Paralelamente, o referido diploma legal prevê como sanções passíveis de aplicação pelo Poder Judiciário, mediante provocação do órgão público lesionado ou do Ministério Público, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem

⁴⁷ A lei prevê que caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

⁴⁸ Projeto de Lei 5208/2016 de autoria dos Deputados Raul Jungmann (PPS/PE), Rubens Bueno (PPS/PR), Pauderney Avelino (DEM/AM), Efraim Filho (DEM/PB), Onyx Lorenzoni (DEM/RS), Marcos Rogério (DEM/RO), Hugo Leal (PSB/RJ), Mandetta (DEM/MS) e Arnaldo Jordy (PPS/PA).

ou proveito da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos públicos por até 5 (cinco) anos.

Ainda, a Lei Anticorrupção trouxe a possibilidade de celebração, pela autoridade máxima de cada órgão, de acordo de leniência com a pessoa jurídica infratora nas hipóteses em que seja a primeira a colaborar, confesse e cesse a prática dos ilícitos e colabore de forma efetiva para as investigações.

A celebração de acordo de leniência eximirá a pessoa jurídica da obrigação de publicação extraordinária da condenação e poderá reduzir em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, não eximindo, porém, a obrigação de reparação integral do dano.

A regulamentação da lei e as negociações ocorridas no âmbito da “Operação Lava Jato” e seus desdobramentos acabaram por trazer inovações nos regramentos dos acordos de leniência, tais como a flexibilização do requisito de ser a pessoa jurídica proponente a primeira a se manifestar sobre os ilícitos e a possibilidade de celebração de acordos relativos a atos de improbidade administrativa⁴⁹.

⁴⁹ Embora a Lei de Improbidade Administrativa proíba expressamente, em seu artigo 17, §1º, a celebração de quaisquer acordos, transações, ou conciliações nas ações de improbidade, há decisões, como a que admitiu a celebração de acordo de leniência entre a Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A e o Ministério Público, em que o juízo sustentou ser a ação de improbidade composta de dois pedidos: a declaração de ato de improbidade e a demanda por reparação de danos. Nesse sentido, disse ser possível, em uma interpretação “temperada” da lei, admitir que o Ministério Público formule na inicial somente o primeiro pedido, deixando de pleitear a reparação de danos, na medida em que o réu cumpra os requisitos do acordo, encontrando, assim, uma maneira de admitir a celebração de acordos de leniência no âmbito também desta lei. (Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa nº 5006717-18.2015.4.04.7000/PR, decisão proferida pela Juíza Giovanna Mayer, em 17 de novembro de 2015).

Importante ressaltar que esta posição ainda encontra resistência, como pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que optou por celebrar Termos de Ajustamento de Conduta para reparação de dano moral coletivo, no “Caso Maluf”, com os bancos Deutsche Bank (US\$ 20 milhões), Citibank (US\$ 15 milhões) e UBS (US\$ 10 milhões), que movimentaram recursos oriundos de desvios de verba pública, realizados pelo ex-prefeito de São Paulo, Paulo Maluf, ao invés de celebrar acordo de leniência com as referidas instituições financeiras por concorrerem ou se beneficiarem de atos de improbidade. (“Promotores questionam legalidade dos acordos com bancos que movimentaram dinheiro de Maluf” *in* Estado de São Paulo, 8 de junho de 2015, disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/promotores-questionam-legalidade-dos-acordos-com-bancos-que-movimentaram-dinheiro-de-maluf/>; “Citibank e UBS indenizam Prefeitura de SP” *in* Folha de São Paulo, em 14 de fevereiro de 2015, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/208242-citibank-e-ubs-indenizam-prefeitura-de-sp.shtml>). Da mesma forma, em 29 de novembro de 2018, o Ministério Público de São Paulo celebrou “termo de autocomposição” com a CCR (R\$ 81,5 milhões) para reparação de danos morais coletivos, pela realização de doações irregulares a campanhas de diversos partidos políticos. (Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/noticias_2018/2018_Novembro/E

Importante notar que embora a Lei Anticorrupção tenha estabelecido a competência da Controladoria Geral da União (CGU) para a celebração dos acordos no âmbito federal, o Ministério Público Federal (MPF), o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Advocacia Geral da União (AGU) teriam competência constitucional para pleitear indenização pelos mesmos ilícitos.

Se, no início de implementação da lei, este foi um dos pontos mais criticados do referido diploma legal, desde 2015 as questões relacionadas à competência para celebração de acordos de leniência por diversas entidades estão evoluindo. Até o momento, a CGU e AGU publicaram a Portaria Interministerial nº 2.278, de 15 de dezembro de 2016, para realizarem negociações conjuntas. Já o TCU tem discutido, caso a caso, a validade e extensão dos acordos já celebrados, e conta com acesso integral aos documentos de investigação dos casos negociados pela CGU⁵⁰.

Por outro lado, o MPF segue celebrando acordos sem a participação dos demais órgãos, de modo que as empresas devem negociar novos acordos com a CGU para garantir imunidade contra a declaração de inidoneidade, que as impediria de celebrar contratos e receber financiamento de entidades públicas⁵¹.

mpresa%20fez%20do%20a%20C3%A7%20C3%B5es%20irregulares%20para%20campanhas%20eleitorais.

Último acesso em 18 de dezembro de 2018.)

⁵⁰ Como resultado dessa parceria, conforme informações prestadas pelo Ministério da Transparência, até 18 de dezembro de 2018, a CGU e o TCU celebraram, conjuntamente, 6 (seis) Acordos de Leniência, no valor total de R\$ 6,06 bilhões: UTC Engenharia (R\$ 574 milhões), Bilfinger (R\$9,8 milhões), MullenLowe e FCB Brasil (R\$ 53,1 milhões), Odebrecht (R\$ 2,72 bilhões), SBM Offshore (R\$1,22 bilhão), Andrade Gutierrez (R\$1,49 bilhão) e estão em fase de negociação para celebração de outros 19 (dezenove) acordos. Ressalta-se que a *convivência* desses acordos com aqueles celebrados pelas empresas e o Ministério Público foi verificada pela celebração de Acordo de Leniência entre a Andrade Gutierrez Engenharia, investigada na Operação Lava Jato por ilícitos contra a Petrobras e outros órgãos federais, e a CGU e AGU, no valor total R\$ 1,49 bilhão, em que reconheceu-se a validade e considerou-se como parte do pagamento da multa estipulada, o Acordo de Leniência anteriormente celebrado por essa empresa e o Ministério Público Federal em 2016. “O acordo firmado pela CGU e AGU reconhece o termo de leniência celebrado pela Andrade Gutierrez com o Ministério Público Federal (MPF), no valor de R\$ 1 bilhão, homologado pela 13ª Vara da Justiça Federal em 2016, que permitiu a alavancagem da Operação Lava Jato em diferentes frentes investigativas. Dessa forma, o total de R\$ 1,49 bilhão fixado no acordo de leniência da CGU e AGU receberá os valores do termo celebrado com o MPF. O montante calculado pelos órgãos federais foi realizado de forma detalhada e técnica, conforme metodologia de apuração da multa publicada na Instrução Normativa nº 2/2018.” (Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2018/12/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-de-r-1-49-bilhao-com-a-andrade-gutierrez>. Último acesso em 19 de dezembro de 2018).

⁵¹ Até 5 de outubro de 2018, foram celebrados 21 (vinte e um) acordos de leniência pelo MPF, tanto por violações à Lei Anticorrupção, como por violações à Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia/colaboracoes-premiadas-e-acordos-de-leniencia>. Último acesso em 18 de dezembro de 2018.

No entanto, conforme se verifica das declarações do Ministério da Transparência, a despeito das críticas iniciais sobre a sobreposição de competências dos órgãos públicos, os instrumentos celebrados individualmente por cada um deles têm sido reconhecidos pelos demais órgãos, tem havido cooperação nas investigações e intercâmbio de provas, de modo que o tratamento da corrupção por múltiplas instituições tem se mostrado benéfico.

Nesse ponto, importante destacar interessante estudo de Mariana Mota Prado e Lindsey Carson⁵² que, conforme será detalhado a seguir, analisa a Lei Anticorrupção sob a perspectiva de tratamento do fenômeno como um problema de ação coletiva (*collective action problem*), ou seja, a partir do reconhecimento de que o cometimento do ilícito está relacionado à percepção generalizada dos indivíduos de que todos agem de forma corrupta.

Sob essa perspectiva, na opinião das autoras, a Lei Anticorrupção poderia apresentar-se como um importante ferramental no controle do fenômeno no Brasil, justamente por prever o tratamento da questão por institutos e instituições diferentes, de forma que não haveria “redução” de competências de nenhum dos órgãos já existentes e a sobreposição poderia contribuir para a efetividade do sistema de controle e repressão da corrupção⁵³.

Entende-se, portanto, que até o momento a análise da autora tem correspondido à realidade e, de fato, se ainda é prematuro dizer que a sobreposição de competência⁵⁴

⁵² PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*. International Research Initiative on Brazil and Africa - IRIBA, School of Environment, Education and Development, University of Manchester, 2014; PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 62 (2016), 56-65; PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment*. Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 119, 2016.

⁵³ “As such, functional overlap may be the best mechanism to ensure that corruption, whether entrenched or opportunistic, is ultimately exposed and sanctioned. Institutional multiplicity could reduce the risk of failures in each step of the corruption accountability process, increase the resources available and/or enhance institutional performance.” PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 62 (2016), 56-65, p. 63.

⁵⁴ Sob esse aspecto, importante pontuar que, embora, aparentemente, não apresente prejuízos na esfera pública, a sobreposição de competências e ausência de um órgão centralizador responsável pela fiscalização interna das companhias é um dos principais elementos para o fracasso das políticas de conformidade, conforme justificado no Capítulo IV.

dos órgãos responsáveis pelas investigações e aplicações de sanções relacionadas aos ilícitos praticados contra a administração pública é *benéfica*, pelo menos, podemos afirmar que os maus presságios apresentados pelos críticos ao referido diploma legal não têm se concretizado: a administração tem se coordenado, órgãos estão trabalhando em conjunto e as sanções têm sido aplicadas já com o reconhecimento das sanções aplicadas em outras esferas.

Por fim, importante notar que a Lei Anticorrupção trouxe a obrigação de cadastro por todos os entes da administração das sanções impostas às pessoas jurídicas, seja em decorrência da Lei de Licitações, Lei dos Pregões, Lei de Improbidade Administrativa ou Lei Anticorrupção, estando todos os dados compilados nos cadastros mantidos pela Controladoria Geral da União: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CEIS) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP).

Essa previsão, além de auxiliar a administração pública na condução de certames para contratação de bens e serviços, é um importante mecanismo de *screening* negativo, uma vez que ao ter publicada a punição da pessoa jurídica, essa informação fica disponível para consumidores, investidores e credores para auxiliar na formação de opinião com relação às referidas empresas, o que constitui mais um desestímulo para o cometimento dos ilícitos, tendo em vista os prejuízos causados à pessoa jurídica por essa exposição negativa, com consequente perda de valor de mercado⁵⁵.

⁵⁵ É evidente que somente a criação do cadastro de empresas punidas não é suficiente para criar um novo aspecto para formação da escolha dos consumidores, porém é inegável tratar-se de um passo importante para criação de índices de responsabilidade social, conforme proposto por Calixto Salomão: “E aí está talvez a mais inexplorada falha de toda a construção econômica (clássica e neoclássica) sob a teoria dos mercados. Trata-se da ausência de reflexão crítica sobre o preço como elemento para a intermediação econômica. (...). Isso indica para a necessidade da criação e estímulo a um novo tipo diferente de mercado, um mercado que permita a avaliação de outros elementos que não apenas o preço e a utilidade relativa dos produtos. (...) Existem por outro lado várias possíveis medidas ou variáveis que podem ser construídas e trazer informações úteis ao consumidor. Uma delas é algo que pode chamar eficiência social do produto. A forma de produção (com respeito a regras trabalhistas), o respeito a normas do meio ambiente, tudo isso compõe um quadro de eficiência social. Transformado em um ou mais índices elaborados por instituições idôneas e divulgados obrigatoriamente ao grande público consumidor, ajudariam e muito na escolha do consumidor. (...) Não é aqui lugar para discutir forma e conteúdo desses índices, mas apenas para sugerir linhas gerais. É possível afirmar que seriam capazes de proporcionar um *screening* positivo das qualidades do produto, destacando os de maior “eficiência social”. (...) No caso das mercadorias permitiria começar a criar uma cultura no consumo de respeito a valores sociais e ambientais.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Teoria crítico-estruturalista do Direito Comercial. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 44 a 50.

3. Contribuição da Comissão de Valores Mobiliários para o combate à corrupção

Importante destacar que, para além da atuação da Política Federal, Ministérios Públicos, Controladorias Gerais, Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) pode desempenhar relevante papel na investigação e punição de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em atos contra a administração pública.

Explica-se. Diferentemente dos demais órgãos públicos mencionados, não é competência da CVM a investigação e penalização por cometimento de ilícitos contra a administração pública, porém, dentro de competência de supervisão do funcionamento e atuação dos participantes do mercado de valores mobiliários, acaba a referida autarquia por ser competente (ainda que não exclusivamente) por supervisionar e sancionar a determinadas atuações decorrentes da prática de corrupção ou permissiva desta.

Tal competência pode ser dividida em três disciplinas: (i) o conjunto de regras a respeito da prevenção e combate à lavagem de dinheiro; (ii) a fiscalização a respeito do cumprimento da obrigação de prestar informações no âmbito do novo Informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa - Companhias Abertas; e (iii) o conjunto de regras sobre transparência e publicidade das informações, comportamento idôneo de administradores e controladores e o cumprimento de seus deveres fiduciários e a higidez das demonstrações financeiras publicadas pelos entes supervisionados.

3.1 Normas de prevenção à lavagem de dinheiro

Com relação ao primeiro item, o conjunto de regras a respeito da prevenção e combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo emanadas pela CVM, com respaldo na Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998 (“Lei de Lavagem de Dinheiro”), tem por finalidade estabelecer critérios e orientações objetivas a respeito dos procedimentos internos a serem adotados pelas pessoas jurídicas supervisionadas pela referida autarquia e sujeitas à obrigação de cadastro de clientes e operações e reporte de suspeitas de lavagem de dinheiro, nos termos da Lei de Lavagem de Dinheiro.

Vale ressaltar que a Lei de Lavagem de Dinheiro, incluindo a obrigação de determinados entes privados de desenvolverem mecanismos para controle e reporte de operações suspeitas às autoridades competentes, da mesma forma como a legislação anticorrupção nacional, é fruto de obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito de tratados internacionais⁵⁶, sobretudo da Convenção das Nações Unidas, mencionada anteriormente, e das obrigações assumidas no âmbito de organismos multilaterais voltados à prevenção da lavagem de dinheiro.

A esse respeito, o Brasil integra, desde 1999, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) e o Grupo de Egmont de Unidades de Inteligência Financeira. Desde 2000, também faz parte do Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFISUD), agora denominado Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT)⁵⁷, os quais, periodicamente, emanam orientações aos Estados parte para o aprimoramento do sistema de controle e prevenção à lavagem de dinheiro, que tem se mostrado de extrema relevância para o combate à corrupção⁵⁸.

Ora, a prevenção da lavagem de dinheiro não tem um fim em si mesmo, o que se busca, na realidade, pela obrigação a determinados entes privados de implementação

⁵⁶ O artigo 14 da Convenção das Nações Unidas estabelece as medidas para prevenir a lavagem de dinheiro a serem adotadas por cada Estado, incluindo a obrigação de determinadas entidades privadas de implementarem procedimentos internos de registro de clientes e operações e reporte de atividades suspeitas de lavagem de dinheiro.

⁵⁷ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo>. Último acesso em 20 de dezembro de 2018.

⁵⁸ Inúmeros são os casos de corrupção cuja deflagração ou aprofundamento das investigações contou com relatórios produzidos pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) - Relatórios de Informação Financeira, cujas informações base são remetidas pelas entidades privadas obrigadas ao cadastro e reporte de operações suspeitas. O aumento tanto no número de RIFs como no número de comunicações feitas por pessoas obrigadas é substancial e demonstra que, de fato, a legislação tem sido efetiva para *estimular* a colaboração de entidades privadas na identificação e reporte de operações suspeitas de lavagem de dinheiro, conforme se nota de declaração do presidente da instituição a respeito dos resultados apurados em 2018: “No total histórico, já foram produzidos e encaminhados cerca de 40 mil Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) às autoridades competentes. (...) Destacam-se, dentre os RIFs produzidos em 2018, cerca de 400 que municiaram a Força Tarefa Lava Jato no Paraná e Rio de Janeiro, a operação Cui Bono, Greenfield, Cadeia Velha, bem como aquelas operações destinadas à supressão da capacidade de pagamento de organizações criminosas que atuam dentro e fora dos presídios. (...) **Outro dado importante diz respeito a comunicações encaminhadas pelas pessoas obrigadas. Foram também recebidas, no ano de 2018, cerca de 3 milhões comunicações, suspeitas e em espécie, representando crescimento da ordem de 90% em relação ao ano anterior.** O total histórico de comunicações recebidas pelo COAF é de 17 milhões.” Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2018/dezembro/coaf-divulga-bilancio-das-atividades-de-inteligencia-financeira-realizadas-em-2018>. Último acesso em 27 de dezembro de 2018.

de procedimentos internos de cadastro e reporte de operações suspeitas, é identificar possível origem ilícita dos recursos, relacionados, então, à prática de outros crimes⁵⁹.

Pelo robusto volume de recursos movimentados no âmbito da prática de atos contra a administração pública, a movimentação desses recursos conta, na maioria das vezes, com técnicas de lavagem de dinheiro. Nesse contexto, importante ressaltar que a própria regulamentação já dispõe de normas específicas para identificação da prática de lavagem de dinheiro com relação a recursos oriundos da corrupção. Essa é a finalidade, por exemplo, da regra que obriga as instituições supervisionadas e obrigadas pela Lei de Lavagem de Dinheiro a dispensar maior atenção às *pessoas politicamente expostas*⁶⁰.

Tal arcabouço normativo atrai para a CVM a competência para fiscalizar a correta implementação pelas pessoas jurídicas supervisionadas de um importante ferramental para o combate à corrupção, fazendo com que, ainda que indiretamente, a atuação desse órgão também seja relevante para o combate à corrupção no país.

3.2 Informe de Governança Corporativa

O segundo viés de atuação da CVM no âmbito do combate à corrupção se revela mediante a introdução, pela Instrução Normativa CVM n.º 586, de 8 de junho de 2017, que altera a Instrução CVM n.º 480, de 7 de dezembro de 2009, a qual introduziu a obrigação das companhias abertas de entregarem, anualmente, o Informe de Governança Corporativa, na forma do Anexo 29-A incluído na referida instrução.

O Informe de Governança Corporativa constitui em um formulário a ser preenchido por todas as companhias abertas registradas na categoria A, com a indicação de se adotam ou não as regras previstas no Código Brasileiro de Governança Corporativa,

⁵⁹ “Anticorruption efforts should be coordinated with another international campaign – the fight against organized crime. There are two reasons for this. First, both corrupt rulers and international criminal enterprise benefit if it is easy to launder money across international borders. Accepting bribes will look more attractive if it is relatively easy to deposit the funds outside the country. Thus Strong international action against Money laundering can help mitigate both problems. Second, the existence of large-scale illegal business is likely to have a corrupting influence on government, especially law enforcement and border control.” ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge University Press. New York, 1999, p. 190.

⁶⁰ Art. 3º-A, IV da Instrução Normativa da CVM n.º 301, de 16 de abril de 1999.

acompanhada da correspondente justificativa para os casos em que as regras previstas no padrão de governança não sejam adotadas, sob o modelo de “*comply or explain*”.

O Código Brasileiro de Governança Corporativa foi elaborado pelo Grupo de Trabalho Interagentes (GT Interagentes), coordenado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), formado por onze entidades relacionadas ao mercado de capitais⁶¹ e observado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e pela CVM.

O referido código foi construído com base no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC, do qual se extraiu boa parte do conteúdo das regras de governança propostas e do Código ABRASCA de Autorregulação e Boas Práticas das companhias Abertas, do qual se extraiu a estrutura de “*comply or explain*”.

Por se tratar de normativo recente, não se sabe como será a atuação da CVM com relação à fiscalização do conteúdo apresentado pelas companhias no Informe de Governança Corporativa. Não se pode, entretanto, ignorar a relevância da atuação da CVM como órgão supervisor da adoção de mecanismos internos para neutralização de eventuais desequilíbrios das relações de poder entre os órgãos da companhia, representando, portanto, importante adicional à competência da autarquia para contribuir para a prevenção e combate à corrupção no país.

Críticas ao modelo de *soft law* estruturado sob a forma de *comply or explain* à parte, espera-se que, para ter alguma chance de contribuir para a prevenção da corrupção, tanto a exigência com relação ao conteúdo apresentado (suficiência das explicações – por exemplo), como a constante revisão e adequação do Código Brasileiro de Governança Corporativa - base para apresentação do informe sejam implementados pela CVM.

⁶¹ ABRAPP, ABRASCA, ABVCAP, AMEC, ANBIMA, APIMEC, BM&FBOVENSPA, Brain, IBRI, Instituto IBMEC e o coordenador IBGC. Disponível em: http://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21148/Codigo_Brasileiro_de_Governanca_Corporativa_companhias_Abertas.pdf

O Código Brasileiro de Governança Corporativa é estruturado em cinco capítulos: acionistas, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle, ética e conflito de interesses. De modo geral, o código prevê sugestões de composição acionária, limitações a regras em acordos de acionistas, composição e remuneração da administração, independência e sucessão de seus membros, composição e competência de órgãos de fiscalização⁶², conteúdo mínimo de políticas de ética e conduta, de gestão de riscos, de transações com partes relacionadas, entre outras.

Até o momento, somente as companhias que possuíssem, pelo menos, uma espécie ou classe de ação de sua emissão compreendida no Índice Brasil 100 (IBrX – 100) ou no índice Bovespa (Ibovespa) foram obrigadas a apresentar o Informe de Governança Corporativa. Por essa regra, no primeiro ano de apresentação, 2018, noventa e cinco companhias foram obrigadas a apresentar o informe.

Da análise inicial dos dados promovida pelo IBGC, conforme relatório “Pratique ou explique: análise quantitativa dos informes das companhias abertas brasileiras”⁶³, concluiu-se que a taxa média de aderência das companhias às práticas recomendadas pelo Código Brasileiro de Governança Corporativa é de 64,4%. Entretanto, houve uma percepção de que as práticas com maior grau de aderência referem-se a questões procedimentais, como a redação e registro claros de atas de reunião do conselho de administração (97,9% de aderência).

Por outro lado, práticas relacionadas à composição e estrutura dos órgãos da companhia, como a obrigatoriedade de que o conselho de administração seja composto, em sua maioria, por membros externos, tendo, no mínimo, um terço de membros independentes, e que o conselho de administração avalie e divulgue anualmente quem são os conselheiros independentes, bem como indique e justifique quaisquer circunstâncias

⁶² Interessante notar que destaque diminuto é dado ao conselho fiscal no referido código (item 4.2, p. 50 e 51), que se limita a sugerir como princípio norteador “O conselho fiscal, **se instalado**, deve ser dotado dos recursos e do suporte da administração necessários para que seus membros possam desempenhar suas atribuições individuais de fiscalização independente de forma efetiva.” (*grifei*). As práticas recomendadas são: “4.2.1 O Conselho fiscal deve ter um regimento interno próprio que descreva sua estrutura, seu funcionamento, programa de trabalho, seus papéis e responsabilidades, sem criar embaraço à atuação individual de seus membros. 4.2.2 As atas das reuniões do conselho fiscal devem observar as mesmas regras de divulgação das atas do conselho de administração.”

⁶³ Disponível em: http://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23995/pesquisa_pratiqueexplique_novo.pdf

que possam comprometer sua independência (18,9%) representaram os menores níveis de aderência.

Dessa primeira análise, percebe-se, portanto, que a CVM deverá atuar de forma ativa e constante se o intuito for promover a adoção do padrão proposto, bem como empenhar esforços para coibir a prestação de informações inverídicas ou explicações insuficientes.

Mais uma vez, espera-se que o normativo introduzido à luz das experiências estrangeiras, seja constantemente aprimorado, de modo a afastar-se do papel de mero reproduzidor das normas aplicáveis em outros países, de realidade bem diversa. Espera-se também que não se torne mero incremento na já robusta burocracia a que as companhias abertas brasileiras estão sujeitas⁶⁴.

3.3 Normas sobre transparência, publicidade e deveres de administradores e controladores

A terceira via de atuação da CVM na prevenção e combate à corrupção está relacionada à supervisão do cumprimento das normas sobre transparência e publicidade de informações e cumprimento dos deveres legais de administradores e controladores das instituições supervisionadas.

Isso pois, embora, mais uma vez, não se tratem de normas diretamente relacionadas à prática de atos contra a administração pública, a CVM tem atuado na averiguação de responsabilidade de pessoas físicas e jurídicas que, na seara penal e administrativa estão sob investigação por envolvimento em escândalos de corrupção e, como reflexo, acabam por ser investigada pela autarquia por eventual descumprimento de obrigações relacionadas à transparência e publicidade de informações, cumprimento dos deveres de administradores e controladores, entre outras.

⁶⁴ “As estratégias regulatórias têm diferentes precondições de sucesso. A mais óbvia é que dependem, para serem eficazes, da capacidade de uma autoridade externa – Judiciário ou órgão regulador – com conhecimento suficiente para determinar se o agente cumpriu ou não as instruções dadas. Por certo, as estratégias de governança também recorrem a instituições jurídicas para proteger os direitos de tomadas de decisão dos representantes quanto ao patrimônio social – isto é, seus ‘direitos de propriedade’”. KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 84.

Exemplo da atuação da CVM na averiguação de possível descumprimento de suas normas pelas pessoas físicas e jurídicas reguladas, no âmbito da prática de atos de corrupção, é a recente decisão do colegiado da autarquia no âmbito do Processo Administrativo Sancionador n.º RJ-2015-1760⁶⁵, por meio do qual a CVM condenou o então Diretor Vice-Presidente para o Mercado de Defesa e Governo da Embraer S.A., em razão de infração ao art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas.

O referido processo administrativo sancionador teve origem no Processo CVM n.º RJ2014/11945, que teve por objetivo apurar fatos relatados na denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal envolvendo a prática de corrupção ativa em transação comercial internacional por funcionários e administradores da Embraer. Segundo a acusação, diretores da Embraer teriam viabilizado o pagamento de 3,5 milhões de dólares ao coronal da Força Aérea Dominicana, para venda de aeronaves da Embraer, conforme, inclusive, confessado pela companhia no âmbito de Termo de Compromisso e de Ajustamento de Conduta firmado com a CVM e com o Ministério Público Federal.

O objetivo da CVM ao analisar a questão era, como deveria ser, tão somente a identificação de potencial violação aos deveres fiduciários dos administradores da Embraer na realização da referida transação⁶⁶. Como bem pontuado pelo diretor relator, uma mesma conduta pode configurar, simultaneamente, ilícito penal, administrativo e civil, cabendo, nesse caso, a análise e aplicação de sanções de forma autônoma por diferentes órgãos públicos.

Nesse contexto, a despeito de haver investigação penal em curso para averiguação da ilicitude das condutas dos administradores da Embraer, a CVM entendeu ser possível conduzir análise independente acerca de eventual quebra dos deveres fiduciários dos diretores envolvidos no esquema, independentemente de ser posteriormente confirmada ou não a materialidade de autoria do ilícito penal.

⁶⁵ Processo julgado em sessão de 11 de setembro de 2018, sob a relatoria do Diretor Pablo Renteria.

⁶⁶ “Desse modo, a despeito de o presente processo ter sido instaurado a partir do encaminhamento, pela Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, de cópias dos autos de ação penal envolvendo a suposta prática de corrupção ativa em transação comercial internacional por administradores e empregados da Embraer (fls. 5 e ss), não se pretende aqui – nem se poderia, por ausência de competência – analisar a configuração da prática de crime, mas tão somente apurar a responsabilidade administrativa dos Acusados à luz dos deveres impostos pela legislação societária.” Processo Administrativo Sancionador n.º RJ-2015-1760, julgamento de 11 de setembro de 2018.

No caso concreto, o diretor condenado teria colaborado de forma direta para encontrar mecanismos de burlar as regras de controle interno da companhia, de modo a viabilizar o pagamento de propina. Basicamente, os empregados dos setores responsáveis pela realização dos pagamentos se negaram a fazer o pagamento relativo à propina, por não ter contrato de representação que o lastreasse.

Na tentativa de burlar o controle, os envolvidos tentaram celebrar contrato de representação após a venda da aeronave, o que também foi vedado pela área de controle. Por fim, os indivíduos envolvidos na prática acabaram por viabilizar os pagamentos ilícitos por meio da utilização de interpostas pessoas e inclusão do sobrepeço em outra operação, supostamente lícita.

Dessa forma, a CVM concluiu que haveria provas suficientes para comprovar a violação dos deveres fiduciários do diretor acusado no exercício de suas funções. Interessante notar como termina o voto do diretor relator Pablo Renteria, ao afirmar: “Tudo isso - má-fé, o desvio de poder, a reprovabilidade da conduta fraudulenta, **a importância dos controles internos no atual cenário jurídico brasileiro e as repercussões dos seus atos para a companhia e para o mercado brasileiro em geral – justifica, enfim, a imposição ao acusado de penalidade exemplar.**” (*grifei*)

Nesse julgamento, que aponta ser o primeiro em que a CVM condena um administrador por quebra de seus deveres para com a companhia, em decorrência do cometimento de atos de corrupção, a autarquia revela mais um importante papel a ser desempenhado dentro do arcabouço institucional brasileiro criado para o combate à corrupção.

Paralelamente, outra recente manifestação da CVM, no exercício de sua competência sancionadora, que corrobora para o entendimento da relevante contribuição da autarquia para o combate à corrupção ocorreu no âmbito do Processo Administrativo Sancionador n.º RJ2014-14161⁶⁷, por meio do qual, a CVM condenou o então diretor

⁶⁷ Julgamento realizado em 4 de dezembro de 2018, sob a relatoria do Ministro Henrique Balduino Machado Moreira.

presidente da RJCP Equity S.A., por ter obstruído os trabalhos de fiscalização do conselho fiscal da companhia, em infração ao art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas.

Embora não esteja relacionado com o envolvimento da companhia ou seus administradores em esquemas de corrupção, o precedente é de extrema importância para o tema. Isso pois revela a postura ativa da autarquia na promoção do reequilíbrio das relações de poder internas à companhia – mecanismo essencial para promoção de um ambiente menos propício à prática de atos contra a administração pública, conforme detalhado na Segunda Parte deste trabalho. Se um órgão com competência legal para fiscalizar a administração foi eleito pelos acionistas, não pode um diretor, objeto da fiscalização, agir de forma a obstar a sua competência fiscalizatória.

No caso em tela, além de não reconhecer a instalação do conselho fiscal eleito em assembleia-geral, por ausência de indicação dos suplentes – falha formal sanável segundo a Superintendência de Relações com Empresas da CVM, verificou-se a responsabilidade do diretor condenado por não ter fornecido documentos relacionados aos negócios da companhia aos conselheiros fiscais, em infração aos artigos 154, 163, III e 166, § 2º da Lei das Sociedades Anônimas.

Conclui-se, portanto, de grande relevo a potencial contribuição da CVM para a garantia de cumprimento das normas aplicáveis às entidades reguladas pela autarquia que são responsáveis pela manutenção de um ambiente menos propício ou permissivo à prática de atos contra a administração pública.

3.4 Atividade sancionadora da CVM

A Lei n.º 13.506, de 13 de novembro de 2017 (“Lei n.º 13.506/2017”) institui novas regras aplicáveis aos processos administrativos sancionadores na esfera de atuação do Banco Central do Brasil (BACEN) e da CVM.

Após a identificação das possíveis contribuições da CVM para o combate a corrupção, no exercício de suas funções fiscalizadora e sancionadora, é de extrema importância a análise das alterações introduzidas pela Lei. n.º 13.506/2017. Isso pois, além de ampliar o valor das multas passíveis de aplicação pelas referidas autarquias no

exercício de suas competências sancionadoras, a lei inova ao trazer mecanismos sancionatórios e institutos de composição entre regulador e entes regulados que refletem aprimoramentos já implementados em outras esferas.

Primeiramente, cumpre mencionar o aumento no valor limite da penalidade aplicável pela prática de ilícitos supervisionados pela CVM, que, nos termos do art. 35 da Lei n.º 13.506/2017, passou a ser igual a (i) 50 milhões de reais, (ii) o dobro do valor da emissão ou da operação irregular; (iii) 3 (três) vezes a vantagem auferida ou perda decorrente do ilícito; ou (iv) o dobro do prejuízo causado aos investidores em decorrência do ilícito.

Paralelamente, introduziu-se disciplina para celebração de Acordo Administrativo em Processo de Supervisão muito semelhante ao Acordo de Leniência previsto na Lei Anticorrupção.

Nos termos do art. 30 da Lei n.º 13.506/2017, aplicável também aos processos conduzidos pela CVM, por força do art. 30 do referido diploma legal, BACEN e CVM poderão celebrar acordo administrativo em processo de supervisão com pessoas físicas ou jurídicas que *confessarem* a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, com *extinção de sua ação punitiva ou redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável*, mediante efetiva, plena e permanente *cooperação para a apuração dos fatos*, da qual resulte utilidade para o processo, de modo a possibilitar a identificação os demais envolvidos na prática do ilícito, bem como a comprovação da prática sob investigação.

O acordo administrativo celebrado nos termos indicados acima só pode ser feito (i) por pessoa jurídica que for a primeira a se qualificar com respeito à infração⁶⁸ (isso não se aplica às pessoas físicas); (ii) por pessoa física ou jurídica que cesse completamente o envolvimento na infração a partir da propositura do acordo; (iii) se a autarquia competente pela investigação da infração não dispuser de provas suficientes para assegurar a condenação administrativa das pessoas físicas ou jurídicas, no momento

⁶⁸ As pessoas jurídicas que não se qualificarem primeiro para celebração do acordo poderão celebrá-lo, mediante redução de, no máximo, 1/3 da pena.

da propositura do acordo; e (iv) a pessoa física ou jurídica proponente confessar sua participação na prática do ilícito e cooperar com as investigações.

Diferentemente do disposto na Lei Anticorrupção, a Lei n.º 13.506/2017 dispõe que, em até 5 (cinco) dias a contar da assinatura do acordo administrativo, o BACEN ou a CVM, conforme o caso, deverá publicar o acordo em seu sítio eletrônico. Trata-se de avanço muito importante, para a transparência e, inclusive, controle dos acordos celebrados pelas referidas autarquias.

Nota-se, portanto, que a nova legislação, à semelhança da Lei Anticorrupção, atualiza as sanções pelo cometimento de atos ilícitos e disciplina o procedimento e os benefícios a serem auferidos por ente regulado que coopere na apuração das irregularidades e cessão das condutas vedadas.

4. Conclusão

Atualmente, a doutrina majoritária apresenta como bem jurídico tutelado pela corrupção a capacidade funcional do Estado Democrático de Direito, de modo que todo o arcabouço normativo desenvolvido para o combate ao fenômeno deve ser interpretado sob essa orientação.

Como se pôde notar da análise feita neste capítulo, a legislação brasileira é vasta na responsabilização penal da pessoa física por crimes de corrupção *stricto sensu* e delitos correlatos, bem como na responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pelos referidos ilícitos.

Entretanto, como se mostra, inúmeros criminalistas já se debruçaram acerca da incapacidade ou inadequação da utilização indiscriminada do direito penal para fazer frente a esse problema. Nas palavras de Silva Sanches, reconhece-se na grande maioria dos países, uma tendência de previsão de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretção de garantias penais clássicas e flexibilização de regras de

imputação. Tem-se a pretensão de ver no direito penal a resposta única para um problema tão antigo, enraizado e complexo⁶⁹.

Porém, como bem exposto por Renato Silveira, não se pode redimensionar os limites colocados ao direito penal - em prol da manutenção de direitos fundamentais, única e exclusivamente sob o pretexto de combater um novo inimigo. Se o direito penal, tal qual configurado atualmente, não é suficiente para diminuição do fenômeno da corrupção, deve-se recorrer à complementação das outras áreas do direito e não à aplicação de um direito penal *ilimitado* ou em *outra velocidade*⁷⁰.

Cabe, ainda, ressaltar a contribuição da literatura recente que analisa a corrupção sob a perspectiva do problema da ação coletiva (*collective problem action*), analisada com mais profundidade no Capítulo II, segundo a qual, para além de uma perspectiva de conflito de agência, a propagação da corrupção está relacionada com a percepção generalizada dos indivíduos de que se trata de prática comumente praticada e aceita pelos demais indivíduos, de modo que atitudes são tomadas *racionalmente* sob a premissa de que todos agem de forma inidônea, não havendo incentivos aparentes para atuação de forma diversa.

Nesse sentido, para não se cometer o erro de reduzir a corrupção a um crime de deformação moral de determinado agente, individualmente considerado, e não deixar o seu combate a cargo somente do direito penal, é que este trabalho se dedicará à proposição de soluções em direito societário, que busquem neutralizar os desequilíbrios gerados nas

⁶⁹ O autor espanhol defende que, com a ampliação do direito penal econômico e a tentativa de flexibilização de garantias penais, crie-se um direito penal de “duas velocidades”, em que se reconhece a complexidade das operações envolvendo delitos econômicos e a necessidade de investigação e condução especializados. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 20 e p. 129 e ss.

⁷⁰ “Existem, claro, limitações e cuidados a serem tidos no combate ao novo mal do século a ser travado. Mas, novamente aqui, cabe o alerta de Frankfurt, quanto ao Direito Penal não se portar como *prima ratio*. Ele pode ser, e é, necessário em certas atuações contrárias a atos de corrupção. (...) As noções principiológicas básicas de limitação do Direito Penal não podem, de qualquer modo, ser dispensadas, nem por situação de inimigo, nem de aplicação de Direito Penal de outra velocidade. (...) o que se prega, também, repita-se, é uma mudança de hábitos, como sustentado por uma ética pública. Não uma desmedida inflação penal ou uma pura análise econômica do Direito. (...) o Direito Penal Econômico - e aqui a corrupção - não são substancialmente diferentes do Direito Penal como um todo. A eles é submetida a mesma sorte de contenções que ao Direito Penal comum. Seu combate é justo e esperado. Embora possa vir a refletir uma expansão penal, essa não é aprioristicamente deletéria. Mas devem-se ter os cuidados dobrados para que se evite, em prol de uma suposta melhora global, a perda de referenciais mínimos de Justiça. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 87 e 88.

relações de poder internas à companhia, para criação de um ambiente menos propício à corrupção. Dessa forma, ao lado do direito penal e do direito administrativo, as propostas visam auxiliar na construção de uma política nacional efetiva de prevenção e combate à corrupção⁷¹.

⁷¹ No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara: “Na atualidade, o estabelecimento de formas inéditas de interação social, num contexto globalizado, parece potencializar ainda mais a propagação de práticas relacionadas à corrupção, levando à necessidade de repensar as estratégias de controle, bem como o próprio fenômeno para além da clássica relação bilateral entre um indivíduo que paga determinado valor a um funcionário público em troca de uma vantagem indevida. Tal reflexão, porém, apenas atingirá resultados positivos se se puder abandonar a postura moral conformista que vê na corrupção um mal inerente à natureza humana a ser combatido fundamentalmente pelo Direito Penal, adotando-se, ao contrário, uma perspectiva realista e socialmente dirigida à maior prevenção possível, no âmbito de um ordenamento jurídico democrático e garantista”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. e FUZIGER, Rogério José, *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013, p. 303.

CAPÍTULO II - A EVOLUÇÃO DA TEORIA ECONÔMICA DA CORRUPÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA A CRIAÇÃO DE INSTRUMENTOS EFETIVOS DE PREVENÇÃO

1. Panorama geral da análise econômica da corrupção

Em uma primeira análise, poder-se-ia dizer que atualmente é unânime o conceito de que a corrupção, para além de ser uma consequência ou a própria exteriorização de um desvirtuamento moral do ser humano, é prejudicial ao desenvolvimento econômico e social dos países.

Essa percepção, no entanto, difundida pelos países desenvolvidos e organismos multilaterais, como Organização das Nações Unidas, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Banco Mundial, entre outros, nem sempre foi objeto de unanimidade pelos estudiosos da chamada *teoria econômica da corrupção*.

Se, atualmente, os organismos multilaterais centram esforços para a proliferação de legislações anticorrupção em todos os países, nos moldes e segundo o padrão adotado pelos países do norte, influenciados pelo interesse dos investidores estrangeiros em manter seus investimentos nos países subdesenvolvidos sob um risco controlado, na década de 1960, os protagonistas e os interesses por eles tutelados eram outros: os países capitalistas queriam evitar a proliferação do socialismo, ainda que ao custo da manutenção de ditaduras e governos corruptos nos países subdesenvolvidos.

Nesse contexto simplificado acima, é que se justificam alguns relevantes artigos produzidos em meados dos anos 1960, em prol de uma análise *isenta* dos efeitos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico, que concluíram que o fenômeno poderia ser, em determinados países e sob determinadas circunstâncias, benéfico ao desenvolvimento econômico.

Assusta, entretanto, o ressurgimento de estudos que tentem, ainda que de maneira mais sutil, identificar benefícios ao desenvolvimento econômico em contextos de menor implementação de políticas anticorrupção, como detalhado a seguir.

Ressalta-se que esses estudos não têm, até o momento, afetado a o movimento de proliferação das políticas anticorrupção ao redor do mundo, movidas agora pelo incentivo à cooperação internacional na identificação de ilícitos e fuga de capitais. Embora o Brasil não fuja à regra e seja signatário de todos os tratados internacionais a respeito do tema, bem como tenha desenvolvido internamente legislação anticorrupção dentro do padrão internacional, isso não resultou em uma diminuição do fenômeno.

Pelo contrário, os inúmeros casos de corrupção no Brasil e no exterior descobertos nos últimos anos, bem como as próprias discussões acerca dos efeitos deletérios às empresas de severas punições, quando aplicáveis, nos levam a crer que se não há mais quem defenda, na seara política, a corrupção como uma saída eficiente para lidar com mercados ineficientes, não é de se afastar o fato de que renasce, ou talvez nunca tenha morrido, a suposição de que, na prática, corromper compensa economicamente.

Sob a ótica individual, é evidente que essa ideia nunca será subvertida, até que a equação - ganho (gerado pela corrupção) *versus* sanção multiplicada pelo risco de ser punido - seja efetivamente desbalanceada e passe a pender para o resultado da segunda variável⁷². De todo modo, sob a ótica coletiva, ainda que seja pouco intuitivo, há, como houve no passado, uma tendência de os agentes econômicos em defender a corrupção como um mal necessário para o desenvolvimento econômico em um país com estruturas de governo frágeis.

Nesse contexto, é de extrema relevância revisitarmos a evolução da teoria econômica da corrupção, para resgatarmos quais foram as premissas assumidas e conclusões dela advindas. Desse modo, pretende-se utilizar como subsídio para formulação de respostas estruturais para corrupção empresarial em companhias brasileiras, os limites e precauções a serem tomados para evitar o equívoco de replicar

⁷² “The question in this model is not if corruption is good or bad. But how much it will cost to create benefits that will reduce the possibility of corruption. The initial formulation for this game is that public official will only accept bribe if its value (BV) is superior to the possibility that the action will be discovered (PD) and that this will lead to any consequence (PC) times the cost of consequence (CC). On the corruptor side of the equation, the bribe value must be lower than the benefit that the bribe, the briber and the bribe will share the surplus depending on their bargain power.” PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 63.

modelos produzidos pelos países desenvolvidos e organismos multilaterais, sem a correta identificação das especificidades de nossa sociedade e mercado.

A seguir, a análise da literatura a respeito da evolução da teoria econômica da corrupção está dividida em três principais partes (i) estudos, realizados no início da década de 1960, que apresentavam supostos benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico; e (ii) estudos, desde o início da década de 1990, até os dias de hoje, que apresentam os prejuízos da corrupção para o desenvolvimento econômico, bem como recentes artigos publicados que, apesar de não sustentarem *benefícios* da corrupção para o desenvolvimento econômico, passam a questionar a eficácia das políticas anticorrupção em sua promoção.

2. Estudos sobre benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico

O primeiro passo dado em direção de uma análise da corrupção independente de um julgamento moralista a respeito do fenômeno foi a defesa, por alguns autores, de que a corrupção seria uma decorrência natural dos processos de redemocratização das nações subdesenvolvidas⁷³.

O argumento seria sustentado sob a premissa de que, primeiro deveriam ser instaladas as instituições democráticas, à semelhança dos países desenvolvidos, e com tempo e experiência, estas instituições que, de início, poderiam padecer das mazelas da corrupção, amadureceriam e a corrupção diminuiria, como um *destino certo* da receita democrática.

Nesse período, se iniciaram os estudos que apresentaram supostos benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico^{74e75}. A análise, entretanto, fortemente

⁷³ “In this process of detachment of the debate about corruption from democratic values, the first move was the idea that corruption was a ‘natural’ effect of transition from authoritarian to more open regimes. PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 57.

⁷⁴ “Recent experience in the so-called underdeveloped countries has most vividly brought home the fact that corruption is not a mass of incoherent phenomena, but a political system, capable of being steered with tolerable precision by those in power”. KLAVEREN, J.J. Van. *Comparative Studies in Society and History*, 6, 1968, p. 135. Nesse mesmo sentido: LEFF, Nathaniel. *Economic Development through bureaucratic Corruption*. *The American Behavioral Scientist*, 8, 1964, p. 8-14; e BAYLEY, David H. *The effects of Corruption in a Developing Nation*, *The western Political Quarterly*, 19, 1966, p. 719-732.

⁷⁵ “Under some circumstances Mandeville is right that private vice can cause public benefit. Corruption has probably been, on balance, a positive factor in both Russian and American economic development.” NYE,

influenciada pelo contexto ideológico da Guerra Fria, levou a conclusões hoje vistas como deturpadas, como detalhado nos próximos tópicos.

A seguir, a análise dessa teoria está subdividida nos seguintes subitens (i) o contexto em que tal teoria passou a ser difundida; (ii) os supostos benefícios da corrupção; (iii) as supostas falhas dos argumentos apresentados pelos teóricos que sustentavam o prejuízo da corrupção para o desenvolvimento econômico; e (iv) conclusão.

2.1.1. Contexto histórico

É relevante considerar o contexto de surgimento da teoria econômica da corrupção, pois muito da sua construção pode estar intimamente relacionado à necessidade de os países desenvolvidos justificarem as incongruências da Guerra Fria.⁷⁶

Se de um lado os países capitalistas, sobretudo os Estados Unidos, levantavam feroz bandeira contra a ditadura socialista instalada nos países sob influência da União Soviética. De outro, esses mesmos países buscavam a qualquer custo a manutenção do regime capitalista nos países latino-americanos, ainda que por meio do suporte à manutenção das ditaduras ali recém instaladas contra a *contaminação socialista*.

Nesse sentido, passou a ser interessante, senão necessário, na visão dos países desenvolvidos, apresentar a fragilidade das instituições do governo e junto com esta a corrupção, como uma fase necessária e preparatória para a redemocratização e o atingimento do desenvolvimento econômico. Nada poderia ser mais oportuno, então, do

J.S. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. The American Political Science Review, vol. 61, n.º 2 (1967) p. 417. Nesse trecho o autor se baseia no conceito de Mandeville, filósofo holandês do século XVIII, que sustentou em sua obra “Fábula das Abelhas: Vícios Privados, Benefícios Públicos” (*The Fable of the Bees: Private Vices; Publick Benefits*) que os vícios individuais de cada ser humano contribuam para o benefício coletivo e o funcionamento das relações de mercado, para argumentar que, seguindo a lógica preceituada por Mandeville, apesar de ser incontestavelmente um “desvirtuamento moral” a prática de corrupção acabou levando a benefícios coletivos em determinadas nações.

⁷⁶ “The idea of corruption as the antithesis of democracy was conflictive with the practice of the rich industrialized countries that were supporting dictatorships as a strategy to protect democracy and market economy from totalitarian socialism, the better answer to that would be to consider corruption not as a violation of democratic values by itself, but as an initial step on the democratic evolution of every country. At least theoretically, it seems to dismiss the contradiction of the Cold War practice. PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 58.

que uma teoria que apresentasse potenciais efeitos positivos imediatos para a corrupção e, ainda, desconstruísse os fundamentos das críticas voltadas ao fenômeno.

Nesse contexto, alguns autores iniciaram estudos sob a premissa de realizarem uma análise isenta dos efeitos da corrupção sobre o desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento. Diante dessa análise isenta, se propuseram a identificar se, de fato, a corrupção em nações subdesenvolvidas, marcadas pela fragilidade das instituições, intervenção estatal exacerbada e burocracia ineficiente, era um fenômeno limitador do investimento estrangeiro e, conseqüentemente, do desenvolvimento econômico das referidas nações.

Além disso, os autores buscaram identificar se contrabalanceados os prejuízos e benefícios da corrupção, o fenômeno poderia ser considerado como um catalizador da eficiência econômica das nações sob análise. Para assumirem a suposta postura isenta na análise do fenômeno da corrupção, procuraram afastar-se de qualquer preconceito relacionado ao fenômeno. Como se sabe, desde que tempos remotos é universal a percepção de que a corrupção seria decorrente de um desvirtuamento moral do ser humano, sendo, dessa forma, colocado como insuscetível de qualquer dúvida a sua prejudicialidade à sociedade. Como bem descrito pelos referidos autores, discutir ou analisar a corrupção sem partir da premissa de sua prejudicialidade era um verdadeiro tabu⁷⁷.

Segundo os estudiosos da época, era necessário afastar-se da visão simplista da corrupção como um mero *desvirtuamento moral*, para passar a estudá-la com maior profundidade, como um elemento intrínseco às instituições e relações de poder, sobretudo nos países de democracia recente⁷⁸. Desse modo, poder-se-ia fazer uma análise científica do fenômeno, que fosse capaz de apresentá-lo sob a perspectiva de seu impacto nas

⁷⁷ “Among scholars the subject of corruption is nearly taboo. Placing it in a model of developing economy as a developing factor is even worse in some eyes. No doubt, Nathaniel H. Leff’s analysis will be understood. So be it. It still bids us to understand an important area of social behaviour and tells us why public policies will fail.” Prefácio do artigo: LEFF, Nathaniel H. *Economic Development through Bureaucratic Corruption*. *The American Behavioural Scientist*. November, 1964, p. 8.

⁷⁸ “Recent experience in the so-called underdeveloped countries has most vividly brought home the fact that corruption is not a mass of incoherent phenomena, but a political system, capable of being steered with tolerable precision by those in power”. KLAVAREN, J.J. Van. *Comparative Studies in Society and History*, 6, 1968, p. 135. Nesse mesmo sentido: LEFF, Nathaniel. *Economic Development through bureaucratic Corruption*. *The American Behavioral Scientist*, 8, 1964, p. 8-14; e BAYLEY, David H. *The effects of Corruption in a Developing Nation*, *The western Political Quarterly*, 19, 1966, p. 719-732.

relações entre os agentes econômicos e destes com o governo⁷⁹, bem como eventuais efeitos positivos sobre essas relações, conforme detalhado a seguir.

2.1.2. Aparentes benefícios da corrupção

Nye, em seu estudo *Corruption and Political Development*, apresenta como possíveis benefícios gerados pela corrupção: (a) o desenvolvimento econômico, por meio de aumento de capital disponível para investimento, (b) a diminuição da burocracia e incentivo ao empreendedorismo, (c) a integração nacional, por meio da integração das elites política e econômica, e da população como um todo, e, por fim, (d) o aprimoramento da eficiência do funcionamento governamental.

Primeiramente cumpre esclarecer que, como forma de alcançar uma análise *isenta* da corrupção, alguns autores passaram a identificar quais seriam as verdadeiras razões pelas quais os críticos da corrupção sustentavam tamanha campanha para o seu combate. A suposição por trás dessa análise era de que tais indivíduos poderiam ser motivados por interesses não revelados que ultrapassariam o interesse pela manutenção da higidez do funcionamento dos governos. Dessa forma, os autores buscavam demonstrar que combater a corrupção a qualquer custo poderia ser um anseio de grupos especificamente prejudicados por alguns efeitos gerados pela corrupção, os quais não necessariamente seriam maléficos a toda a sociedade.

Nesse contexto, chegou-se a sustentar que agentes econômicos locais, por exemplo, seriam grandes críticos da corrupção não pelo receio de ineficiência do funcionamento do Estado e supostos reflexos negativos sobre a seara econômica, mas por se sentirem ameaçados pelo aumento da competitividade gerada pelo fenômeno. Isso pois, tais agentes econômicos identificariam na corrupção uma ameaça à sua posição no mercado, considerando que tal fenômeno seria responsável pela criação ou incremento da competitividade entre os agentes econômicos, uma vez que somente os mais eficientes

⁷⁹ Despite the problems of systematic field research on corruption in developing countries mentioned above, there is probably much more data on corruption and development gleaned during field work on other topics than we realize. What we need to advance the study of the problem is to refute and replace specific a priori hypotheses with propositions based on such data rather than with the generalities of the moralists, **corruption in developing countries is too important a phenomenon to be left to moralists.**" (*grifei*) NYE, J.S. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. The American Political Science Review, vol. 61, n.º 2, 1967, p. 427.

teriam capacidade econômica para arcar com o *custo* da corrupção e, ainda assim, manter uma margem de lucro sustentável.

Segundo os referidos autores, a corrupção, por constituir um sobrepreço a ser inevitavelmente pago aos burocratas para acessar determinado mercado, ou beneficiar-se de algum incentivo, seria mais um “custo” de produção, redutor, portanto, do lucro reversível ao empreendedor. Assim, somente agentes econômicos eficientes - aqueles que dispunham das melhores formas de produção, conseguiriam fazer frente a mais esse “custo” sem, no entanto, sacrificar sua parcela de lucro, gerando, portanto, uma competitividade não desejada.

Paralelamente, os considerados mais ferrenhos críticos da corrupção nos países subdesenvolvidos seriam os intelectuais advindos de países desenvolvidos, membros de órgãos internacionais que, sem algum embasamento empírico consistente, imputavam à corrupção a razão pela ineficiência do funcionamento das instituições nos países subdesenvolvidos e, conseqüentemente, subdesenvolvimento econômico. Para tais intelectuais, portanto, a solução seria combater a qualquer custo o fenômeno, na presunção de que seria possível e imprescindível erradicá-lo para que as novas democracias florescessem e prosperassem.

Os autores do início da teoria econômica da corrupção buscavam, portanto, nessa demonstração de *falta de legitimidade* dos principais grupos apoiadores da repressão à corrupção, seja por serem movidos por interesses particulares, não necessariamente benéficos à sociedade como um todo, ou seja por não terem o conhecimento do panorama geral do funcionamento dos países subdesenvolvidos, para sedimentar o fundamento de que o combate à corrupção a qualquer custo poderia não ser eficiente, do ponto de vista do desenvolvimento econômico, para as nações subdesenvolvidas.

Para o autor, ainda que houvesse custos relacionados ou oriundos da corrupção, estes não superariam os benefícios gerados pelo fenômeno, sob determinadas circunstâncias. No entendimento do autor, a corrupção seria a única solução para determinados problemas de países subdesenvolvidos. Embora a corrupção não pudesse ser entendida como benéfica à solução de todos os problemas das nações em desenvolvimento, o fenômeno poderia ser o único meio de solucionar determinados

problemas, tais como obstáculos apresentados pelos governos locais para o desenvolvimento econômico⁸⁰.

Nathaniel Leff, que também se propôs a analisar o fenômeno da corrupção de maneira moralmente *isenta*, identifica que, sob a perspectiva política, a corrupção aumenta o poder decisório de indivíduos que não o teriam, não fosse o ato corrupto. E, como consequência dessa análise, no campo econômico, se o grupo de indivíduos a quem o poder decisório é atribuído em um ambiente corrupto é mais favorável ao desenvolvimento econômico do que o grupo “legitimamente” investido no poder, então, por consequência, em determinadas situações a corrupção poderia ser benéfica ao desenvolvimento econômico.

Outro fundamento apresentado pelo autor consistia na constatação de que os governos dos países subdesenvolvidos, na realidade, não tinham objetivos desenvolvimentistas, sendo, na maioria dos casos, formados por elites inclusive contrárias ao desenvolvimento tecnológico e da indústria. De fato, a constatação aparenta ser verídica. Se por um momento agentes econômicos estrangeiros conseguiram *manipular* os governos locais por meio do pagamento de propina, é bem verdade que os próprios indivíduos que compunham o governo são também agentes racionais, de modo que não deixariam ser corrompidos, para perder o poder que detinham ou permitir que a estrutura de poder existente se subvertesse. Nesse sentido, a corrupção foi e, continua sendo, um facilitador, se não permissor, da manutenção das estruturas de poder econômico e político no país, justamente esse poder identificado no passado como retrógrado e não direcionado ao desenvolvimento nacional.

No mesmo sentido dos argumentos supramencionados, o fenômeno poderia ser benéfico nos países em que o governo local não dispunha de uma política orientada para

⁸⁰ “Though corruption may not prove beneficial for resolution of development problems in general, it may prove to be the only means to solution of a particular problem. If a country has some overriding problem, some “obstacle to development” – for instance, if capital can be formed by no other means, or ethnic hatred threatens all legal activities or aimed its alleviation – then it is possible that corruption is beneficial for development despite the high costs and risks involved. While there are dangers in identifying ‘obstacle to development’ and while the corruption that is beneficial to the solution of one problem may be detrimental to another, we need to get away from general statements which are difficult to test and which provide us with no means of ordering the vast number of variables involved.” NYE, J.S. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. The American Political Science Review, vol. 61, n.º 2, 1967, p. 424-425.

fomentar o desenvolvimento econômico, o livre mercado e a constituição das bases para uma sociedade capitalista bem-sucedida.

Nesse contexto, tanto nos países em que o capitalismo estaria supostamente “ameaçado” como nos países em que os governos seriam controlados por elites não orientadas para a abertura ao capital externo, industrialização e progresso econômico, como também nos governos que, ainda que dispusessem de tais objetivos, não fossem eficientes para alcançá-los, transferir o controle e a capacidade decisória na formulação e aplicação das regras de mercado para grupos de indivíduos pró-desenvolvimento seria mais benéfico para o desenvolvimento do país, ainda que isso se fizesse de forma ilegítima, por meio da corrupção.

Para tanto, alguns autores se basearam em exemplos como controle do câmbio, congelamento de preços, controle da inflação como políticas de governo fadadas ao fracasso, mas que não teriam causado tamanho prejuízo aos países em que foram instituídas, justamente por não terem sido cumpridas, em decorrência da atuação corrupta de determinados agentes que se utilizavam de meios ilícitos para não se submeterem a tais regramentos.

Além disso, boa parte dos autores da época argumentavam que a corrupção poderia ser fonte de financiamento dos Estados fadados à não atratividade do capital estrangeiro. Tais recursos poderiam ser utilizados para o desenvolvimento de estruturas mínimas para o desenvolvimento econômico das nações, como ferrovias, portos e rodovias. Com relação a esse argumento, entretanto, os próprios autores reconheciam que só seria válido sob a premissa de que os recursos arrecadados pelos agentes corruptos fossem, de fato, utilizados em prol da sociedade, o que, desde aquela época já se sabia inverídico.

Outro suposto benefício da corrupção nos países subdesenvolvidos apontado pelos autores era a capacidade de *integração nacional* por meio da aproximação das elites econômica e política de tais nações, de modo a promover um senso de nacionalismo que permitiria o desenvolvimento de políticas voltadas para o desenvolvimento.

Ainda, alguns autores como J. S. Nye defendiam que a corrupção também poderia tornar mais próxima e menos violenta a relação entre o Estado e a população, por meio da não aplicação de regras severas e intervencionistas demais, por vezes, adotadas pelas ditaduras dos referidos países.

Outro argumento recorrente nos artigos produzidos na época era de que a corrupção seria um meio de garantir certa previsibilidade para o ambiente normativo dos países subdesenvolvidos, de modo a atrair o investimento estrangeiro. É interessante observar que esse é exatamente o argumento contrário aos supostos benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico: diversos são os autores que se propuseram a demonstrar a relação inversamente proporcional entre corrupção e investimento estrangeiro direto, inclusive por meio de estudos empíricos.

2.1.3. Falhas dos argumentos sobre impactos negativos da corrupção

Seguindo o raciocínio de demonstração dos supostos benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico, alguns autores se propuseram a analisar quais seriam as fragilidades dos argumentos apresentados pela maior parte dos críticos da corrupção, conforme detalhado a seguir.

Primeiramente, tentou-se questionar o argumento segundo o qual a corrupção seria um impeditivo para a cobrança de impostos e, conseqüentemente, a diminuição do volume de recursos que poderiam ser utilizados para a promoção do desenvolvimento econômico. Segundo os referidos autores, o dinheiro advindo da corrupção poderia ser muito mais facilmente direcionado para o desenvolvimento econômico, haja vista o interesse dos agentes corruptores - supostamente mais *direcionados* a medidas desenvolvimentistas, se comparados com os interesses de agentes políticos e burocratas corrompidos.

Além disso, outra crítica apresentada pelo argumento é que a robusta carga tributária dos países subdesenvolvidos, além de desincentivar o investimento estrangeiro, também não era direcionada para o fomento de medidas desenvolvimentistas. Nesse contexto, apresentavam outro suposto argumento falacioso dos críticos da corrupção: o uso inadequado dos recursos públicos. Segundo os defensores dos efeitos benéficos da

corrupção para o desenvolvimento econômico, os integrantes dos governos das nações subdesenvolvidas não tinham um comprometimento com o desenvolvimento de seus países, de modo que não seria verídico afirmar que a corrupção desvirtuaria a destinação dos recursos públicos.

Isso pois, segundo os referidos autores, os agentes que corromperiam as autoridades locais, por vezes, o fariam para a tomada de decisões que, embora não fossem legítimas do ponto de vista do cumprimento da legislação e processo legislativo local, seriam mais benéficas para a sociedade como um todo.

Sobre esse argumento especificamente, é interessante destacar que, se em determinado contexto e setor, poderia ser verídico afirmar que, de fato, a tomada de decisão pelas autoridades *influenciada* por agentes corruptores poderia trazer benefícios para o desenvolvimento de um setor específico, é muito pouco provável que, em uma análise de longo prazo e mais ampla do fenômeno a conclusão se mantivesse.

Como se verá no item seguinte, alguns anos após o início dos estudos da teoria econômica da corrupção discutiram o principal problema do argumento exposto acima: a questão do *rent seeking*⁸¹. Simplificadamente, segundo esse conceito se, por um lado, agentes corruptores podem influenciar a tomada de decisões que acabam por beneficiar todo um setor, por outro também podem fazê-lo para prejudicar os demais agentes participantes do mercado, de modo a beneficiar-se isoladamente de uma *barreira* ou ausência de competição criada artificialmente e ilegitimamente para garantir o benefício ao agente corruptor.

2.1.4. Conclusão

Concluída a análise dos estudos dos principais autores da teoria econômica da corrupção do início da década de 1960, percebe-se que a principal variável que parece não ter sido levada em consideração é que a corrupção, como decorrência da relação entre os poderes político e econômico não pode ser *controlada* para existir somente em determinado setor ou período. Se não combatida, a estrutura corrompida permanecerá em

⁸¹ KRUEGER, Anne O. *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*. The American Economic Review, Vol. 64, No. 3 (Jun.,1974), pp. 291-303.

todas as esferas e governos, estejam *bem* ou *mal* intencionados. O desafio da corrupção é justamente esse: se não combatida desvirtua as regras de funcionamento do estado democrático de direito. Se, em algum dado momento, isso funciona para aprovar determinada medida benéfica à coletividade, no momento seguinte, poderá funcionar para aprovar medidas prejudiciais ao desenvolvimento econômico e social.

Até mesmo nos casos em que a corrupção poderia ser vista como catalizadora do desenvolvimento econômico, a interpretação deste desvio como uma *solução* é muitas vezes enviesada, porque baseia-se na comparação de cenários em que agentes sucumbem ou deixam de sucumbir à corrupção e não entre cenários em que ela existe em comparação com aqueles em que é menos recorrente.

Exemplifica-se: pagar propina para conseguir a liberação de uma obra pode, em comparação com o agente que não sucumbe à exigência, produzir um resultado mais eficiente. Porém, essa análise não pode levar à conclusão de que o funcionamento de um governo é mais eficiente na medida em que os agentes econômicos sucumbam à corrupção. Se o fenômeno fosse eficazmente combatido, a política estatal de obras prevista no exemplo acima seria tão eficiente quanto, só que para todos os indivíduos e sem o sobreço da corrupção.

Nesse sentido, perde espaço análises como de Nathaniel Leff, que sustentava que, sob a perspectiva política, a corrupção aumenta o poder decisório de indivíduos que não o teriam, não fosse o ato corrupto e, dessa forma, se o grupo de indivíduos a quem o poder decisório é atribuído em um ambiente corrupto é mais favorável ao desenvolvimento econômico do que o grupo *legitimamente* investido no poder, então, por consequência, em determinadas situações a corrupção poderia ser benéfica ao desenvolvimento econômico.

Isso pois, em primeiro lugar, como se sabe, estruturas permissoras do desenvolvimento econômico e social de um país não se constroem em um curto espaço de tempo. Não havendo regras para a manutenção da ocupação *ilegítima* no poder por esse grupo de indivíduos, supostamente de interesses desenvolvimentistas, que se apropriaram do poder decisório por meio de corrupção, não há como garantir ou até mesmo se esperar que o processo desenvolvimentista se perpetue.

Ainda, quando grupos de indivíduos se apropriam do poder de forma ilegítima, o fazem incentivados por interesses particulares e não com a intenção de implementar um plano desenvolvimentista de longo-prazo para uma nação. Se, em um determinado momento e setor específicos, o interesse particular do grupo de indivíduos corresponder à melhor medida a ser tomada sob a perspectiva de desenvolvimento nacional, isso não pode, de maneira alguma, ser interpretado como um *resultado positivo* da corrupção, tão somente uma *coincidência*.

Fosse interpretado como resultado positivo, poder-se-ia acreditar que não se faz necessário combater a corrupção tão veemente e a todo momento, ignorando, no entanto, as consequências deletérias do fenômeno para a estrutura democrática, que, até o momento, é o sistema de organização política identificado como mais apto a assegurar a perseguição e proteção do interesse coletivo pelo Estado.

Como exposto anteriormente, à parte a condenação moral do fenômeno, há, de fato, uma análise jurídica que nos permite identificar um real efeito deletério da corrupção, qual seja: a fragilização dos institutos democráticos e a subversão das regras comuns a todos, o que é absolutamente contrário a uma ideia de estabilidade, essencial para implementação de um plano de desenvolvimento econômico e social sustentável.

Como se nota, os argumentos apresentados para sustentar potenciais benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico são altamente influenciados para a justificativa de manutenção do contexto da Guerra Fria, em que países desenvolvidos, democráticos e liberais davam sustentação a ditaduras militares nos países subdesenvolvidos, com a finalidade de garantir que *pelo menos* não se tornassem socialistas.

Para esses autores, uma política de governo *paralela* e ilegítima, mas capitalista e liberal, seria mais benéfica do que se a política de governo formalmente adotada pelos países subdesenvolvidos fosse, de fato, colocada em prática, sem distorções geradas pela corrupção. A justificativa era de que a corrupção seria uma espécie de *mal necessário* para a transição dos referidos países em democracias liberais.

Depender da corrompibilidade do grupo que ocupa formalmente o poder para manutenção de políticas desenvolvimentistas tidas como benéficas seria um inadequado incentivo a permitir e, até mesmo, fomentar mecanismos de manutenção de estruturas de poder monopolistas, de modo a manter no poder as *elites aliadas* às políticas informalmente adotadas como um suposto benefício da corrupção⁸².

Por outro lado, a despeito das incongruências expostas acima dos argumentos trazidos pelos primeiros autores da teoria econômica da corrupção, destaca-se relevante conclusão advinda das análises de Nathaniel Leff, segundo o qual uma das principais ineficiências da visão moralista e idealista da corrupção pelos intelectuais e políticos da época seria *ignorar a sua existência na formulação das políticas de governo*.

Explica-se. Na visão do autor, os intelectuais, membros de órgãos internacionais, e até mesmo burocratas de países subdesenvolvidos, ainda que bem-intencionados, por vezes, formulavam políticas de governo e planos econômicos presumindo a sua aplicação integral, não considerado as ineficiências da inegável corrupção existente nos países⁸³.

Desse modo, como colocado pelo autor, tais grupos, de forma cíclica e reiterada, formulavam políticas coerentes *na teoria*, lamentavam-se ante a constatação de sua inefetividade diante da atuação de agentes corruptos, formulavam, então, um arcabouço normativo e burocrático para identificação e punição dos referidos agentes corruptos e novamente voltavam a formular políticas sob a premissa de funcionamento ideal em uma realidade livre da corrupção.

Trata-se de um raciocínio simples: não se pode ignorar a realidade na formulação de políticas e soluções para os problemas postos. Entretanto, não é raro nos depararmos com o argumento idealista de que seria possível alcançar determinado objetivo ou

⁸² “Although individual payoffs may seem to further efficiency and even fairness, systemic corruption will seldom do so. In a repressive state, where many policies are harmful to all except a favored elite, corruption may be a survival strategy. Toleration of this practice, however, may just permit an illegitimate and inefficient system to persist.” ROSE-ACKERMAN, Susan, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999, p 225.

⁸³ “By way of contrast, the more usual practice is to choose the policies that would be best if the whole bureaucracy were dependable, and then to deplore its corruption. And condemn it for the failure of the policies chosen. Following the procedure suggested here, however, governments would accept corruption as an aspect of their societies and try to optimize policy-making within this framework.” LEFF, Nathaniel. *Economic Development through bureaucratic Corruption*. The American Behavioral Scientist, 8, 1964, p. 14.

implementar determinada política, não fossem as fragilidades das instituições. Ainda que ideal, não é realístico supor que alcançar-se-á um ambiente isento de corrupção. Portanto, melhor se faz ao manter-se pautado pela intenção de alcançar os objetivos estabelecidos, porém *pelos meios possíveis e disponíveis* dentro da realidade em que se inserem os destinatários das propostas formuladas.

3. Estudos sobre os prejuízos da corrupção para o desenvolvimento

Após o período de estudos que buscavam apresentar supostos benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico de nações subdesenvolvidas, brevemente analisado no capítulo anterior, surgiram teóricos que começaram a analisar o inverso: possíveis relações diretas entre a corrupção, a diminuição do investimento e, conseqüentemente, os prejuízos do fenômeno ao desenvolvimento econômico.

Da mesma forma como na análise anterior, é importante levarmos em consideração a alteração no contexto histórico de surgimento dessa corrente teórica: processo de redemocratização dos países em desenvolvimento, proliferação, nos países desenvolvidos, de legislações que criminalizam corrupção contra autoridades nacionais e estrangeiras, aumento de pressão dos investidores dos países desenvolvidos sobre os organismos multilaterais para reprodução das legislações anticorrupção nos países em desenvolvimento.

3.1. Contexto histórico

Conforme detalhado no Capítulo I, nas últimas três décadas, houve considerável avanço na adesão a convenções internacionais para prevenção e combate da corrupção por grande parte dos países, bem como na implementação de legislações nacionais a esse respeito pelos Estados signatários.

Tamanho sucesso da empreitada internacional coincide com a evolução da teoria econômica da corrupção e dos estudos que passaram a apontar potenciais prejuízos do fenômeno para o desenvolvimento econômico. A transformação nas duas searas, legislativa e teórica, deve ser analisada sob a perspectiva do contexto histórico em que se deu: as reformas para liberalização econômica dos países em desenvolvimento.

Se durante a Guerra Fria foi oportuno o desenvolvimento de uma teoria *isenta* da corrupção, que permitiria assumir que o fenômeno poderia ser *tolerado* para o desenvolvimento de nações subdesenvolvidas, em processo de redemocratização, alguns eventos históricos demonstraram que não seria possível, em um mundo cada vez mais globalizado, separar a corrupção no mundo subdesenvolvido daquela praticada nos países ricos. Como bem colocado por Portugal Gouvêa, escândalos como de Watergate demonstraram que a corrupção praticada por agentes contra a administração pública estrangeira poderia também estimular a corrupção internamente⁸⁴.

Nesse contexto, os Estados Unidos promulgaram a primeira lei que passou a criminalizar a prática de atos praticados por nacionais contra administração pública *estrangeira*, o chamado Foreign Corruption Practices Act (FCPA), reproduzido anos depois por diversos países, sob pressão de movimentos internacionais.

O FCPA alterou algumas premissas sob as quais a teoria econômica da corrupção tinha partido para produção de seus estudos até então: a principal delas é a de que seria possível corromper autoridades dos países subdesenvolvidos, de modo a garantir a previsibilidade do investimento estrangeiro realizado, sem praticar ato *imoral* sujeito a penalidades no país de origem.

A teoria econômica da corrupção evoluiu, então, sem deixar de lado o seu *distanciamento* do julgamento moral do fenômeno. Passou-se a identificar que a prática de atos contra administração pública dos países desenvolvidos por agentes das nações desenvolvidas poderia também afetar a estabilidade da elite e governo desses últimos Estados.

Isso pois, ante a industrialização das nações subdesenvolvidas e a implementação de regulamentação setorial, teóricos começaram a identificar que nem sempre a *influência*

⁸⁴ “The Watergate scandal demonstrated that corruption abroad could also stimulate corruption at home, and that **corruption in the developed world was too important a phenomenon to be left to realist politicians**”. (grifei). PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 60. Neste trecho o autor faz clara referência crítica à afirmação de Nye (1967), que 40 anos antes, afirmara em seu artigo que a corrupção em países em desenvolvimento seria um *fenômeno muito importante para ser deixado sob a análise de moralistas*: “corruption in developing countries is too important a phenomenon to be left to moralists”, conforme nota de rodapé 79, acima.

ilegítima no poder por agentes econômicos, voltados à aprovação de normas que beneficiassem os seus negócios seria benéfica à economia como um todo.

A chamada teoria de *rent seeking*, inicialmente apresentada por Anne Krueger, bem ponderou que as normas estatais que regulam determinada atividade econômica podem ser construídas justamente para beneficiar um determinado grupo ou indivíduo em detrimento de outros, não sendo, portanto, benéfica ao desenvolvimento econômico sob uma perspectiva mais ampla.

Seria essa percepção, portanto, mais uma fragilidade identificada na teoria econômica da corrupção anteriormente idealizada. Isso pois, ao não combater a corrupção em países subdesenvolvidos, agentes econômicos locais poderiam utilizar-se de sua influência no governo local para a produção de normas que beneficiassem o desenvolvimento de seus negócios de modo particular, em evidente prejuízo e fragilização dos investidores estrangeiros advindos das nações desenvolvidas.

Dois, então, seriam os obstáculos a serem enfrentados pelos investidores estrangeiros: a diminuição da intervenção estatal nos países subdesenvolvidos, e o combate à corrupção nesses Estados, para permitir o sucesso da agenda liberal.

É nesse contexto que, entre as décadas de 1980 e 1990, passou a haver forte pressão dos investidores dos países desenvolvidos para replicação, pelos países subdesenvolvidos, dos modelos de legislação anticorrupção adotados nos países ricos, como mais um dos itens que supostamente contribuiriam para o sucesso da agenda liberal das referidas nações e, conseqüentemente, para o aumento da *segurança* dos investimentos estrangeiros realizados⁸⁵.

⁸⁵ “As a response to that, in the nightfall of the ‘liberalization reforms’, the international anti-corruption movement started to achieve tremendous victories in global arenas, as never happened before. Such a feverous support to a subject widely neglected on international relations is, at least, suspicious. On the ones hand, it can be understood as the awakening of an international consciousness about the impacts of corruption on democracy and economic development. On the other hand, it could be interpreted that this new movement is only stimulated by a desire of international investors to consolidate the previous reforms, being the anti-corruption laws just the fine tuning on their relations with governments of developing countries.” PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 55.

É importante ressaltar que, justamente por esse contexto de criação das legislações anticorrupção que, tanto os estudos realizados na época, como as legislações deles decorrentes ou com eles relacionadas, padecem de falha relevante no endereçamento da corrupção nas nações subdesenvolvidas: não levam em consideração as especificidades da realidade local para formulação das propostas sugeridas, como se detalhará na conclusão desta seção.

A despeito da inaptidão de um *modelo global anticorrupção* para endereçar de forma efetiva o problema, é de extrema relevância a análise das conclusões apontadas pelos diversos estudos, inclusive empíricos, que demonstram a correlação entre a corrupção e subdesenvolvimento econômico, que serão brevemente analisados a seguir.

3.2. Prejuízos causados pela corrupção ao desenvolvimento econômico

Um dos principais expoentes desse movimento mais recente da teoria econômica da corrupção é o trabalho desenvolvido por Susan Rose-Ackerman⁸⁶ que, com sua experiência acadêmica e profissional - esteve à frente dos estudos anticorrupção do Banco Mundial (1995-1998), destacou alguns dos eventuais prejuízos causados pela corrupção para o mercado, como um todo, e o desenvolvimento econômico dos países.

Essa corrente doutrinária parte da análise da relação entre a ineficiência da atividade econômica, decorrente de um fenômeno de *rent seeking*, criado ou mantido pela corrupção. Paralelamente, analisa-se a eventual correlação entre altos índices de corrupção e baixos níveis de investimento externo direto.

Partindo-se do pressuposto de que a corrupção acaba por incentivar ou, ao menos, permitir a criação de um mercado paralelo em que políticas regulatórias e tributárias não são aplicáveis, busca-se evidências de que determinados agentes econômicos, beneficiados pelo fenômeno, têm contribuído para a manutenção de estruturas de poder político permissivas da corrupção.

⁸⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A Study in Political Economy*, New York: Academic Press, 1978. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999. ROSE-ACKERMAN, Susan, SOREIDE, Tina. *International Handbook on the Economics of Corruption*, vol I, vol II, Edward Elgar Pub, 2012.

Andrei Shleifer e Robert W. Vishny⁸⁷ desenvolveram interessante estudo em que exploram algumas das razões pelas quais poder-se-ia sustentar que a corrupção pode representar significativo prejuízo para o desenvolvimento econômico. A primeira razão estaria ligada ao fato de que, em países cujas instituições estão contaminadas pela corrupção, tamanho seria o ônus a ser suportado pelos investidores que quisessem investir no país, por meio da extorsão realizada pelas diversas agências corruptas, que isso acabaria tornando o país bem pouco atraente ao investimento estrangeiro⁸⁸.

Outra justificativa explorada pelos autores é o efeito adverso causado pela natureza *secreta* das relações pautadas por corrupção. Isso pois, por naturalmente demandar a proteção do sigilo - haja vista a ilegalidade inerente ao pagamento de propinas em sociedade que criminalizam a prática, os recursos advindos de relações contaminadas pelo fenômeno seriam geralmente voltados a setores que permitem com maior facilidade o encobertamento dessa prática.

Desse modo, ainda que outros setores da economia fossem prioritários para o desenvolvimento de uma nação, tais como saúde e educação, o governo (corrupto) empenharia maiores esforços para desenvolver outros setores, que a despeito de não serem protagonistas de uma agenda desenvolvimentista, por sua estrutura, permitiram o sigilo necessário para a exigência de pagamento de propinas pelos burocratas.

A solução para os problemas identificados seria, segundo os autores, fomentar a competitividade tanto na esfera privada como política. Isso pois reduziriam a possibilidade de extorsão e aumentariam a exposição das relações corruptas, reduzindo as possibilidades de mantê-las sob sigilo e, conseqüentemente, insuscetíveis de punição.

Paolo Mauro, por sua vez, em seu estudo “Corruption and Growth”⁸⁹ analisou um conjunto de dados relativos a índices sobre corrupção, o volume de propinas pago, a

⁸⁷ SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Corruption*. Quarterly Journal of Economics. 108.3, Oxford University Press, 1993.

⁸⁸ “When the entry of these agencies into regulation is free, they will drive the cumulative bribe burden on private agents to infinity. A good illustration of this problem is foreign investment in post-Communist Russia. To invest in a Russian company, a foreigner must bribe every agency involved in foreign investment, including the foreign investment office, the relevant industrial ministry, the finance ministry, the executive branch of the local government, the legislative branch, the central bank, the state property bureau, and so on.” SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Corruption*. Quarterly Journal of Economics. 108.3, Oxford University Press, 1993, p. 9.

⁸⁹ MAURO, Paolo. *Corruption and Growth*. Quarterly Journal of Economics, 110: 681-712, 1995.

eficiência do sistema judiciário e diversos elementos que compõe um conceito de estabilidade econômica de múltiplos países (dentre eles o Brasil), no intuito de demonstrar uma relação direta entre os altos níveis de corrupção e a diminuição do crescimento econômico.

O estudo empírico levou à parcial explicação para o fato, já presumido anteriormente, de que países pobres tendem a ter administrações corruptas e sistemas políticos instáveis. A fundamentação encontrada na análise dos dados seria de que a ineficiência institucional persiste ao longo do tempo e que a fragilidade das instituições contribuiu para o baixo crescimento econômico, resultando na pobreza verificada ao tempo da pesquisa.

O próprio autor alerta, entretanto, para o fato de que o estudo não contemplou a análise de possível correlação entre a pobreza e a fragilidade das instituições. Como se nota, ainda que os dados apontem para uma relação entre instabilidade das instituições (geradas pela corrupção) e o subdesenvolvimento econômico, não se conseguiu concluir o exato fluxo de causalidade entre os fenômenos. Talvez sequer haja um único fluxo, e a correlação seja retroalimentada.

No mesmo sentido da conclusão dos autores desse novo movimento da teoria econômica da corrupção, no sentido de que uma das soluções para o controle da corrupção seria a diminuição da interferência estatal no funcionamento de mercado, muitos foram os defensores dos processos de privatização ocorridos no curso na década de 1990.

Daniel Kaufmann e Paul Siegelbaum, por exemplo, no artigo “Privatization and corruption in transition economies”⁹⁰ sustentaram que o movimento de privatizações nos países de democracia recente, a despeito de todas as suas inadequações e fragilidades, seria mais benéfico do que sua ausência. Sustentam os autores que ainda que os processos de privatização até o momento tivessem sido pautados pela atuação corrupta das autoridades responsáveis pela sua condução, o fato de que a privatização contribuiria para

⁹⁰ KAUFMANN, Daniel; SIEGELBAUM, Paul. *Privatization and corruption in transition economies*. Journal of International Affairs, Columbia University School of International Public Affairs. 50.2, 1997.

a redução da intervenção estatal no funcionamento do mercado seria, por si só, mais benéfico do que a ausência das privatizações⁹¹.

Além de estudos empíricos a respeito da relação direta entre corrupção e prejuízos ao desenvolvimento econômico, foram desenvolvidos também estudos que buscaram demonstrar a relação entre índices de corrupção e o investimento estrangeiro direto⁹². As conclusões apresentadas confirmaram os argumentos anteriormente apresentados pelos teóricos: pode-se estabelecer uma relação direta entre corrupção e a diminuição dos investimentos estrangeiros diretos.

Há, entretanto, que se atentar para o fato de que uma correlação entre índices não necessariamente é suficiente para identificar o verdadeiro motivador de determinado comportamento dos agentes econômicos. Conforme já levantado pela doutrina, os resultados apontados nos estudos empíricos podem, por exemplo, estar relacionados apenas à decisão racional dos investidores em buscarem países que garantam maior retorno econômico para os investimentos realizados.

Dessa forma, os investidores estrangeiros podem evitar países com altos índices de corrupção simplesmente pelo fato de que a necessidade de pagamento de propinas para desenvolvimento de atividades representa um *custo* adicional, da mesma forma que impostos e encargos trabalhistas também representam⁹³.

⁹¹ “There is an incipient body of evidence pointing to a positive association between privatization and some hardening of the budget constraint (for example, less discretionary public handouts or tax exemptions), as well as between privatization and market liberalization (such as less discretionary licenses in the hands of politicians and bureaucrats). Since the reduction of control rights by politicians and bureaucrats over public finance and licenses to enterprises are key for the reduction of corruption, this evidence is consistent with the analytical framework we have presented.” KAUFMANN, Daniel; SIEGELBAUM, Paul. *Privatization and corruption in transition economies*. Journal of International Affairs, Columbia University School of International Public Affairs. 50.2, 1997, p. 17-18.

⁹² ZHAO, John Hongxin; KIM, Seung H.; DU, Jianjun. *The Impact of Corruption and Transparency on Foreign Direct Investment: An Empirical Analysis*. Management International Review, vol 43, 2003.

⁹³ “Again, this theory has few elements to demonstrate the complex causes of corruption. But it demonstrates very clearly that foreign investors are rational and will only invest in countries in which their investment will be more profitable. It does not matter if the transfer that they have to make in relation to the return from the investment is legal (taxes) or illegal (corruption). What really matters is the amount of the transfer, the combination of both.” PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 77.

É interessante notar que, mesmo após esse relevante movimento em prol das políticas anticorrupção, tendo por base potencial relação desta com o desenvolvimento econômico, há estudos recentes que apontam que a teoria econômica da corrupção pode não ter rompido completamente os laços com os seus primeiros defensores, do início da década de 1960.

Jac Heckleman e Benjamin Powell, por exemplo, no artigo “Corruption and Institutional Environment for Growth” concluíram que a corrupção pode até ser percebida como um catalizador do crescimento econômico em países cuja liberdade econômica é limitada (como sustentavam os primeiros autores da teoria econômica da corrupção). Entretanto, conforme o liberalismo econômico aumenta, reduzem-se os benefícios da corrupção para o crescimento econômico, desaparecendo conforme a interferência estatal e a extensão da regulação diminuem⁹⁴.

Dessa forma, os autores sugerem que centralizar esforços políticos unicamente na diminuição da corrupção pode não ser eficiente sob a perspectiva de crescimento econômico. Propõe, por outro lado, que os esforços para reformas sejam direcionados no fortalecimento da liberdade econômica, para reduzir a necessidade de corrupção, ao invés de simplesmente diminuir a discricionariedade dos tomadores de decisão⁹⁵.

Outro estudo semelhante foi desenvolvido por Noel D. Johnson, William Ruger, Jason Sorens e Steven Yamarik, cujas conclusões apresentadas no artigo “Corruption, regulation and growth: an empirical study of the United States” também apontam haver evidências de que os efeitos negativos da corrupção são menores nos estados com maior regulação. Importante notar que, ainda diante dessa percepção, os autores concluem que a corrupção não é *benéfica* para o crescimento, somente que seus efeitos negativos seriam menores em ambientes mais regulados⁹⁶.

⁹⁴ HECKELMAN, Jac C.; POWELL, Benjamin. *Corruption and the Institutional Environment for Growth*. Comparative Economic Studies, 2010, 52, 371-378.

⁹⁵ “Only after strong economic institutions are in place would reducing corruption be likely to improve growth prospects. On the basis of our regression analysis, reducing the size of government and decreasing the regulation of credit, labor, and business would do the most to alleviate the need for corruption to enhance growth.” HECKELMAN, Jac C.; POWELL, Benjamin. *Corruption and the Institutional Environment for Growth*. Comparative Economic Studies, 2010, 52, p. 373.

⁹⁶ “We exploit this institutional variation to identify an increasing cost of corruption, on the margin, in states with more invasive regulatory regimes. This supports the cross-country results of Méon and Weill (2010), Heckelman and Powell (2010), and Dreher and Gassebner (2011). Our findings also speak directly

Essas pesquisas buscam identificar se haveria ou não evidências empíricas para a chamada *grease-the-wheels hypothesis*, segundo a qual a corrupção ajudaria na superação de determinados obstáculos ao crescimento econômico postos por governos intervencionistas, em contraposição à *sand-the-wheels hypothesis*, segundo a qual, mesmo em países de instituições fragilizadas, a corrupção seria sempre um *custo* adicional, um entrave ao desenvolvimento econômico⁹⁷.

Da mesma forma, outro estudo, “Can corruption ever improve an economy?”, de Douglas A Houston, busca resgatar as conclusões de autores como Leff (1964) e Huntington (1968) para respaldar, por meio de testes empíricos, alguns dos supostos benefícios da corrupção para o crescimento econômico de determinados países, apresentados pelos referidos autores há mais de 50 anos⁹⁸.

Para tanto, Houston utiliza uma distinção entre *corrupção economicamente restritiva* e *corrupção economicamente expansiva*. Dessa forma, defende, como outrora defendido pelos autores supramencionados, que a *corrupção economicamente expansiva* – representada pelos atos corruptos que acabam por evitar a aplicação de *más políticas* são benéficas para o desenvolvimento dos países.

Sobre essa análise é relevante observar que a sugestão apresentada: diminuição da intervenção estatal na economia, poderia endereçar o problema somente em países em que a corrupção está presente basicamente nas relações entre agentes econômicos e burocratas do baixo-escalão. Em países como o Brasil que o fenômeno está enraizado nas relações de poder entre agentes econômicos e políticos, inclusive na confusão entre esses

to the theoretical work of Shleifer and Vishny (1993). Their model generates an ambiguous answer to whether or not corruption increases or decreases welfare in the presence of costly regulation. We find no evidence that corruption is ever good for growth. Instead, we find support for the weak form of the grease-the-wheels hypothesis. The welfare cost of corruption is lower in the presence of regulation, but never positive.” JOHNSON, Noel D.; RUGER, William; SORENS, Jason; YAMARIK, Steven. *Corruption, regulation, and growth: an empirical study of the United States*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013.

⁹⁷ “The debate on the impact of corruption on economic performance goes beyond a “moralistic view” that unequivocally condemns corruption. The moral judgement on corruption may bias the understanding of its economic consequences. One strand of the literature argues that corruption may take place in parallel with a low quality of governance and can, therefore, reduce the inconvenience of such low quality. This is the “grease the wheels” hypothesis. Another strand stresses that although bribery may have benefits if the quality of governance is low, it may as well impose additional costs in the same circumstances. The existence of such costs provides a rationale for the “sand the wheels” hypothesis. MÉON, Pierre-Guillaume; SEKKAT, Khalid. *Does corruption grease or sand the wheels of growth?* Public Choice (2005) 122, p.71.

⁹⁸ HOUSTON, Douglas A. *Can corruption ever improve an economy?* Cato Journal, Vol. 27, No. 3, 2007.

dois grupos, é difícil supor que a diminuição da intervenção estatal por si só seria capaz de endereçar o problema.

Ademais, embora ainda sejam poucos os artigos que *revivam* a ideia de que a corrupção seria um *mal necessário* em determinados países e sob determinadas circunstâncias, o movimento causa espanto. Além disso, nos põe em alerta para o fato de que alguns anos de implementação de políticas anticorrupção ineficientes (por não endereçarem as causas estruturais do problema) mais do que não combaterem o fenômeno, acabam por permitir o ressurgimento de teorias que podem nos fazer retroagir nas conquistas do movimento anticorrupção das últimas décadas.

Da mesma forma, a ineficiência gerada por replicações não adaptadas de programas de conformidade e governança corporativa dos países desenvolvidos, para países em desenvolvimento, como o Brasil, pode servir para o surgimento de movimento semelhante no futuro próximo: não faltarão *estudos empíricos* que busquem comprovar a relação entre a implementação de regras e procedimentos custosos e ineficientes e eventual impacto negativo no resultado financeiro das companhias.

4. A corrupção como um problema de ação coletiva

Mariana Mota Prado, em seu artigo “*Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: lessons from the Brazilian case*”, introduz uma interessante perspectiva a respeito da percepção da natureza do fenômeno e das soluções formuladas para o seu tratamento.

Sobre a natureza jurídica da corrupção, a autora afirma que a literatura que se dedica à análise da corrupção comumente⁹⁹ identifica o fenômeno como um problema de *custo de agência*, de modo que a razão central da prática do ilícito e sua propagação nas sociedades estaria na relação entre principal e agente, em que o principal, supostamente

⁹⁹ Dentre os defensores dessa corrente doutrinária: BECKER, G.S. *Irrational behavior and economic theory*. Journal of Political Economy, 70, 1-13, 1962; COOTER, R. & ULEN, T. *Law and Economics* (6th ed.). Pearson Series in Economics, 2012; GAROUPA, N. *Behavioral economic analysis of crime: A critical review*. European Journal of Law & Economics, 15, 5-15, 2003, *apud* PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. The Quarterly Review of Economics and Finance 62 (2016), 56-65.

idôneo, ver-se-ia mal representado pelo agente, que, ao invés de agir de acordo e dentro dos limites dos poderes outorgados pelo principal, agiria de forma corrupta, orientado por interesses individuais. Sob essa perspectiva, a corrupção existiria na seara legislativa, por exemplo, em razão da falha de representatividade entre os eleitores (principal) e os políticos (agentes), que, ao invés de agirem em conformidade com os poderes que lhes foram outorgados, agiriam norteados por interesses pessoais.

Dessa percepção do fenômeno decorrem propostas de remédios voltadas ao empoderamento do poder de fiscalização do agente pelo principal, à diminuição do limite de discricionariedade da atuação do agente, ao agravamento das punições individuais do agente, entre outras medidas largamente conhecidas.

Por outro lado, Mariana Mota Prado aponta que tem crescido o número de estudiosos que identificam a corrupção não meramente como um problema entre *agente e principal*, mas como um problema de *ação coletiva*¹⁰⁰.

Segundo essa corrente doutrinária, a razão central para a propagação do fenômeno da corrupção estaria na percepção coletiva de que se trata de um mal generalizado. Explica-se. Em um contexto em que os indivíduos têm a percepção de que todos agem de forma corrupta, agindo racionalmente, se comportarão da mesma forma. Sob a expectativa generalizada de que todos os indivíduos irão agir de forma corrupta, não há incentivos para que alguns, ao contrário dos demais, ajam de forma idônea.

Nesse contexto, em comparação com o *problema da ação coletiva* identificado pela doutrina em outras searas, como na utilização de bens comuns escassos por diversos grupos de indivíduos, analisada por Ostrom¹⁰¹, a saída para a diminuição da corrupção seria propor soluções que incentivassem que o comportamento individual fosse orientado

¹⁰⁰ Dentre os defensores dessa corrente doutrinária: MUNGIU-PIPPIDI, A. *Contextual choices in Fighting corruption: Lessons learned*. Oslo: Norad. Report. No. 4/2011; PERSON, A. ROTHSTEIN, B. &TEORELL, J. *Why anticorruption reforms fail - Systemic corruption as a collective action problem*. Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions, 26(3), 449-471, 2013; SANCHEZ, F. J. *A Armadilha política: A corrupção como problema de ação coletiva*. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: Improbidade Administrativa, 5, 11-30, 2015 (Tradutor: Affonso Ghizzo Neto) *apud* PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. The Quarterly Review of Economics and Finance 62 (2016), 56-65.

¹⁰¹ OSTROM, Elinor. *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*. Nobel Prize Lecture, 2009.

em prol do interesse coletivo, de modo a *neutralizar* o instinto pela adoção de um comportamento egoísta, adotado sob a premissa de que os demais *participantes do jogo* também irão se comportar de forma egoísta e inidônea.

Outra importante e útil perspectiva do fenômeno da corrupção é apresentada como o *segundo nível do problema da ação coletiva*. Sob essa perspectiva, um dos entraves à implementação de políticas efetivas contra a corrupção seria a resistência apresentada por determinados grupos não interessados nas mudanças propostas. A ausência de interesse estaria ligada ou ao receio de diminuição de poder ou à perda dos benefícios gerados pela corrupção ao determinado grupo.

Nesse sentido, instituições competentes para investigar e punir crimes contra a administração resistiriam às reformas caso essa competência fosse transferida a um outro órgão (novo ou já existente). Por outro lado, grupos beneficiados pela corrupção - como elites econômicas e políticas participantes da estrutura existente, não teriam incentivo nenhum para apoiar, aprovar ou implementar mecanismos que alterem as estruturas de poder permissivas da *confusão* entre público e privado e cooptação do poder político pelo poder econômico.

Nesse sentido, à vista de nossa realidade política, depender da aprovação de projetos revolucionários para a implementação de um plano anticorrupção efetivo pode ser uma utopia. No entanto, o direito não pode sucumbir à realidade e assumir como insolúvel um problema posto pela sociedade. Há de se descobrir mecanismos que, ainda que sutilmente, consigam promover as mudanças necessárias¹⁰².

Dessa forma, como sugerido por Mariana Mota Prado, pequenas alterações sucessivas na forma de endereçamento do fenômeno da corrupção podem surtir efeito. Dois exemplos apresentados pela autora advêm da Lei Anticorrupção: (i) o incentivo à colaboração para as investigações por parte de agentes econômicos, por meio da

¹⁰² “Portanto, em princípio são danos potencialmente não-indenizáveis, o que coloca as instituições jurídicas e judiciais do Estado-nação contemporâneo, do modo como foram concebidas e hoje se encontram estruturadas, com jurisdição territorialmente circunscrita, diante do desafio quase intransponível de ter de se reformular radicalmente para tentar criar alternativas institucionais, almejar oferecer respostas nacionais para questões de alcance global e conseguir neutralizar e/ou enfrentar esses problemas com um mínimo de efetividade.” FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica, Direito e Conjuntura*. São Paulo, Saraiva, 2ª ed. 2010.

permissão de celebração de acordos de leniência somente pelos primeiros denunciadores - para endereçar o problema da corrupção sob a perspectiva de ação coletiva; e (ii) a atribuição da competência para investigação e penalização a diversas instituições - para endereçar o problema da corrupção sob a perspectiva da ação coletiva de segundo nível.

Nesse sentido, garantindo-se um benefício ao agente econômico que romper a inércia da relação corrupta entre agentes econômicos e políticos, superar-se-ia o obstáculo do dilema do prisioneiro: um agente econômico poderia sim agir de forma racional ao autodenunciar-se, uma vez que, em o fazendo antes dos demais participantes da prática ilícita, colocar-se-ia em situação mais benéfica do que se continuasse a participar da prática, correndo o risco de outro participante adiantar-se na denúncia.

É verdade que a solução apresenta limitações. Situações de concentrado poder econômico e forte estrutura cartelista, os agentes econômicos encontram-se em tamanho alinhamento de interesses e previsibilidade de comportamento que é muito difícil que, sem haver um mínimo risco de descoberta da prática corrupta por parte das autoridades, um dos agentes rompa com *pacto* e comporte-se de forma diferente dos demais, denunciando a conduta às autoridades competentes. De todo modo, esta solução, aliada a um incremento da capacidade estatal em investigar e punir a prática de ilícitos, pode contribuir para a diminuição do fenômeno.

Da mesma forma, a atribuição de competência para investigação e sanção da corrupção a diversos órgãos públicos, ao invés de suprimir a competência de um órgão ineficiente e atribuí-la a outro, é uma estratégia que permite a aprovação de medidas que incrementam o combate à corrupção.

Como demonstrado no Capítulo I, a experiência trazida pela Lei Anticorrupção de multiplicidade de instituições responsáveis pelo combate ao fenômeno tem revelado a colaboração entre os órgãos, a troca de informações e a complementariedade das atuações, seja sob a perspectiva preventiva seja sob a perspectiva sancionadora.

Essa análise da corrupção como um problema de ação coletiva, de primeiro e segundo níveis, contribui de forma relevante para a construção das soluções propostas na Segunda Parte desse trabalho. Isso pois, conclui-se que se deve levar em consideração,

na formulação dos programas de conformidade e regras de governança corporativa: os incentivos necessários para o rompimento do status atual - em que há percepção de que a corrupção é generalizada e, eventualmente, os grupos de indivíduos responsáveis pela sua implementação podem, atualmente, beneficiar-se das estruturas de poder existentes, também não dispendo de incentivos para alterá-las.

A resposta a essas questões, como se detalhará no Capítulo IV não necessariamente corresponde às propostas apresentadas para a solução do problema na perspectiva das legislações anticorrupção. Um exemplo é com relação à atribuição de competência para tratamento da corrupção a mais de um órgão. Se, por um lado, pode-se afirmar que essa técnica permitiu a aprovação da Lei Anticorrupção, bem como a colaboração entre órgãos, incremento das investigações e potencial aumento das penalizações. Por outro, a ausência de concentração da competência fiscalizatória pode representar uma das maiores fragilidades de um sistema de controle interno das companhias.

Explica-se. No ambiente interno às companhias, a descentralização das competências acaba por enfraquecer um importante mecanismo para eficácia do programa de controle: a responsabilização dos indivíduos competentes pela fiscalização, ante uma falha na detecção e prevenção de irregularidades.

Se há múltiplos órgãos com competências sobrepostas de acompanhamento da regularidade das transações realizadas pela companhia, detecção de fraudes e reporte de ilegalidades, dificilmente será possível individualizar condutas para imputar a responsabilidade pelas falhas apresentadas.

Essa realidade não encontra paralelo na administração pública: não há sequer essa análise de “falha” na atuação de órgãos persecutórios quando se identifica a prática de um ilícito. Isso pois, quando identificados, não há que se falar em falhas, e quando não o são, na maioria dos casos, não há como apontar um *responsável* pela ausência da identificação da irregularidade.

Isso pois, na esfera pública, a persecução e aplicação de sanções pela prática de atos de corrupção por agentes privados nem sempre está relacionada à realização de um

ato de autoridade pública sujeito ao controle obrigatório de regularidade por determinado órgão. Há relações jurídicas evitadas de ilegalidade que, por sua natureza, não contam com a supervisão e chancela de órgãos de controle¹⁰³.

Soma-se a essa ausência de *incentivo ao cumprimento de obrigações por meio sancionatório* a existência de um incentivo interno ao não cumprimento das obrigações: a forma de indicação dos membros que compõe os órgãos de fiscalização das companhias.

Atualmente, os órgãos de controle das companhias são majoritariamente compostos por membros indicados pelo acionista controlador e/ou por membros da administração que foram indicados pelo acionista controlador.

Nesse contexto, a balança se equilibra entre o *interesse em eximir-se de responsabilidade por falha no exercício de suas competências* e o interesse em *não se indispor com o indivíduo ou grupo que o indicou para o cargo*. Qualquer enfraquecimento do incentivo ao primeiro peso da balança, poderá tender a um desequilíbrio indesejado: a ausência de controle efetivo dentro das companhias.

Outra contribuição para o desenvolvimento das respostas estruturais para a corrupção empresarial é a identificação de que se faz necessário romper com a inércia dos agentes econômicos que, como dado fático, veem na corrupção um fenômeno generalizado no país.

Portanto, implementar estruturas que, inevitavelmente, representam um custo adicional imediato a ser suportado pela companhia, sem que isso reverta imediatamente a um benefício verificável não será um passo *espontaneamente* adotado pelos detentores do poder para implementar reformas.

Há, portanto, que se prever os referidos incentivos. Se há algo que se pôde absorver da análise da teoria econômica da corrupção é que se pretendemos propor

¹⁰³ Essa análise não é aplicável às atividades de Tribunais de Contas e Controladorias, que em muito se aproximam da figura do conselho fiscal proposto na Segunda Parte desse trabalho. Isso porque esses órgãos têm como competência de ofício analisar a legalidade dos atos praticados pela administração sob sua supervisão. Bem como estabelecer mecanismos que possibilitem a identificação de fraudes e falhas nos procedimentos de controle. Diferentemente dos Ministérios Públicos, Polícia Federal e Judiciário que agem, na maior parte das vezes, por provocação.

soluções efetivas para um dado problema, não podemos ignorar a realidade em que a solução será implementada.

Dessa forma, estruturas de promoção de padrões mínimos de governança corporativa pautadas em modelos de *soft law* como *comply or explain* apresentam-se como soluções incompletas, pois não consideram a real ausência de incentivo econômico na adoção das recomendações previstas pelos agentes detentores do poder para implementar reformas¹⁰⁴.

Não é também pela simples transformação de recomendações em leis cogentes que se endereçará de forma efetiva o problema. Isso pois a transformação de recomendações de um determinado padrão de governança em leis cogentes padece do mesmo problema dos tratados internacionais anticorrupção: pressupõe que a realidade de todas as empresas (países – para o caso dos tratados) é igual, inadmitindo adaptações necessárias para a efetividade do arcabouço normativo proposto.

Dessa forma, uma possível saída que se apresenta para o dilema é criar incentivos econômicos para a introdução de reformas que introduzam sistemas efetivos de controle interno da legalidade dos atos praticados pela companhia. Mas quais poderiam ser esses incentivos?

Da análise da legislação anticorrupção, identificamos que o sistema de prevenção à lavagem de dinheiro, que instituiu a obrigação de determinados agentes econômicos (sobretudo ligados ao sistema financeiro) de cadastrar clientes e operações e reportar às autoridades suspeitas do cometimento de ilícitos tem se apresentado eficaz.

Isso pois agentes econômicos (com interesses econômicos) são *incentivados* (por meio de sanções relevantes) a identificar operações realizadas por outros agentes econômicos, para os quais se presta serviços, que possam configurar prática de lavagem de dinheiro.

¹⁰⁴ As críticas ao modelo de *comply or explain* encontram-se detalhadas no Capítulo III deste trabalho, tópico 4.1.

Dessa forma, independentemente de qualquer julgamento moral, as entidades obrigadas pela Lei de Lavagem de Dinheiro a reportar às autoridades atos suspeitos do cometimento de ilícitos acabam por racionalmente optar por não assumir o risco de realizar transações com contrapartes suspeitas. Essa situação acaba por dificultar significativamente a realização de transações por indivíduos e entidades que, de forma conhecida ou suspeita, se envolvam com a prática de atos ilícitos, dificultando, por exemplo, a capacidade de obtenção de financiamento por tais entidades.

Esse mecanismo, por outro lado, não depende da generalização dos tratamentos propostos para solução do problema: o que se gera é um incentivo para o atingimento do objetivo posto, não se impõe uma solução padrão para alcançá-lo.

Assim, menos incompleto do que se confiar em soluções de *soft law* e mais efetivo do que se adotar normas cogentes¹⁰⁵ que generalizam mecanismos para solução de problemas, é criar incentivos econômicos para que os próprios agentes implementem mecanismos que permitam alcançar os objetivos propostos.

5. Conclusão

A teoria econômica da corrupção, originada em meados da década de 1960, propõe uma análise *moralmente isenta* do fenômeno da corrupção. Dessa forma, buscou-se superar o *preconceito* que envolve o tema, para identificar se, sob determinadas circunstâncias, a corrupção traria efeitos positivos ou negativos para o desenvolvimento econômico de um país.

Da análise da evolução dessa teoria depreende-se que tanto os estudos conduzidos no início da década de 1960, que preconizavam a existência de *benefícios* da corrupção para o desenvolvimento econômico de países subdesenvolvidos, tanto os estudos conduzidos a partir do final da década de 1970, que - em conclusão diametralmente oposta, passaram a identificar a corrupção como um *obstáculo* para o desenvolvimento econômico das nações subdesenvolvidas, foram (i) influenciados pelo contexto histórico

¹⁰⁵ A respeito da adoção de modelos normativos cogentes ou dispositivos, bem como da alternativa pela adoção de multiplicidade de regimes pelos diferentes países, na composição normativa do direito societário ver “Lei ou contrato em assuntos societários”, “normas cogentes ou dispositivas” in KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 60 e ss.

em que se inseriam e por grupos de interesses específicos; e (ii) conduzidos por observadores externos aos países objeto de análise.

A esse respeito observa-se que os primeiros autores da teoria econômica da corrupção estavam fortemente influenciados pelo contexto da Guerra Fria, de modo que a análise por eles apresentada representava uma *justificativa* para o apoio dos países capitalistas desenvolvidos às ditaduras instaladas na América Latina, sob o fundamento de que seriam um *estágio* a ser superado pelos referidos países até que se tornassem *democracias liberais maduras*.

Por outro lado, os autores mais recentes da teoria econômica da corrupção iniciaram o movimento pela proliferação de *padrões internacionais* de legislação anticorrupção, sob forte influência de investidores estrangeiros, interessados em garantir maior segurança e menor custo para os seus investimentos nos países subdesenvolvidos.

Quando se identifica que os autores das propostas que culminaram na adoção de padrões internacionais de combate à corrupção por países da América Latina foram altamente influenciados pelos interesses privados de investidores estrangeiros, deve-se olhar de forma mais atenta se esses interesses correspondiam ou não com os interesses locais, ou até mais, se as soluções propostas seriam adequadas e suficientes para endereçar os problemas apontados, em um contexto completamente diverso daquele dos países desenvolvidos.

Não se trata de desconfiar *a priori* das soluções propostas única e exclusivamente em decorrência da identificação de seus autores. Trata-se, porém, de uma percepção da realidade: muito se avançou em termos de positivação interna dos padrões internacionais de combate à corrupção, no entanto, não há constatação de efetiva melhora no controle da corrupção.

A despeito da real intenção que pautou os protagonistas desse movimento internacional anticorrupção, fato é que as legislações anticorrupção por si só não têm sido suficientes para controlar o fenômeno: é dessa forma que soluções em direito societário, que partam do pressuposto de que alterações nas estruturas das relações de poder precisam ser realizadas, podem em muito contribuir para o cenário.

É exatamente nesse contexto que a formulação de políticas supostamente globais aplicáveis a todos os países falha. Isso porque estão desconectadas da realidade de cada nação, não endereçam os reais problemas enfrentados localmente e, portanto, não são capazes de afetar as estruturas do fenômeno.

Da mesma forma como os tratados internacionais e a replicação de legislações nacionais anticorrupção não são suficientes e adequadas para solucionar o problema de corrupção de forma padronizada em todos os países que se submetem a elas, as chamadas regras de conformidade e governança corporativa também não o são.

Deve-se sim aproveitar o conceito geral trazido: é necessário e possível, por meio de alteração das regras de composição, funcionamento e competência dos órgãos internos das companhias criar um ambiente menos propício à corrupção.

Entretanto, não se atentar às diferentes estruturas de poder e de formação dos mercados nos países para a formulação de regras é, novamente, ignorar que as premissas são diferentes em cada país e, portanto, as soluções propostas também deveriam sê-lo.

Reforça-se esse pensamento ao nos depararmos com o ressurgimento de estudos e trabalhos empíricos que buscam fundamentar o argumento de que, em determinados países e sob determinadas circunstâncias, reformas para diminuir a intervenção estatal na economia devem se sobrepôr às reformas para diminuir a corrupção, em um ressurgimento do debate da *grease-the-wheels hypothesis* versus *sand-the-wheels hypothesis*.

Defende-se que tal ressurgimento de um suposto benefício da corrupção para o crescimento econômico, sobretudo em países de governo intervencionista, pode estar ligado à ineficiência das políticas anticorrupção implementadas nos países desenvolvidos. Ora, fossem essas legislações construídas com base na identificação das estruturas locais do complexo fenômeno da corrupção, talvez passadas duas décadas de sua adoção já pudéssemos vislumbrar resultados positivos da diminuição do fenômeno, de modo a coibir o ressurgimento de tais teorias.

Trata-se, portanto, de importante ponto de partida tratar a corrupção como efetivamente é: um fenômeno mais complexo e multifacetado do que as críticas simplistas se propõe a revelar ou analisar, cujo tratamento também exige complexidade, reestruturação e esforço intelectual para propor soluções aderentes à realidade, passíveis, ainda, de transformação constante, como o tratamento efetivo do tema exige.

Constata-se, ainda, que os modelos propostos por teóricos da teoria econômica da corrupção por vezes são norteados por um ideal inatingível: a erradicação da corrupção. Tal ideal não é alcançável porque os custos incorridos para alcançá-lo (se é que é possível) iriam, indubitavelmente, ultrapassar os benefícios de sua eliminação – haja vista não ser um objetivo absoluto¹⁰⁶.

Por fim, outra contribuição da análise literária feita neste capítulo é a percepção de que a formulação de propostas para endereçamento do problema pelas companhias brasileiras deve, necessariamente, contar com a identificação das relações de poder existentes. Deve-se, para além de replicar modelos internacionais de programas de conformidade baseados exclusivamente na análise do problema sob uma perspectiva de conflito de agência (relação entre agente e principal), propor soluções que contemplem a conjuntura da realidade em que se inserem e enderecem o fenômeno também sob a perspectiva de um problema de ação coletiva.

¹⁰⁶ “The interesting conclusion that this model proposes is that moralist idea of reducing corruption to zero is unachievable. The only feasible action is to reduce the incentives for officials to be corrupt because the costs of bringing this risk to zero would probably outweigh its benefits. Another conclusion, and the one that is most interesting to this work is the idea that ‘eliminating corruption makes no sense if the result is a rigid, unresponsive, autocratic government.’ PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004, p. 64.

PARTE II – O TRATAMENTO ESTRUTURAL-ORGANIZATIVO DA CORRUPÇÃO EMPRESARIAL

CAPÍTULO III - PREMISSAS PARA FORMULAÇÃO DE INSTRUMENTOS ESTRUTURAIS-ORGANIZATIVOS PARA PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO PELAS COMPANHIAS

A análise da teoria econômica da corrupção contribuiu de forma relevante para a formulação de propostas para o tratamento do fenômeno da corrupção pelo direito societário, por meio de mudanças estruturais que permitam o reequilíbrio das relações de poder internas às companhias brasileiras.

Em suma, as contribuições resumem-se nos seguintes principais itens: (i) identificação do bem jurídico que se visa tutelar por meio do combate à corrupção; (ii) vinculação necessária entre as propostas formuladas e a identificação das especificidades de seus destinatários; (iii) necessidade de atualização e reformulação constante das propostas; (iv) necessidade de criação de mecanismos de incentivo para a efetiva implementação das propostas sugeridas (de modo a endereçar a corrupção também sob seu aspecto de problema de ação coletiva); e (v) proporcionalidade das medidas sugeridas, ante os objetivos que pautaram sua proposição.

A seguir, detalharemos de que modo a análise contida na Primeira Parte deste trabalho, que resultou nas premissas indicadas acima, orientou a formulação das propostas indicadas na Segunda Parte, bem como como a observância e o *teste de proporcionalidade* de medidas propostas para estrutura um programa de conformidade podem contribuir para a sua efetividade.

1. Finalidade última dos programas de conformidade

Primeiramente, a análise da evolução da literatura penal a respeito do bem jurídico que se visa tutelar por meio do combate à corrupção nos levou a concluir que, atualmente, a doutrina converge no entendimento de que a tipificação do crime de corrupção (e ilícitos correlatos) tem por finalidade última tutelar a *capacidade funcional do Estado Democrático de Direito*.

A identificação da *razão* de existência de um sistema criado para prevenir e combater a corrupção e a verificação constante de se as propostas sugeridas atendem ou não a essa finalidade última é essencial para o primeiro *teste* de adequação das medidas a serem formuladas. Não se pode cometer o equívoco de desassociar a formulação das propostas para compor o sistema de prevenção e combate à corrupção da razão principal de sua criação.

O principal propulsor desse *distanciamento* é a substituição da finalidade última de criação do arcabouço normativo anticorrupção (interesses tutelados) como norteador da formulação das propostas, por determinadas *técnicas* originalmente concebidas para endereçar o fenômeno dentro de uma determinada realidade.

Explica-se. É natural que ante a criação de um plano para atingimento de um objetivo principal (no caso do sistema de combate à corrupção - a tutela da capacidade funcional do Estado Democrático de Direito), sejam identificados objetivos menores, o que chamaremos de “*sub objetivos*”, a serem perseguidos no âmbito daquele plano especificamente criado dentro de um contexto singular, para, finalmente, atingir de forma efetiva o objetivo principal.

Com o passar do tempo, ante a evolução das discussões, estudos e legislações para implementação do *plano* formulado, não são raras as situações em que tamanha é a importância conferida a um determinado *sub objetivo* que, de forma equivocada, este passa a *substituir* o objetivo principal originalmente identificado.

Quando se comete esse equívoco, passa-se a nortear a criação de sistemas anticorrupção não mais com base em sua *razão* de existência, mas com base em técnicas e instrumentos concebidos, com base em uma realidade e contextos específicos originalmente propostos como *meios* para atingir um objetivo principal, sob a premissa

de que os *sub objetivos* perseguidos (ao invés do objetivo principal) seriam universalmente os mesmos.

Um exemplo desse equívoco na formulação das legislações anticorrupção é a presunção de que a diminuição de incentivos aos agentes públicos de baixa hierarquia para aceitarem propinas seria uma finalidade em si mesma, a ser perseguida por todos os sistemas anticorrupção adotados ao redor do mundo.

Essa técnica, no entanto, representa um *sub objetivo* formulado por observadores e especialistas no combate à corrupção em países cujo fenômeno se concentra majoritariamente na burocracia estatal, de modo que medidas como o aumento de salários ou a diminuição do poder de discricionariedade dos agentes públicos, nesse contexto específico, poderiam ser, de fato, meios efetivos para a redução dos índices de corrupção.

Se, por outro lado, replicam-se esses meios ou formulam-se técnicas novas unicamente para alcançar o *sub objetivo* supramencionado em países cuja estrutura de poder político e econômico fazem do problema da corrupção algo ligado à própria composição do governo e formulação das normas, o aumento de salário de agentes públicos e a diminuição de seu poder de discricionariedade, para além de não contribuírem para a redução da corrupção, ao longo dos anos, podem causar relevantes impactos negativos em outras searas, como, por exemplo, no equilíbrio das contas públicas e na eficiência da burocracia estatal.

Esse desequilíbrio entre os (*insignificantes*) benefícios trazidos pela implementação das referidas estratégias, de um lado, e os (*relevantes*) prejuízos causados em outras searas, por outro, com o tempo, poderão levar a conclusão de que o referido sistema anticorrupção, nos moldes tal qual proposto, é prejudicial ao desenvolvimento do país.

Nesse caso, diferentemente do que poder-se-ia supor, não é o combate à corrupção que pode ser prejudicial ao desenvolvimento econômico de um país de realidade diversa, mas a perseguição dos *sub objetivos* inadequados.

No âmbito do direito societário, o desenvolvimento recente de *padrões* de governança corporativa e de programas de conformidade tem demonstrado que os referidos sistemas padecem do mesmo problema identificado com relação às legislações anticorrupção.

Como detalhado no capítulo seguinte, a finalidade última dos programas de conformidade, por vezes estruturados por meio de regras de governança corporativa, é o reequilíbrio das relações de poder internas à companhia, para manutenção de um sistema de controle efetivo apto a identificar e prevenir o cometimento de ilícitos pela companhia, dentre eles, atos de corrupção.

Dessa forma, algumas regras comumente replicadas por diversas companhias, por vezes em razão de regulamentação nesse sentido, como por exemplo a criação de códigos de conduta, políticas de treinamento, passam a ser entendidas como finalidades em si mesmas. Quando, na realidade, são *meios* propostos em um determinado contexto para atingir a finalidade última: criação de um ambiente menos propício ao cometimento de ilícitos (dentre eles, atos de corrupção).

Conclui-se, portanto, ser de extrema relevância ter em mente no momento da formulação das propostas para tratamento estrutural da corrupção empresarial (i) qual o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção, incluído nessa definição o feixe de interesses que se visa proteger; e, em última análise (ii) qual a finalidade da criação de programas de conformidade. Qualquer medida que não leve em consideração essas premissas, pode não ser *adequada, necessária* ou *proporcional em sentido*, conforme detalhado no penúltimo tópico deste capítulo.

2. Vinculação entre as soluções propostas e características de seus destinatários

A vinculação necessária entre as formulações propostas para tratamento estrutural da corrupção empresarial e a identificação da realidade em que se encontra o seu destinatário é premissa que, apesar de parecer óbvia e ser comumente levantada pelos autores críticos da replicação mecânica de *modelos internacionais* de legislação, continua a ser uma premissa não observada em diversos movimentos internacionais pela propagação de proteção de direitos das mais variadas naturezas.

Da mesma forma como ocorreu com as legislações anticorrupção, é crescente o fenômeno de replicação acrítica de *padrões* de governança corporativa e de programas de conformidade pelas empresas ao redor do mundo.

Os objetivos são louváveis: a garantia de regras previsíveis, a preocupação com a manutenção de um ambiente de negócios probo e a preservação de direitos mínimos dos investidores. Entretanto, o alcance desse objetivo em mercados e por empresas tão distintas pode e deve se dar por *meios* diversos. Não há, portanto, como padronizar as técnicas a serem adotadas por todos.

Conclui-se, portanto, que outra importante premissa a ser observada na formulação de repostas estruturais para a corrupção empresarial é abster-se de replicar indistintamente os modelos adotados em outros países sem análise crítica de sua aplicabilidade em um contexto potencialmente diferente.

3. Atualização constante das propostas sugeridas

Como decorrência da premissa anterior, é de extrema relevância a constante atualização das formulações propostas, de modo a acompanhar as transformações no contexto e conjuntura em que os destinatários das regras propostas se inserem.

Para além de acompanhar transformações, a constante atualização das propostas formuladas é essencial ante a constatação de eventual necessidade de realização de novos *testes de proporcionalidade* (detalhados a seguir) diante da identificação de *efeitos adversos* advindos da implementação das propostas que, porventura, não tenham sido previstos ou contemplados no momento de sua formulação.

O artigo “*Who bleeds when the wolves bite?*” de Leo E. Strine¹⁰⁷ apresenta uma interessante ilustração para essa situação, por meio da análise de como o mercado acionário norte-americano reagiu às normas de governança corporativa implementadas para endereçar o problema de conflito de agência: descompasso entre os interesses dos

¹⁰⁷ STRINE, Leo E., Jr. *Who Bleeds When the Wolves Bite?: A Flesh-and-Blood Perspective on Hedge Fund Activism and Our Strange Corporate Governance System*, 126 Yale L.J. 1870 (2017).

acionistas, *proprietários* em uma concepção tradicional, e os administradores, incumbidos da *gestão* da propriedade alheia.

O artigo revela que mecanismos de empoderamento dos acionistas, frente ao poder dos administradores, ao invés de proteger o interesse do acionista de conservação e maximização de sua propriedade (a companhia), como se pretendia à época da formulação dos referidos instrumentos, acabaram por permitir a manipulação da administração das empresas por investidores especuladores, com interesses de curto prazo e pouquíssimo comprometimento com a perpetuação da empresa e conseqüente desenvolvimento da economia nacional.

Sob essa perspectiva, o autor busca demonstrar que os cidadãos americanos, de maneira geral, acabam sendo duplamente prejudicados pela manipulação das regras de governança originalmente propostas para proteger os acionistas e a empresa: (i) por não usufruírem dos altos lucros auferidos pelos chamados *hedge funds*; e (ii) por terem sua principal fonte de renda (salários) comprometidos por meio da influência desses *hedge funds* na administração das grandes companhias. Isso pois as companhias, em decorrência da referida influência, passaram a adotar medidas que podem comprometer a sua perpetuação e crescimento no longo prazo, de modo a impactar negativamente em sua capacidade de gerar empregos e manter salários e benefícios aos empregados.

Segundo o autor, os chamados “*human investors*”, que seriam a grande maioria dos cidadãos americanos, não investem diretamente nas empresas listadas e o fazem por meio de fundos de pensão e seguro, os quais, por sua vez, têm investido cada vez mais em “*hedge funds*”, menos expostos à regulação estatal e geridos por “*money managers*” que são influenciados para gerir em busca de especulação e ganhos de curto prazo.

Esses lucros de curto prazo não são aproveitados pelos “*human investors*” que têm seus investimentos vinculados a uma carteira de longo-prazo, não resgatável a qualquer momento (o que não os permite usufruir de grandes bolhas especulativas) e, sobretudo, têm a maior parte de sua renda atrelada ao recebimento de salário e não a dividendos pagos por seus investimentos no mercado de capitais. O salário, por sua vez, resta comprometido quando as empresas para qual trabalham são geridas sob uma perspectiva de curto-prazo.

Ante essa percepção, o autor revela o quão prejudicial é o ativismo exercido pelos chamados “*money managers*” e demonstra que as soluções de governança corporativa tradicionais, que tinham como objetivo mitigar os custos de agência entre os administradores e os acionistas, frente uma visão tradicional do descolamento entre a propriedade e a administração das empresas, apresentada por Berle e Means¹⁰⁸, não são capazes de mitigar o descompasso de interesses entre os “*money managers*” que representam os “*human investors*”.

Essa realidade se constata uma vez que as prerrogativas dadas aos acionistas por regras de governança para que eles se contraponham ao poder da administração, estão sendo, na verdade, exercidas pelos “*money managers*” e não pelos beneficiários finais das ações, os que representariam efetivamente a figura de “acionista” na concepção tradicional.

Dessa forma, depreende-se a necessidade de constante verificação de se as propostas formuladas originalmente com base em determinadas premissas estão, de fato, alcançando os objetivos a que se propõe e se continuam *proporcionais* frente aos efeitos adversos que dão origem.

Conclui-se, portanto, que as propostas formuladas para o tratamento estrutural organizativo da corrupção empresarial devem se manter sob constante revisão, a fim de permitir sua pronta adaptação, correção ou supressão, conforme a análise dos resultados de sua aplicação nos casos concretos apontar.

4. Incentivos para implementação das soluções propostas: entre a cogência da norma e a flexibilidade na adaptação e atualização

Tanto a necessária vinculação das propostas formuladas com as características específicas da realidade estrutural que pretende endereçar, como a necessidade de constante revisão e adaptação das propostas formuladas acabam por direcionar para a formalização das regras por um meio que permita certa flexibilidade.

¹⁰⁸ BERLE, A.; MEANS, G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 1932.

Essa necessidade de *flexibilidade* e constante *adaptação* é por muitos entendida como uma necessária adoção das referidas medidas por meio alternativo à legislação positivada. Isso pois entende-se que se a implementação das regras fosse necessariamente realizada por meio de leis, a demora e os vícios inerentes ao processo legislativo (como, por exemplo, o poder do *lobby*) representariam dificuldades para sua atualização constante¹⁰⁹.

Entende-se, entretanto, que a solução para esse *obstáculo* não está na promoção dos referidos modelos sob a forma de *soft law*. Isso pois, conforme já verificado pela experiência europeia¹¹⁰, por exemplo, não se pode *confiar* a implementação de medidas, sobretudo as que influenciam na alteração das estruturas de poder existentes, ao interesse dos responsáveis pela sua implementação em efetivamente realizá-las.

Nesse sentido, embora pudesse ser uma saída para garantir a *flexibilidade* (em termos de adaptação e atualização) necessária às propostas a serem formuladas, a ausência de vinculação das regras propostas encontraria um obstáculo no tratamento da corrupção também sob a sua perspectiva de problema de ação coletiva.

Isso pois ao identificar a prática da corrupção como decorrente do comportamento lógico do agente de mercado ante uma percepção de cometimento generalizado do ilícito, percebe-se que não há um incentivo *automático* para o rompimento desse círculo e superação dessa realidade. Dessa forma, normas meramente sugestivas, como são sistemas de *soft law* seriam comumente não observadas, revestindo todas as soluções propostas de pouca efetividade.

¹⁰⁹ ROSENBLUM, Steven A. *Hedge fund activism, short-terminism and a new paradigm of corporate governance*. 126 Yale L.J. F. 538 (2017).

¹¹⁰ Artigos interessantes já analisaram empiricamente sob que circunstâncias recomendações das comissões da União Europeia, um típico exemplo de *soft law* foram de fato implementadas pelos países-membros: FERRERO FERRERO, Idoya; ACKRILL, Robert. *Europeanization and the Soft Law Process of EU Corporate Governance: How has the 2003 Action Plan Impacted on National Corporate Governance Codes?* JCMS: Journal of Common Market Studies, 2016 Volume 54. Number 4. pp. 878–895. SOLTVEDT, Ida Folkestad. *Soft Law, Solid Implementation? The Influence of Precision, Monitoring and Stakeholder Involvement on Norwegian Implementation of Arctic Council Recommendations*. Arctic Review on Law and Politics, Vol. 8, 2017, pp. 73-94.

Importante notar, entretanto, que ainda que determinadas recomendações sejam emanadas pela União Europeia de forma vinculante, a sua implementação pelos países-membros se dá, por vezes, por meio de leis formais.

Ainda que se pudesse supor um *interesse comum* pela diminuição dos índices de corrupção, não há incentivo para que um agente *individualmente* rompa a inércia e as relações de poder atuais, para *voluntariamente* adotar medidas que poderiam contribuir para a redução da corrupção, caso os demais agentes econômicos também adotassem voluntariamente tais medidas.

Isso porque não há indícios para que o agente em questão possa supor que, ao adotar as medidas sugeridas, gozará de um benefício imediato não compartilhado pelos agentes que deixarem de adotar o referido padrão.

Se por um lado, deve-se permitir a construção de regras que enderecem uma realidade específica, por outro, a *adaptatividade* das propostas formuladas não pode ser acompanhada de um caráter não vinculante. Diante dessa constatação, aparentemente, haveria uma contradição entre a necessidade de (i) adaptação das normas aos diferentes contextos de aplicação e (ii) criação de incentivos para sua implementação.

É exatamente por essa razão que se questiona a efetividade de padrões de programas de conformidade e governança corporativa estruturados sob a forma de *comply or explain*, pelas razões detalhadas no tópico a seguir.

Faz-se, então, necessária a criação de um sistema normativo de incentivo à implementação de regras adaptáveis à realidade de seu destinatário, de modo que não sejam nem comandos objetivos e cogentes - por carecerem da adaptatividade necessária, nem meras *sugestões* a serem adotadas conforme a conveniência dos indivíduos responsáveis por sua implementação - por carecerem de incentivo à implementação.

Uma aparente solução para essa questão parece ser a adoção de sistema semelhante à legislação de prevenção à lavagem de dinheiro, em que se impõe a determinados agentes de setores relevantes para a lavagem de dinheiro (sistema financeiro, negociação de valores mobiliários, bens de luxo e alto valor, obras de arte, etc.) a obrigação de reporte de operações realizadas por terceiros que sejam *suspeitas* de lavagem de dinheiro, sob pena de serem objetivamente responsabilizados pela ausência de comunicação.

No âmbito do combate à corrupção pode-se prever a proibição de investimento em companhias condenadas pela prática do ilícito, obrigação de reporte de transações suspeitas (em complemento à lavagem de dinheiro), proibição de concessão de crédito, entre outras medidas que criem incentivos para que agentes privados exijam uns dos outros, para manutenção de suas relações comerciais, a implementação de medidas concretas que assegurem, com algum grau de assertividade, medidas de prevenção à corrupção.

Ressalta-se que não é objeto desse trabalho a análise minuciosa a respeito da melhor forma de positivação de incentivos para a implementação das propostas aqui formuladas (estas sim, objeto central da dissertação). Entretanto, mesmo no ato de formulação das propostas é importante levar em consideração a análise do fenômeno da corrupção sob a perspectiva de um problema de ação coletiva.

Desse modo, assim como ocorreu na Lei Anticorrupção, conforme apontado no capítulo anterior, é possível delinear as propostas de modo a criar algum incentivo para a sua implementação ou, ao menos, neutralizar algum aparente desincentivo, quando possível¹¹¹.

4.1. Limitações do mecanismo de “comply or explain”

O princípio de “*comply or explain*” foi originalmente concebido pelo que é reconhecido como *berço da governança corporativa*, o comitê de Cadbury, no Reino Unido, como uma medida para promover boas práticas pelas empresas evitando, no entanto, a adoção de legislação rígida que partisse da premissa de generalidade absoluta das normas, conhecida pelo termo “*one size fits all*”. O modelo surgiu, portanto, como contraponto à premissa de universalidade de padrões, que vem sendo tão questionado nas últimas décadas, justamente por não reconhecer que as normas, para ser efetivas, devem

¹¹¹ Da análise dos artigos produzidos por Mariana Mota Prado, pudemos identificar, por exemplo, que uma das razões para eventual grau de sucesso da Lei Anticorrupção se deve ao fato de não ter *suprimido* ou *reduzido* a competência de nenhuma autoridade / órgão originalmente competente para investigar ou punir agentes pela prática dos ilícitos. Desse modo, evitou-se a resistência de grupos que poderiam se sentir *prejudicados* caso tal supressão ou redução estivesse prevista no referido diploma legal.

endereçar os problemas advindos da realidade de cada um dos entes destinatários (sejam cidadãos de um país, sejam integrantes de uma companhia) ¹¹².

Com essa intenção de tentar compatibilizar a promoção para adoção de regras mínimas de governança corporativa com a necessidade de adaptá-las à realidade de cada empresa, diversos são os países que já adotam esse sistema para divulgação da adoção ou não de práticas mínimas de governança corporativa pelas companhias. Na União Europeia, por exemplo, o princípio de divulgação “aplique ou explique” com relação a códigos de governança corporativa produzidos por órgãos independentes é mandatório nos 28 Estados-membros.

Embora tenha, no início, aparentado ser uma solução equilibrada para o conflito entre *exigência de padrão mínimo de governança e adaptabilidade à estrutura e realidade de cada empresa*, diversos são os estudos que têm apresentado aparente ineficácia do sistema, seja do ponto de vista da efetiva adoção das práticas recomendadas, seja do ponto de vista da divulgação de explicações adequadas para não adoção ¹¹³.

Os artigos analisados a esse respeito apontam o mesmo problema para a ineficácia dos informes sob a sistemática “aplique ou explique”: na maior parte das vezes as companhias não adotam as práticas recomendadas e apresentam explicações pouco satisfatórias para sua não aplicação.

¹¹² “It seems hard to deny that a higher degree of comply or explain disclosure with a set of best practice recommendations in combination with a true desire to improve a firm's corporate governance structure can add value. The critical issue is how an outsider can verify this. One possibility could be to measure and carefully observe total external communication from a firm to its stakeholders. Another consideration is whether comply or explain disclosure is really followed up by action in combination with a professional approach in the boardroom. This clearly depends on the board members collective mindset. They must realize that best practice, which in some cases can be supported by academic research, actually adds value. **If corporate governance is only considered to be a mechanical tick-the-box exercise, the entire foundation for working seriously with the quality of corporate governance of the firm will be jeopardized.** However, in order to strengthen investor confidence, national code authorities/committees should be more active in **penalizing poor explanations and cases where firms wrongfully state that they comply with a specific recommendation.**” (grifos meus) ROSE, Caspar. *Firm performance and comply or explain disclosure in corporate governance*. European Management Journal 34, 202-222, Elsevier, 2016.

¹¹³ ROSE, Caspar. *Firm performance and comply or explain disclosure in corporate governance*. European Management Journal 34, 202-222, Elsevier, 2016; NERANTZIDIS, Michail. *Measuring the quality of the “comply or explain” approach: Evidence from the implementation of the Greek corporate governance code*, Managerial Auditing Journal, Vol. 30 Issue: 4/5, pp.373-412, 2015; MAHR, Till G.; NOWAK, Eric; ROTT, Roland. *The (Ir)Relevance of Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes - Empirical Evidence from the German Stock Market*. Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE, Volume 172, Number 3, pp. 475-520, September 2016.

Pela análise empírica dos autores, muitas são as companhias que identificam nas regras de governança corporativa mais uma burocracia de “*check the box*”, ao invés de um parâmetro a ser, necessariamente, adaptado e implementado internamente para alcançar os objetivos inicialmente almejados pelo padrão de governança corporativa base para preenchimento do informe.

Os estudos analisados apontaram como a principal causa da ineficácia da estrutura, a ausência de supervisão adequada para os informes apresentados, de modo que as companhias não se sentem *compelidas* a efetivamente adotar as medidas de governança corporativa recomendadas ou a empenharem-se em desenvolver, por si mesmas, medidas de governança que lhe sejam mais adequadas para alcançar os mesmos objetivos almejados pelo padrão de governança proposto.

Nesse sentido, para que as companhias brasileiras não padeçam da mesma mazela, como exposto no Capítulo I, é fundamental que a atuação da CVM na supervisão do conteúdo dos Informes de Governança Corporativa (i) estabeleça orientações objetivas e uniformes com relação aos parâmetros mínimos para se considerar um explicação satisfatória; e (ii) com o tempo, passe a aplicar sanções adequadas para coibir a não adoção generalizada do padrão sugerido, combinada com o oferecimento de explicações evasivas, por parte das companhias inadimplentes.

Vale ressaltar que, para que não se torne uma burocracia adicional e não efetiva, as regras padrão - base para a apresentação do Informe de Governança Corporativa, devem ser proporcionais (adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito) e periodicamente revistas, considerando-se a premissa já defendida acima de que a todo momento as regras de governança corporativa devem ser reformuladas, a partir da identificação de quais desequilíbrios nas relações internas de poder pretende endereçar.

Por fim, é de se analisar se determinadas disposições, por seu caráter generalista e sua relevância para neutralizar desequilíbrios nas relações de poder internas às

companhias, não deveriam ser previstas em normas cogentes, ao invés de dependerem da eficácia da *soft law* sob a estrutura de *comply or explain*¹¹⁴.

A suposta ineficácia da implementação de um padrão de regras de governança corporativa de modo não cogente, por meio de um sistema de divulgação da adoção da medida sugerida ou explicação da não conformidade, pode estar em muito ligada à ausência de interesse dos indivíduos responsáveis pela sua adoção em fazê-lo.

Os autores alemães Mahr, Nowak e Rott consideram a ausência de interesse dos administradores em implementar regras que aumentem o controle dos acionistas sobre sua atuação ou tragam luz a essas informações como uma das principais causas para a baixa aderência das companhias alemãs a determinadas regras que compõe o padrão nacional de governança corporativa¹¹⁵.

Talvez uma forma de mitigar a baixa adesão das companhias aos padrões sugeridos seja exigir que a explicação de não adoção seja, necessariamente, acompanhada

¹¹⁴ Nesse ponto, os autores alemães Mahr, Nowak e Rott, em uma perspectiva pessimista com relação à estrutura de adoção de padrões de governança corporativa sob a estrutura de *comply or explain*, ou realista, apontam as experiências alemãs, em que importantes regras, como a da divulgação da remuneração dos administradores, inicialmente incluída como “padrão de governança corporativa”, tornou-se, algum tempo depois, norma cogente, por meio de promulgação de leis: “It should therefore come as **no surprise that the most critical recommendations of the German Code have been or will be incorporated into codified law in the future** – and so the Governance Code will likely share the fate of its two faded predecessors, the Insider Trading Code and the Takeover Code. Disappointed with issuers’ **compliance behavior, the German Ministry of Justice has already replaced the most frequently rejected provision, requiring individual disclosure of executive compensation, with codified law (Deutscher Bundestag, 2005)**. Complying with Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes 513 this recommendation would have benefited the shareholders but would have imposed a slight personal disclosure cost on management board members. **We see the introduction of the Executive Compensation Disclosure Law and of the Law on the Appropriateness of Directors’ Remuneration as an implicit proof for our findings that the declaration of conformity is not an effective enforcement mechanism** Our German evidence is in line with the U.S. evidence of Listokin (2010), who concludes that “failure to increase shareholder power may prevent the benefits of other corporate governance reforms [. . .] from being realized” (p. 53), because “[i]f a governance arrangement is inefficient but suits the board of directors, there will be almost no way to change it” (p. 40).” (grifei) MAHR, Till G.; NOWAK, Eric; ROTT, Roland. *The (Ir)Relevance of Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes - Empirical Evidence from the German Stock Market*. Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE, Volume 172, Number 3, pp. 475-520, September 2016, p. 512-513.

¹¹⁵ “Already a decade ago, one member of the Code commission (Baums and Scott, 2005) suggested a reform of German corporate governance law that would facilitate legal actions to enforce the informational liability of management and supervisory board members as well as empower their shareholders. Fourteen years after the introduction of the Code, there is good reason to reevaluate this proposal, because, as La Porta, Lopez-de-Silanes, and Shleifer (2006, p. 27) have argued, “**financial markets do not prosper when left to market forces alone.**” MAHR, Till G.; NOWAK, Eric; ROTT, Roland. *The (Ir)Relevance of Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes - Empirical Evidence from the German Stock Market*. Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE, Volume 172, Number 3, pp. 475-520, September 2016, p. 523.

da (a) comprovação de inaplicabilidade do dispositivo; ou (b) indicação de qual foi a regra alternativa adotada para endereçar o objetivo inicialmente almejado pela implementação da regra sugerida no código padrão e não cumprida pela companhia.

Por fim, ressalta-se que, a introdução de novidades regulatórias por meio de uma estrutura jurídica múltipla, em que as regras, embora não sejam cogentes, estejam bem estruturadas para implementação por diferentes grupos destinatários podem apresentar-se como uma alternativa para a *resistência* de determinados grupos (dotados de influência e poder sobre os processos legislativos) na implementação de regramentos que alterem radicalmente a conjuntura existente¹¹⁶ – entendimento já exposto no detalhamento da análise da corrupção sob a perspectiva de um *problema de ação coletiva de segundo grau*, no Capítulo II.

5. Teste de proporcionalidade das propostas sugeridas

No direito, as normas são comumente divididas entre *princípios* e *regras*, segundo o seu caráter mais ou menos abstrato e pela sua consequente forma de aplicação. Simplificadamente, princípios são comandos mais abstratos, que norteiam e subsidiam a criação e a aplicação das regras, denominados por alguns autores como *mandamentos de otimização*. Enquanto as regras, por serem formuladas sob o formato de subsunção à uma dada hipótese, são mais objetivas e comumente denominadas como *comandos definitivos*¹¹⁷.

As regras, por se estruturarem na forma de descrição exata de uma hipótese, seguida da consequência aplicável em caso de subsunção do fato real à hipótese prevista,

¹¹⁶ “A reforma de normas ineficientes pode ser bloqueada por interesses poderosos – como os dos administradores, acionistas controladores ou trabalhadores – que se beneficiam com o *status quo*. Nesses casos, enquadrar uma reforma como voluntária pode desarmar a oposição, criando um regime paralelo mais eficiente que, por aplicar-se apenas àqueles que optam por ele, não afeta os direitos adquiridos. Tanto a criação do segmento de listagem especial do Novo Mercado no Brasil quanto certas medidas da União Europeia, como a criação da Sociedade Europeia (*Societas Europaea – SE*), podem ser interpretadas como uma forma de atenuar o cacife político de grupo de interesse nas companhias existentes.” KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 68.

¹¹⁷ ALEXY. Robert. *A theory of constitutional rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 1985, ALEXY. Robert. *On Balancing and Subsumption*. *Ratio Juris* 16 (2003), 433-449. ALEXY. Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, REVUS 22, 2014. Uma versão preliminar desse artigo foi publicada pelo autor em 2010 no Chinese Yearbook of Constitutional Law.

teoricamente seria *sempre* aplicável. Por outro lado, o princípio, deveria ser aplicado *na maior extensão possível*, ante as limitações apresentadas em um caso concreto¹¹⁸. Importante notar que os princípios, justamente por não serem classificados em uma ordem predefinida de prioridade, peso ou importância podem *colidir* em determinado caso concreto, de modo que se faz necessário sopesá-los e aplicá-los em graus diferentes, na maior extensão possível, conforme a análise dos fatos oriente.

Nesse sentido, a doutrina, sobretudo na área de direito constitucional, viu a necessidade de criação de mecanismos e testes para uma correta aplicação dos princípios aos casos concretos e consequente ponderação de princípios.

Importante notar que a metodologia de ponderação de princípios é útil e necessária não somente no momento de aplicação direta a um dado caso concreto, mas também no momento de edição de regras, uma vez que a regra nada mais é do que o resultado da ponderação de princípios pelo seu formulador (legislador, regulador, indivíduos na edição de normas em relações privadas) aplicável a todos os casos que se subsumirem na hipótese formulada.

À parte a análise aprofundada a respeito das diferentes correntes doutrinárias que se dispuseram a propor mecanismos para ponderações de princípios, fato é que a metodologia pautada pelo princípio da *proporcionalidade*¹¹⁹ é extremamente útil para a formulação das propostas para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial desenvolvidas neste trabalho.

O mecanismo de ponderação dos princípios por meio da proporcionalidade compreende a subdivisão em três principais *testes*: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Importante notar que a análise a respeito do

¹¹⁸ “Rules are norms that require something definitively. They are definitive commands. Their form of application is subsumption. If a rule is valid and if its conditions of application are fulfilled, it is definitively required that exactly what it demands be done. If this is done, the rule is complied with; if this is not done, the rule is not complied with. By contrast, principles are optimization requirements. As such, they demand that something be realized ‘to the greatest extend possible given the legal and factual possibilities’.” ALEXY. Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014, p. 52.

¹¹⁹ “The principle of proportionality (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz), which in the last decades has received ever more international recognition in the theory and practice of constitutional review, consists of three sub-principles: the principles of suitability, of necessity and of proportionality in the narrower sense.” ALEXY. Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014, p. 52.

atendimento aos três subprincípios se revela por meio de um *teste* a ser realizado em etapas subsequentes e *eliminatórias*, de modo que se um dos subprincípios não é adimplido, a norma sob análise não é considerada *proporcional* sob a perspectiva aqui apresentada.

Os três subprincípios refletem o caráter de *mandamento de otimização* que revestem os princípios. Nesse contexto, a adequação e a necessidade referem-se às limitações fáticas que se apresentam na aplicação dos princípios. Já a proporcionalidade em sentido estrito refere-se às limitações normativas à sua aplicação.

Não se fará no nosso caso, obviamente, a ponderação de princípios, mas a verificação da proporcionalidade da medida proposta, ante a realização do triplo teste de *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* daquilo que se propõe ante as limitações fáticas e jurídicas que se apresentarem no caso concreto.

5.1. Adequação

Primeiramente, o subprincípio da *adequação* refere-se à capacidade da proposta sob análise de atingir os objetivos a que se propõe de maneira a afetar no menor grau possível os demais princípios envolvidos.

Trata-se, em última análise, de expressão da ideia do ótimo de Pareto, em que se busca a otimização máxima de uma posição com o menor custo possível à outra posição contraposta. Nesse contexto, busca-se analisar se, no caso concreto, a formulação ora proposta, a despeito de *restringir* um princípio, é adequada à maximização de outro¹²⁰.

É exatamente por essa aparente *obviedade* que comumente se ressalta a menor importância desse princípio. Ora, é raro imaginar que determinada proposta será *inapta* a

¹²⁰ “An example of the violation of the principle of suitability is found in a decision of the German Federal Constitutional Court concerning a law which required that not only persons who apply for a general hunting license have to pass a shooting examination but also persons who apply exclusively for a falconry license. The Court argued that the shooting examination for falconers is not suitable in promoting the ‘proper exercise of these activities as intended by the legislator’. Therefore, ‘no substantially clear reason existed for the infringement of the general freedom of action of the falconer, as guaranteed by article 2 (1) Basic Law. For that reason, the regulation was declared unproportional and, consequently unconstitutional.” ALEXY, Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014, p. 53.

atingir os fins a que se propõe. No entanto, como bem pontuado por Nathaniel Leff ¹²¹, em seu artigo que buscou demonstrar os aparentes benefícios que poderiam advir da corrupção em algumas nações subdesenvolvidas, é inútil e prejudicial a formulação de propostas que *ignoram* a realidade maculada pela *corrupção* e *ineficiência* generalizadas.

Nesse contexto, o senso de idealismo exacerbado pode sim ser um direcionador da propagação de medidas que se mostrem *inadequadas* aos fins que se propõe, justamente por ignorar vicissitudes presentes no seu contexto de sua aplicação.

Exemplos de propostas no âmbito dos programas de conformidade que podem não passar no *teste de adequação* são as estruturas de denúncia de irregularidades que (i) não protegem a figura do denunciante de boa-fé; e (ii) direcionam o recebimento ou processamento das denúncias a indivíduo ou grupo de indivíduos que poderiam ser objeto das denúncias.

Ora, se o canal de denúncias de determinada companhia é coordenado por um Comitê de Compliance e este, por sua vez, é composto por membros da alta administração, faltarão incentivos para que um empregado realize uma denúncia contra outro que seja seu superior hierárquico e tenha poderes para demiti-lo sem justa causa. Da mesma forma, ainda que a denúncia fosse realizada, nesse caso, poderia ser inócua, pois o indivíduo denunciado provavelmente não daria continuidade ao processamento da denúncia a respeito de si mesmo.

Portanto, um canal de denúncias formulado sob essa configuração seria *inadequado* aos fins que se propõe, uma vez que não leva em consideração a estrutura hierárquica da companhia, a ausência de incentivo para um indivíduo processar denúncia a respeito de si mesmo e a *coaço velada* que a delação de um superior pode representar.

¹²¹ “Following the procedure suggested here, however, **governments would accept corruption as an aspect of their societies and try to optimize policy-making within this framework.**” LEFF, Nathaniel. Economic Development through bureaucratic Corruption. *The American Behavioral Scientist*, 8, 1964, p. 12.

5.2. Necessidade

Após a realização de um *teste de adequação*, faz-se necessário seguir com a análise da necessidade da medida apresentada. Para que não pare dúvidas a respeito da lógica presente na ordem da metodologia apresentada é importante esclarecer que a *necessidade* a ser verificada não se refere à formulação da proposta propriamente dita, mas sim à necessidade de sua adoção na *forma* tal qual proposta.

Explica-se, por meio desse *teste* busca-se verificar se não haveria outra medida, também *adequada* aos fins a que se propõe, mas que não restringisse de forma tão acentuada outro princípio objeto da ponderação¹²². Nesse sentido, em existindo outra alternativa que interfira menos nos demais princípios, a proposta inicialmente formulada não passará no *teste de necessidade* e, portanto, não será considerada *proporcional*.

Seguindo o exemplo acima, do canal de denúncias criados no âmbito de um sistema de conformidade de uma companhia, na hipótese de ser aventada a possibilidade, para contornar a *inadequação* da proposta original, de criação de uma regra de que nenhum empregado da companhia poderia ser demitido sem justa causa, a proposta poderia ser *barrada* por não ser *necessária*. Isso pois, há outras alternativas, que interferem significativamente menos na administração e condução normal das atividades da companhia, do que implantar um modelo de estabilidade dos empregados aos moldes do (ineficiente) funcionalismo público.

Nesse contexto, poder-se-ia sugerir como proposta *adequada e necessária* um modelo de canal de denúncias que garantisse (i) o anonimato do denunciante; (ii) a possibilidade de escolha dos destinatários (sempre mais do que um) dentro de um grupo de indivíduos, sendo possível não incluir eventual indivíduo objeto da denúncia; (iii) o

¹²² “An example is the decision of the Federal Constitutional Courts on sweets, especially in form of Easter rabbits and Santa Clauses that consist of puffed rice. In order to protect consumers from mistakenly taking those puffed rice sweets to be chocolate products, a ban on puffed rice sweets was issued. The Court argued that consumer protection could be achieved ‘in an equally effective but less incisive way by a duty of marking’. For this reason, the ban was declared to be a violation of the principle of necessity and, therefore, as unproportional.” ALEXY, Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014, p. 54.

processamento da denúncia por um órgão colegiado; e (iv) a proibição de participação nas deliberações a respeito da denúncia por indivíduo que esteja com ela relacionada.

Na proposta indicada acima, a *coação velada* existente dentro de uma companhia com estrutura e cultura hierárquica rígidas seria endereçada pela natureza anônima da denúncia. Já a possibilidade de escolha dos destinatários da denúncia dentre os membros de um órgão colegiado competente para recepcioná-la e processá-la aliada à proibição de participação de indivíduos relacionados à denúncia nas deliberações a seu respeito poderiam endereçar o problema da falta de incentivo para o seu processamento.

5.3. Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, após realizados os *testes de adequação e necessidade*, faz-se necessária a análise acerca da *proporcionalidade em sentido estrito* das propostas aventadas, para, então, considerá-las passíveis de implementação.

Importante ressaltar que a identificação de *adequação e necessidade* das propostas objeto de análise referem-se às limitações fáticas que a elas se impõe. Desse modo, buscase, em última análise, evitar custos evitáveis.

Por outro lado, a análise da *proporcionalidade em sentido estrito*, como um endereçamento para limitações legais, de modo que surge equilibrar em que *grau* os *custos inevitáveis* (já passaram pelos testes de adequação e necessidade) são *aceitáveis* ante a importância de otimização do objetivo a que se propõe atingir¹²³.

O teste de *proporcionalidade em sentido estrito* é um dos mais difíceis de se realizar, justamente por comportar uma análise subjetiva relevante. Isso pois, para identificar se o *custo inevitável é proporcional* à importância de atingimento do objetivo a que se propõe, faz-se necessário atribuir um *peso* às duas variáveis em comento.

¹²³ “This principle expresses what optimization relative to the legal possibilities means. It is identical with a rule that can be called ‘Law of Balancing’. This rule states: **The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.**” ALEXYS. Robert. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 2014, p. 54.

É justamente nesse momento da ponderação que se faz de extrema importância ter em mente a relevância e a *indispensabilidade* da implementação de propostas estruturais-organizativas para endereçamento da corrupção empresarial.

Explica-se. Se os indivíduos responsáveis pela implementação das propostas não estiverem conscientes e convencidos da relevância de implementação de um sistema de conformidade efetivo, tal qual as propostas previstas nesse trabalho se propõe a ser, estas serão inevitavelmente *barradas* no momento de sua aprovação por não serem consideradas *proporcionais*, uma vez que se consideradas *inexistentes* ou *irrelevantes* os benefícios advindos de sua implementação (ou malefícios de sua não implementação), dificilmente os *custos* dela decorrentes serão considerados proporcionais.

Aqui, faz-se mister ressaltar que por *custos* estão inclusos não somente o dispêndio (ou a ausência de ganho) de recursos, mas sobretudo a interferência entre outras máximas que norteiam o funcionamento das companhias, como o poder de discricionariedade dos administradores, dos controladores, a lucratividade da atividade empresarial, a liberdade de atuação privada, entre outras comumente aventadas para evitar-se a implementação de algumas medidas estruturais *adequadas e necessárias* à implementação de um programa de controle interno que *efetivamente* funcione como um neutralizador de desequilíbrios nas relações internas de poder e corroborem para a criação de um ambiente menos propício à prática de atos contra a administração pública.

Dessa forma, o problema que se coloca é: ainda que (intencionalmente) se busque construir propostas estruturais que interfiram no menor grau possível em outras máximas de funcionamento das companhias, para que as propostas sejam efetivas, em algum grau as referidas medidas irão afetá-las.

Ora, se já concluímos que propostas efetivas são aquelas delineadas para endereçar as relações de poder especificamente identificadas no caso concreto, é bem verdade que a variável da equação representada pelos *benefícios* de sua implementação (ou evitar malefícios da sua ausência) não poderá ser majorada unicamente pela imposição das referidas propostas por via legal.

Nesse sentido, para endereçar essa questão, vale fazer uso de dois ensinamentos advindos da revisão literária da Primeira Parte desse trabalho (i) a identificação do fenômeno da corrupção também sob a perspectiva de um problema de ação coletiva; e (ii) a necessidade de encarar com realismo o contexto em que estamos inseridos.

Dos dois ensinamentos extraímos a conclusão de que, como resultado de um raciocínio econômico lógico, em um contexto de percepção da corrupção como um fenômeno generalizado e intrincado nas relações entre público e privado no país, os indivíduos responsáveis pela implementação das propostas (acionistas controladores e administradores das companhias) dificilmente atribuirão valor *suficiente* aos benefícios gerados pela implementação das propostas, para fazer frente aos *custos* de sua implementação.

Desse modo, na ponderação realizada por esses indivíduos, as propostas formuladas provavelmente serão consideradas *desproporcionais* e, por essa razão, não serão implementadas ou serão substituídas por outras, com *custos* menores, mas também de eficiência menor ou inexistente.

Um agravante para essa *atribuição de valor* à implementação de propostas efetivas para tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial é o fato de que, de um lado, os benefícios atualmente existentes para sua implementação aproveitam a sociedade como um todo: a proteção das instituições democráticas, o bom funcionamento do mercado, etc., por outro lado, os *custos* advindos de sua implementação são suportados, em sua maioria, exclusivamente pelos indivíduos detentores de poder para implementá-las ou não: os administradores e acionistas controladores das companhias¹²⁴.

Diante disso, mais uma vez percebe-se a necessidade de criação de incentivos adicionais para a implementação das soluções estruturais propostas, de modo que os

¹²⁴ Essa constatação não tem a intenção de inferir que administradores e acionistas controladores são a favor da corrupção ou atuam de forma ilícita. Muito pelo contrário, ainda que sejam idôneos e contrários à prática de atos contra a administração pública, o que se entende representar a vasta maioria dos indivíduos, estes grupos de indivíduos terão alguns poderes e competências diretamente afetados pelas propostas formuladas, uma vez que sua atuação passará a ser *efetivamente* fiscalizada por um órgão independente (o que não ocorre atualmente), de modo que, em uma análise imediata, as restrições recairão imediatamente sobre suas competências, enquanto que os benefícios, se advindos, serão usufruídos por toda a sociedade e mercado, no longo prazo.

responsáveis por sua aprovação e implementação possam atribuir um *valor* superior aos *custos* de sua implementação.

Nesse sentido, reforça-se a ideia apresentada acima, acerca da necessidade de implementação de leis que atribuam a terceiros (privados) (i) a responsabilidade objetiva pelo cometimento de ilícitos pelos parceiros comerciais; e (ii) a obrigação de identificar e comunicar às autoridades competentes a prática de ilícitos por seus parceiros comerciais, ou de abster-se de realizar transações comerciais com estes.

A responsabilidade objetiva, já prevista na Lei Anticorrupção, se efetivamente aplicada pelo judiciário brasileiro (sem mitigadores)¹²⁵ poderá representar um importante impulsionador da adoção escalonada de programas de conformidade efetivos, uma vez que as empresas terão real interesse em se certificar de que seus parceiros comerciais não praticam atos contra a administração pública.

Nesse contexto, organizações privadas certificadoras podem surgir para contribuir na verificação da adequação e efetividade de programas internos de controle e fiscalização, de modo a reduzir os *custos* inerentes a essa verificação por parte de cada ente privado, se realizados individualmente¹²⁶.

¹²⁵ Deve-se evitar a aplicação de *atenuantes* demasiados ou *excludentes* de punibilidade pelo simples fato de a empresa objeto da aplicação de penalidade por responsabilidade objetiva ter empenhado melhores esforços ou exigido da contraparte efetiva responsável pela prática do ilícito declarações de que cumpre a legislação. Como se sabe, essas são medidas inócuas e acabam por anular por completo a intenção da norma por meio da atribuição de responsabilidade objetiva. Poder-se-ia argumentar que a responsabilidade objetiva causaria uma situação de *injustiça* inadmissível no direito. Entretanto, eventual *desequilíbrio* causado pela penalização de pessoa jurídica não diretamente responsável pela prática do ilícito punível pode ser facilmente compensada por mecanismos contratuais e garantia do direito civil de regresso. No direito ambiental, por exemplo, a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas garantiu maior efetividade à aplicação das normas protetivas do meio ambiente e não causou nenhum prejuízo à realização de negócios nessa área. Pelo contrário, contratos empresariais, na maior parte das vezes, ainda que não se relacionem diretamente a questões ambientais, já preveem o direito e mecanismo de regresso nas hipóteses de perda sofrida por uma parte em decorrência de responsabilização por ato ou fato gerador de responsabilidade da outra parte (seja em matéria ambiental ou outra).

¹²⁶ Um exemplo de como esse mecanismo de certificação contribuiu para a verificação de conformidade das empresas por seus parceiros comerciais é o caso da *Associação Brasileira do Varejo Têxtil (ABVTEX)*, que, por meio de seu programa de certificação e concessão do “selo ABVTEX” promove processos de auditoria e verificação de cumprimento de legislação trabalhista, contra a escravidão, exploração infantil, entre outras, por toda a cadeia produtiva da indústria têxtil de modo a garantir a empresas que se encontram ao final da cadeia, mas que poderiam ser prejudicadas pelos ilícitos praticados pelos seus parceiros comerciais, seja em decorrência de eventual responsabilidade objetiva, seja em decorrência de danos causados à sua imagem. Disponível em: <https://www.abvtex.org.br/selo-abvtex/>. Acesso em: 21/12/2018.

Por outro lado, ao atribuir a responsabilidade a entes privados pela identificação e reporte ou proibição de realização de transações comerciais com outros entes privados que supostamente tenham cometido ilícitos, da mesma forma como ocorreu com o advento da Lei de Lavagem de Dinheiro, os administradores e controladores das companhias poderão atribuir maior *valor* à implementação das propostas estruturais sugeridas, de modo que, na ponderação com os *custos* dela advindos passem a ser consideradas *proporcionais em sentido estrito*.

Isso pois, em um contexto em que os parceiros comerciais (assim entendidos como clientes, fornecedores, investidores institucionais, instituições de concessão de crédito, etc.) passem a exigir (por terem um *incentivo* legal em fazê-lo) que as companhias tenham programas de conformidade que garantam o efetivo controle da licitude de suas atividades, para não perder oportunidades comerciais, investimentos, crédito, ou para alcançá-los pelo mesmo preço oferecido aos concorrentes¹²⁷, tais companhias terão relevante incentivo para sua implementação.

6. Conclusão

Como se pôde verificar dos capítulos anteriores, a necessidade de pautar as propostas ora formuladas neste trabalho nas premissas indicadas acima não é só uma questão de busca pela efetividade das propostas sugeridas, mas também um mecanismo para evitar o risco de involução do papel do direito no combate ao fenômeno da corrupção.

Como concluído anteriormente, a implementação de normas anticorrupção nos países subdesenvolvidos, como mera reprodução de um padrão *internacional* não relacionado ao contexto local acabou por permitir e dar arcabouço fático para estudos, inclusive empíricos, que têm voltado a questionar se, de fato, o fenômeno da corrupção

¹²⁷ O *risco* inerente à contratação (seja por meio de oferecimento de crédito, bens ou serviços, seja por meio de investimento) com ente privado potencialmente envolvido no cometimento de ilícitos pode e provavelmente será levado em consideração como um dos elementos de precificação do crédito disponível à companhia, podendo (a depender das demais variáveis presentes na configuração do preço) levar ao seu encarecimento. Dessa forma, pode ser de interesse da companhia não apenas deixar de cometer ilícitos, mas também dispor de meios para *demonstrar* ao mercado de que se trata de companhia com mecanismos de controle interno efetivos, de modo que essa característica (potencialmente associada a um menor *risco*) possa ser precificada e possibilitar à companhia acessar crédito (ou investimento) a um menor custo.

não seria mais eficiente em determinados contextos de subdesenvolvimento do que o seu combate.

Depreende-se dessa análise que, embora inicialmente influenciadas por um objetivo comum, as bandeiras anticorrupção levantadas por diferentes grupos ao redor do mundo se desconectaram das premissas indicadas acima (ou nunca chegaram a se conectar), o que corroborou para sua falta de efetividade.

Dessa forma, mais do que propor soluções para o direito societário, atuar de forma complementar às outras áreas do direito em uma estrutura efetiva contra a corrupção. Busca-se fazê-lo com a responsabilidade e comprometimento de sua efetividade, à luz da nossa realidade.

Desse modo tentar-se-á evitar que a história se repita e que daqui a 15, 20 anos, proliferem-se estudos tentando demonstrar a ausência de correlação entre incremento da governança corporativa das empresas (e programas de conformidade) e o combate à corrupção.

Mais do que isso, buscar-se-á evitar que, no futuro, estudiosos identifiquem uma eventual correlação entre a adoção *padrões* de conformidade e governança corporativa (não adequados, necessários, e proporcionais em sentido estrito) e eventual piora nos índices de desempenho das companhias que os implementaram.

Isso pois, da mesma forma como se pôde depreender da análise macroeconômica do fenômeno da corrupção no Brasil, é necessário levar em consideração as estruturas de poder existentes no mercado em que as companhias estão inseridas e que se pretende alterar.

Nesse sentido, da mesma forma como foram utilizadas como premissas e parâmetros para formulação das propostas apresentadas no capítulo a seguir as conclusões advindas da revisão de legislação e literatura feita nos capítulos anteriores, espera-se que estes cinco pilares sejam também úteis aos demais formuladores, revisores e críticos dos programas de conformidade a serem implementados por companhias nos próximos anos.

Conclui-se, portanto, que o *olhar para trás* que pautou a análise da doutrina e legislação na Primeira Parte deste trabalho permitiu-nos identificar premissas que, se observadas, na formulação e na avaliação constante dos programas de conformidade das empresas, poderá nos poupar das consequências advindas de eventual repetição dos equívocos cometidos na implementação das legislações anticorrupção, que antecederam esse movimento internacional de promoção do *compliance* e da governança corporativa.

CAPÍTULO IV - OS INSTRUMENTOS PARA REEQUILÍBRIO DAS RELAÇÕES ENTRE OS ÓRGÃOS DA COMPANHIA COMO MECANISMOS EFETIVOS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO

1. Introdução

Em um mercado preponderantemente dominado por empresas de controle concentrado, como no Brasil, não se pode presumir que soluções construídas em países cujas companhias estão majoritariamente sob controle disperso, como nos Estados Unidos, possam ser meramente reproduzidas na regulamentação nacional, sem qualquer análise crítica ou adequação à realidade das estruturas de poder existentes no país, bem como aos objetivos a serem perseguidos pela regulamentação proposta, os quais certamente diferem daqueles dos países de democracia e mercados consolidados e competitivos.

Explica-se. À primeira vista, parece estranho dizer que os objetivos a serem perseguidos pelas regras de conformidade de uma empresa são diferentes, a depender da estrutura do mercado em que se inserem. Porém, da mesma forma como as estratégias de governança corporativa não se colocam como um fim em si mesmas e, portanto, são, na realidade, construídas com a finalidade de neutralizar efeitos adversos gerados em decorrência da estrutura de funcionamento das companhias, as regras de conformidade também devem ser construídas sob essa premissa. De modo a adequar-se ao contexto da empresa a que se endereçam.

As soluções ora propostas são *exemplos* do que se pode implementar nas companhias brasileiras para neutralizar os desequilíbrios nas relações de poder dentro da empresa, que acabam por construir um ambiente permissivo à corrupção. Se afirmasse que tais propostas representam soluções ideais e adequadas para a adoção por *todas* as companhias, estaria contrariando as próprias conclusões deste trabalho.

Isso pois, se concluímos que (i) não é função de nenhuma empresa combater a corrupção e (ii) as regras de conformidade têm por objetivo neutralizar desequilíbrios das relações internas de poder que propiciam um ambiente para a corrupção, estas devem ser construídas a partir da correta identificação de quais são os desequilíbrios inerentes às

relações de poder existentes na companhia objeto das soluções a serem propostas. Depois dessa identificação é que se parte para a construção de soluções proporcionais (*adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito*) para o tratamento do desequilíbrio identificado.

Em uma companhia pautada por uma hierarquia demasiadamente rígida, por exemplo, talvez seja válido criar mecanismos que assegurem a autonomia dos indivíduos independentemente do cargo que exerçam, de modo a estabelecer *camadas* que sejam efetivamente capazes de identificar e filtrar comandos que ultrapassem a legalidade. Este, no entanto, pode não ser um dos objetivos de um sistema de conformidade de uma empresa que não contenha uma estrutura hierárquica rígida.

Frisa-se que as soluções ora propostas nesta Segunda Parte do trabalho foram construídas como exemplo do que *pode* endereçar os objetivos de uma política de conformidade e quais medidas poderiam ser consideradas proporcionais. De modo algum tentou-se formular soluções universais e reproduzíveis sem análise crítica.

Como todo remédio, as regras de governança corporativa devem ser constantemente revistas de modo a identificar sua adequação ao contexto em que serão aplicadas, sua proporcionalidade frente ao problema posto e, sobretudo, o impacto dos efeitos adversos dela advindos. Não se tratam, portanto, de soluções universais e atemporais. A cada alteração do contexto em que serão aplicadas ou das premissas que ensejaram sua formulação, devem ser revistas e reformuladas.

O contexto de criação e pressão para replicação das regras de governança corporativa nas empresas em todo o mundo é o mesmo que ocorreu para a adesão aos tratados internacionais sobre anticorrupção e implementação de legislações internas que replicassem o conceito de criminalização de pessoas físicas e jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira.

Tratou-se, portanto, de importante ferramental a análise crítica da evolução da literatura a respeito da análise do panorama que serviu de contexto para essa *conscientização* global, para que o mesmo senso crítico seja dispensado ao atual

movimento para implementação dos chamados *programas de conformidade* pelas empresas ao redor do mundo.

Dessa forma, ainda que as soluções propostas no capítulo seguinte não sejam adequadas a estrutura de determinadas companhias ou, ainda que sejam, o deixem de ser no futuro, espera-se que o presente trabalho contribua para a formulação de instrumentos *adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito* para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial, com base nos cinco parâmetros descritos no capítulo anterior.

2. Finalidade dos programas de conformidade e sua relação com padrões de governança corporativa

Conforme a análise da evolução da literatura e legislação anticorrupção nos permitiu identificar, a atuação do direito penal e do direito administrativo não é suficiente para a efetividade de uma estrutura anticorrupção que, de fato, contribua para a diminuição da ocorrência do fenômeno.

Como também se pôde notar dessa análise, as empresas não só podem como já foram chamadas a contribuir para essa estrutura de prevenção e combate à corrupção, não só como meras destinatárias das normas (responsabilização das pessoas jurídicas pelo cometimento de ilícitos), mas também como integrantes ativas de uma estrutura anticorrupção.

Um exemplo desse papel ativo atribuído às empresas é encontrado na Lei de Lavagem de Dinheiro que, como detalhado acima, atribuiu a competência para entidades de determinados setores identificarem e reportarem suspeitas de prática de ilícitos. Desse novo papel ativo das empresas no cenário internacional de combate à corrupção decorreu, inclusive, a competência da CVM para fiscalizar e punir empresas pela implementação de mecanismos internos efetivos que garantam o cumprimento das novas obrigações.

Como continuidade dessa ampliação do papel das empresas no cenário internacional do combate à corrupção, a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública impulsionou o movimento pela

implementação de programas internos de conscientização, identificação e controle da prática de atos ilícitos pelos empregados e administradores, *por meio* ou *em nome* das empresas. Esses programas foram denominados de “programas de compliance” (em português, programas de conformidade ou de integridade).

Ressalta-se que, comumente, os programas de conformidade não se relacionem exclusivamente à conscientização, identificação e controle da prática de atos de corrupção, mas também da prática de outros ilícitos e condutas não necessariamente ilegais, mas repudiadas pela companhia.

As estratégias de governança corporativa, por sua vez, concebidas alguns anos antes, tiveram como principal propulsor a identificação da necessidade de formulação de mecanismos que auxiliassem na persecução de um dos objetivos do direito societário: a redução dos conflitos de interesses ente as partes interessadas da companhia¹²⁸.

Uma *vantagem* das estratégias de governança corporativa que se entende não ser sempre *aproveitada* no contexto da criação dos chamados programas de conformidade consiste no método de endereçamento dos conflitos que se visa disciplinar, os quais, na maior parte das vezes acabam por alterar a estrutura de organização interna da companhia¹²⁹.

Por outro lado, a mera replicação de normas legais, valores e princípios genéricos nos *manuals* e *políticas* que têm se proliferado pelas empresas em nada contribuirão para a criação e um ambiente menos propício à prática de atos de corrupção.

Não poderia ser diferente: nenhum estudo, pesquisa ou análise da realidade fática indica que o problema da prática de atos contra a administração pública pelas empresas

¹²⁸ “Todos esses conflitos [de interesses entre as partes interessadas da companhia] constituem o que os economistas chamam de “problemas de agência” (...) três problemas de agência surgem nas sociedades empresárias. O primeiro envolve o conflito entre os acionistas e seus administradores contratados. (...) O segundo problema de agência envolve o conflito entre, por um lado, os proprietários que possuem interesse majoritário ou controlador na empresa e, por outro lado, os proprietários minoritários ou não controladores. (...) O terceiro problema de agência envolve o conflito entre a própria empresa – incluindo especialmente seus acionistas – e as outras partes com quem ela contrata, como credores, empregados e consumidores.” KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 80 e ss.

¹²⁹ A esse respeito, ver “Estratégias jurídicas para reduzir custos de agência” in KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 82 e ss,

está relacionado ao *desconhecimento* da ilegalidade dos atos por parte de seus empregados ou administradores, tampouco identificam-se indícios que apontem para a ausência da *propagação de valores* por parte da alta administração aos demais colaboradores como motivador central do fenômeno.

Nesse sentido, seria inadequado supor que a aprovação de políticas replicando mandamentos legais e proclamando princípios éticos poderiam atingir os objetivos a que se propõe: prevenir e combater a prática de ilícitos *por meio* ou *em nome da* empresa.

Portanto, *emprestar* das regras de governança corporativa o seu caráter estrutural e organizativo para inspirar a criação de regras que componham um sistema de conformidade efetivo é, então, um instrumento de grande valia. Pode-se, portanto, fazer jus a estratégias jurídicas de alinhamento de incentivos, direitos de nomeação, direitos de decisão, com vistas a criar instrumentos robustos na estruturação de um sistema interno de controle de legalidade dos atos praticados em nome da companhia.

Soma-se a isso o fato de que embora tenham surgido em contextos e para atingir objetivos diversos, tanto as estratégias de governança corporativa como os programas de conformidade convergem em um aspecto central: a busca pelo equilíbrio nas relações internas de poder, com a finalidade de manutenção de um sistema de controle que permita garantir uma atuação idônea e livre de conflitos por parte dos órgãos responsáveis pela condução das atividades da companhia.

Explica-se. Não é *finalidade* de existência de nenhuma companhia combater a corrupção ou a prática de atos ilícitos por seus administradores e empregados. Pode ser, no entanto, se construídos os incentivos necessários, *interesse* das companhias neutralizar os efeitos gerados por eventual desequilíbrio nas relações de poder entre os órgãos que compõe a companhia, o qual permite e, por vezes, incentiva um ambiente propício à prática de atos contra a administração pública.

Para ilustrar esse argumento, pensemos em uma companhia em que:

- (i) o controlador detenha a maioria das ações ordinárias (50% + 1), representativas de somente 25% do total do capital social;

- (ii) a maioria dos membros do conselho de administração sejam indicados pelo acionista controlador;
- (iii) as decisões do conselho de administração sejam tomadas por maioria, que, por sua vez, elegem os membros da diretoria;
- (iv) a remuneração dos administradores (diretores e conselheiros) seja preponderantemente variável, apurada anualmente com base na geração de lucros pela companhia;
- (v) o conselho fiscal da companhia seja composto por membros indicados, em sua maioria, pelo acionista controlador; e
- (vi) as deliberações do conselho fiscal sejam tomadas por maioria.

Não há nada ilegal na composição dos órgãos da companhia objeto do exemplo. Há, entretanto, algum desequilíbrio nas relações internas do poder. De um lado, vê-se um controlador com poder preponderante sobre a administração (tanto conselho de administração como diretoria). De outro lado, vê-se um órgão de fiscalização de autonomia fragilizada, haja vista ter seus membros indicados pelas pessoas objeto de sua fiscalização¹³⁰.

Soma-se a isso o descolamento entre o exercício do poder de controle e a responsabilidade pela propriedade: o poder de direção não é contrabalanceado pelo risco inerente à propriedade da companhia, tendo em vista que sua participação é pouco representativa no capital. Nesse caso, talvez o ganho no curto prazo (auferido via

¹³⁰ É verdade que a presunção do comprometimento da autonomia do membro em decorrência de quem o indicou não é absoluta. Pode, sem dúvida alguma, ser indivíduo probo, ciente da responsabilidade de sua atuação e o impacto desta em sua reputação. Entretanto, se é verdade que isso pode acontecer, também é verdade que seu interesse em ser reconduzido ao cargo na mesma ou em outra companhia pode limitar sua autonomia. O ser humano é conduzido por estímulos. Partindo-se dessa premissa não é exagero ou absurdo prever que o fiscalizador não seja indicado pelo fiscalizado. Se o fiscalizado estiver agindo em conformidade com as regras postas, nenhum prejuízo lhe será causado pelo fato de ser fiscalizado por terceiro. Não se trata de desconfiança exacerbada ou desarrazoada, tão somente de garantir que em qualquer situação (sendo a administração idônea ou não), o órgão fiscalizador terá a capacidade, autonomia e estímulo para identificar os desvios. Antes mesmo de se iniciarem os estudos sobre governança corporativa e regras de conformidade, a sabedoria infantil já previa: *quem reparte o doce, não escolhe o pedaço.*

remuneração da administração atrelada a objetivos de curto prazo) compense uma perda futura comprometedora da continuidade da atividade empresarial.

É nesse sentido que se entende que, ao invés de considerarmos as estratégias de governança corporativa e os programas de conformidade como estruturas paralelas e apartadas, somando-se esforços, custos, burocracias que nem sempre (ou quase nunca) representam aprimoramento nos resultados, propõe-se que o tratamento dos problemas a serem endereçados por ambos seja formulado e estruturado de forma conjunta.

Desse modo, ao invés da proliferação de manuais, políticas, treinamentos, comitês, por vezes pouco efetivos, transvestidos sob a roupagem de *programas de conformidade*, serão sugeridos nos tópicos a seguir instrumentos que permitam a neutralização dos desequilíbrios nas relações internas de poder das companhias.

Como um paralelo aos *freios e contrapesos* existentes nas relações entre os três poderes que compõe o Estado, sustenta-se no tópico a seguir que os instrumentos para a construção de um sistema de conformidade efetivo concentram-se basicamente no empoderamento de um órgão de fiscalização efetivo, concentrado na figura do conselho fiscal, já previsto na legislação brasileira.

Como indicado na Introdução deste trabalho, as soluções ora propostas são formuladas para aplicação em sociedades anônimas brasileiras, regidas pela Lei das Sociedades Anônimas, de modo que o tratamento estrutural organizativo da corrupção empresarial por empresas de outros tipos societários e, eventualmente, menor porte, deverão ser construídas a partir da identificação de suas estruturas internas, tendo como premissas os cinco pilares apresentados no capítulo anterior.

3. O comparativo entre os três poderes do Estado e os órgãos societários

1.1 Teoria de Hebert Wiedemann, o comparativo brasileiro e o histórico do surgimento da fiscalização interna das empresas

A fim de buscar uma resposta para corrupção empresarial que efetivamente altere as estruturas do problema, parte-se de uma importante análise do Direito Societário feita por Herbert Wiedemann, de que a sociedade empresária corresponderia a um *pequeno*

*Estado de Direito*¹³¹, podendo-se fazer um paralelo entre a tripartição dos poderes do Estado e dos órgãos que compõe as sociedades empresárias.

Na análise de Wiedemann, a situação da vida que o direito societário regula é a comunidade de pessoas que se associaram para atingir um fim comum, com a criação de normas (leis ou atos constitutivos das sociedades empresárias) que enderecem três principais aspectos: (i) a determinação da finalidade; (ii) a organização; e (ii) o *status socii*, correspondente à disciplina dos direitos e deveres dos sócios perante a organização societária e perante os outros sócios.

Nessa perspectiva, os direitos dos sócios podem ser resumidos em direitos de participação, direitos patrimoniais, direitos de informação e fiscalização e o direito de se retirar da organização societária. Enquanto os deveres resumem-se na obrigação de colaborar para gestão social, de contribuir para o seu capital e o dever de lealdade¹³².

Seria, então, no campo da organização e da delimitação de direitos e deveres, mediante a qual a formação da vontade interna e a sua manifestação externa são disciplinadas, que se estabeleceria o paralelo com a relação entre os poderes do Estado¹³³.

Wiedemann, ressalta, por outro lado, algumas deficiências na comparação, levando-se em consideração a distribuição de competências, a renúncia à soberania, a estruturação dos órgãos, a votação nas assembleias, a exclusão do direito de voto, a

¹³¹“O direito societário caracteriza-se como um “pequeno Estado de Direito, [kleines Staatsrecht] porque também nas sociedades a formação da vontade deve ser organizada e surge uma relação de supremacia e de subordinação, uma vez que sejam permitidas decisões por maioria. Por isso, o direito societário [Verbandsrecht] tem, tematicamente em comum com o direito público, a organização do poder coletivo e os direitos e deveres dos “cidadãos societários”. WIEDEMANN, Hebert. *Gesellschaftsrecht I- Grundlagen*. Munique: Editora Beck, 1980. Tradução de Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França, *in* *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, 2009.

¹³² Essa visão fica superada em uma percepção de necessária separação entre propriedade e administração da grande empresa, como trabalhado nas ideias de Berle e Means *in* BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan, 1932.

¹³³ Visto que uma associação de pessoas, como tal, não tem capacidade de manifestar a vontade ou de exercer direitos, tanto a decisão [*Willen-sentschluss*] quanto sua implementação fática necessitam de uma certa ordem. Quando os sócios não deliberam de forma unânime e não im-plementam medidas conjuntamente, deve ser estabelecido quem será competente para determinadas questões, como se realizarão as deliberações e por quem as mesmas serão executadas. Estas normas repre-sentam, em regra, como estatuto organizatório, parte preponderante das determinações legais ou estatutárias, especialmente quando a sociedade[*Verband'x*] explora uma empresa. WIEDEMANN, Hebert, *Gesellschaftsrecht I- Grundlagen*. Munique: Editora Beck, 1980. Tradução de Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França, *in* *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, 2009, p. 628.

incompatibilidade de muitas funções, a vigência de direitos individuais perante a maioria e o exercício do poder repressivo¹³⁴.

Nesse sentido, o autor assevera que a comparação entre o direito público, de um lado, e o direito empresarial e societário, de outro, é aplicável apenas de modo limitado, uma vez que o Estado não poderia ser entendido como uma *supra-sociedade* de sujeitos de direito privado também por lhe faltar uma orientação finalística, típica da sociedade.

A comparação feita por Wiedemann também é trabalhada por diversos outros autores, como Joaquim Garrigues, Georges Ripert, Jesus Rubio, Fábio Konder Comparato, Eduardo Secchi Munhoz, entre tantos outros comercialistas¹³⁵.

Como pontuado por Comparato, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas, tendo o legislador discriminado poderes-funções atribuídos a órgãos próprios que seriam insuprimíveis e inconfundíveis. Nesse sentido, à assembleia-geral caberia o poder-função deliberante, à diretoria o poder-função administrativo e ao conselho fiscal o poder-função sindicante¹³⁶. Nesse contexto, Comparato ao fazer o comparativo entre os órgãos societários, seus poderes-funções e os poderes do Estado, ressaltou o caráter indelegável das competências atribuídas aos primeiros.

Os autores, em geral, corroborando os defeitos da comparação identificados por Wiedemann, desmistificam a democracia interna das companhias, pela percepção correta da desigualdade entre os acionistas, a qual ficou por muito tempo obscurecida pela ilusão da igualdade democrática do modelo liberal.

¹³⁴ WIEDEMANN, Hebert, *Gesellschaftsrecht I- Grundlagen*. Munique: Editora Beck, 1980. Tradução de Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França, in *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, 2009, p.629.

¹³⁵ GARRIGUES, Joaquim. *La Sociedad Anonima y el Estado*, in *Hacia um Nuevo Derevho Mercantil*, Madri, 1971.p. 121, RIPERT, Georges, *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*, trad. Bras., 1947, p. 105., RUBIO, Jesus. *Curso de Derecho de Sociedades Anonimas*, 3ª ed., Madri, 1974. COMPARATO, Fábio K. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.31; MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Quem deve comandar a companhia? Alocação do poder empresarial: sistema de freios e contrapesos*. In *Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa*. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 505.

¹³⁶ COMPARATO, Fábio K. SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

Ripert, por exemplo, critica a visão de que a sociedade empresária represente uma perfeita democracia, a partir da percepção de que a concepção democrática da sociedade não resistiu às necessidades econômicas, fazendo com que, por serem tão complexas, as decisões da assembleia acabem por revelar uma aprovação cega da decisão prévia do conselho de administração. Finaliza o autor dizendo que “o regime democrático das sociedades acaba no triunfo de pequena minoria de capitalistas. Tal democracia termina em plutocracia.”¹³⁷

Pelas análises dos autores e, segundo a visão de Waldírio Bulgarelli, nos primórdios das sociedades anônimas, ainda que estivessem previstos os direitos dos acionistas e a repartição dos poderes, estes eram exercidos efetiva e até despoticamente pelos administradores¹³⁸. Bulgarelli continua sua análise com interessante paralelo entre o desenvolvimento das estruturas internas de poder nas empresas e o desenvolvimento do Estado que passa de liberal a intervencionista, em que demonstra como as estruturas internas de poder também se desenvolveram e mudaram o relacionamento entre si, nos mesmos moldes do que ocorreu com os poderes do Estado.¹³⁹

Com essa evolução das relações de poder, a premissa de desigualdade entre acionistas o aumento da complexidade da administração, passou-se a conformar de modo mais harmônico o paralelo entre os Poderes do Estado e os órgãos societários,

¹³⁷ RIPERT, Georges, Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, trad. Bras., 1947, p. 110.

¹³⁸ BULGARELLI, Waldírio. O conselho fiscal nas companhias Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 33.

¹³⁹ “Os caminhos trilhados para a composição do sistema de distribuição do poder internamente passaram, se comparados com o sistema do poder político, no modelo do século XIX, pela soberania dos acionistas reunidos em assembleia-geral que designam seus delegados para o exercício do poder de gestão e de administração, demissíveis a qualquer tempo e como mandatários sujeitos a prestação de contas e a atuar nos limites do mandato, obedecendo para tanto também o paradigma do *stand do bonus vir*. Esse é o modelo do século passado que nas primeiras décadas foi oferecido. O legislador tinha diante de si o modelo político liberal-democrático e só uma pequena margem de experiência histórica assim mesmo distanciada da realidade do porvir, impregnado já da influência empresarial. A partir de então começa a se desenhar o modelo que chegaria até nós, pela pressão do crescimento das empresas e das novas correntes políticas, com o Estado transformado de *gendarme* em intervencionista, ele próprio empresário. E se a empresa foi se fortalecendo e se expandido até se converter no centro nuclear da atividade econômica, também aos poucos, embora com rapidez em comparação com outros processos históricos, o Estado se torna intervencionista com certo vagar e à custa de grandes lutas; e, embora alertado pelos juristas, o legislador societário só vai se adaptando também aos poucos. (...) À ascensão do Estado intervencionista e centralista, com o Executivo todo poderoso por desfeita a ilusão do equilíbrio do poder, parecem corresponder as mudanças na composição do poder da sociedade anônima, numa inarredável vinculação paradigmática.” BULGARELLI, Waldírio, O conselho fiscal nas companhias Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 34 e ss.

identificando-se que, a assembleia-geral está para o Legislativo, a administração está para o Executivo. E o Judiciário estaria para qual órgão societário?¹⁴⁰

Em direito societário, a discussão acerca do necessário estabelecimento de freios e contrapesos para contrabalancear os poderes entre os órgãos da companhia geralmente está centrado na relação administradores *versus* acionistas ou acionistas controladores *versus* acionistas minoritários, sobretudo para prevenção de atos cometidos em prol de benefícios particulares (seja pelos administradores – em mercados de controle disperso, seja por acionistas controladores – em mercados de controle concentrado)¹⁴¹.

Entretanto, há outro *desequilíbrio* nas relações internas de poder nos órgãos da companhia: a completa ausência de órgão efetivo de controle quanto à legalidade dos atos praticados pela administração (com ou sem o conhecimento do acionista controlador – se houver), e dos quais não necessariamente decorra prejuízo imediato para a companhia ou satisfação de interesse particular do administrador e/ou controlador.

É nesse contexto que o surgimento da prerrogativa de fiscalização e controle das contas da administração remonta, como a maior parte das regras societárias,

¹⁴⁰ “A comparação da fórmula de distribuição de poderes na sociedade anônima parecia quase perfeita: o Legislativo, representado pela assembleia-geral; o Executivo, pela Diretoria e o Conselho (tendo Ripert visto um Poder Judiciário no antigo arbitramento obrigatório), completando-se assim o quadro político democrático-liberal. Com o tempo, já foi visto, ao conselho de administração foram outorgadas funções de fiscalização, orientação e alguns poderes de gestão, inserindo-o determinadamente entre a Assembleia e a Diretoria. (...) Estes órgãos considerados pela doutrina como de vigilância em sentido estrito, existem em caráter permanente e atuam em cooperação com os órgãos de direção participando em algumas funções destes. (...) Para garantia dos credores, dos minoritários e do crédito em geral, conceberam-se órgãos de controle sobre a gestão voltados principalmente para as contas (revisão da contabilidade), chamados órgãos de fiscalização ou de revisão. Esse controle em geral, a posteriori, tem sido confiado a órgãos específicos, tais como os comissários na França e na Bélgica os auditores ingleses e norte-americanos, o Abschlussprüfer, alemão, o Kontrollstelle suíço e o conselho fiscal brasileiro.” BULGARELLI, Waldírio. O conselho fiscal nas companhias Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37.

¹⁴¹ Eduardo Secchi Munhoz faz interessante análise a esse respeito: “No momento em que o Brasil observa a gradual transformação de suas companhias abertas, ao que tudo indica, na direção de um maior nível de dispersão acionária, o estudo da estrutura de governo das sociedades anônimas justifica-se ainda com maior razão. (...) É interessante notar que, com o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro, sobretudo, a partir de 2004, tem havido gradual modificação do padrão de elevada concentração do capital das companhias brasileiras, e especificamente daquelas listadas no Novo Mercado. No Novo Mercado, tem aumentado o número de companhias destituídas de acionista controladores majoritário, mas caracterizadas pela presença de blocos minoritários de acionistas. Essa estrutura da propriedade do capital está em linha com o sistema de freios e contrapesos antes preconizado (...) A resposta, portanto, à questão sobre quem deve comandar a companhia não pode ser dada de forma unívoca ou singela. **Acionistas e administradores podem ser bons líderes da atividade empresarial, levando a companhia ao cumprimento de sua função social. É preciso, porém, que o direito societário estabeleça um regime equilibrado que assegure a presença de um sistema de freios e contrapesos para o exercício desse poder.**” MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Quem deve comandar a companhia? Alocação do poder empresarial: sistema de freios e contrapesos*. In Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 505.

primeiramente um costume das antigas companhias, para depois ser consolidado em leis¹⁴². Conforme observado por Carvalhosa, a fiscalização das contas dos administradores já aparecia no início do direito societário, nos acordos entre os diretores e coparticipantes das companhias das Índias, em 1623¹⁴³.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 não dispôs sobre qualquer sistema de controle, embora tenha previsto o direito do acionista de analisar os livros sociais. Entretanto, esta acabou se organizando na época, por uma questão de necessidade de prestação de contas dos mandatários aos que os tinham elegido e a impossibilidade do acionista fazê-lo diretamente¹⁴⁴.

Foi em 1882, sob a influência da lei francesa de 1867¹⁴⁵, que a Lei 3.150, de 4 de novembro 1882, que teve início um modelo liberal de regulamentação das companhias brasileiras, com previsão de (i) possibilidade de criação de sociedades anônimas sem autorização do governo (exceto sociedades estrangeiras, bancos, comercializadoras de produtos alimentícios), (ii) limitação das responsabilidades de acionistas e administradores; (iii) revisão de contas por chamados “fiscaes”¹⁴⁶, cujo relatório subsidiaria a aprovação das contas pela administração, entre outras características.

¹⁴²Conforme os ensinamentos de Bulgarelli, antes mesmo de se consolidarem leis societárias, os estatutos das companhias (companhias das Índias, na Europa, por exemplo, e Banco do Brasil e companhia de Seguros de Boa-Fé, no Brasil) eram desenvolvidos conforme as necessidades práticas de captação de recursos e organização interna, tendo servido de base para o desenvolvimento dos códigos comerciais que os seguiram. BULGARELLI, Waldírio. O conselho fiscal nas companhias Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 41.

¹⁴³ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 365.

¹⁴⁴ “Com efeito, em face da escala e da sofisticada organização das companhias, impossível imaginar-se aplicável o dispositivo contido no art. 290 do Código Comercial, ao prescrever que “em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência, e do estado da caixa da companhia ou sociedade, sempre que o requerer”. Essa reminiscência, de caráter nitidamente contratual, não mais prevalece, sob o risco de conturbação permanente das atividades normais da empresa e da qual resultaria, outrossim, infrutífera a tentativa de fiscalização individual, em face da complexidade dos negócios e seus registros contábeis”. CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 366.

¹⁴⁵ “Com a codificação napoleônica, o instituto da fiscalização perde substância, pelo silêncio das leis sobre a matéria, sendo, no entanto, restaurado na lei francesa de 1867, que tornou obrigatória a criação do conselho fiscal.” CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 365.

¹⁴⁶ “Art. 14. A assembléa geral nomeará annualmente tres ou mais fiscaes, socios ou não socios, encarregados de dar parecer sobre os negocios e operações do anno seguinte, tendo por base o balanço, inventario e contas da administração. 1º E' nulla a deliberação da assembléa geral approvando as contas e o balanço, si não fôr precedida do relatorio dos fiscaes. § 2º Si não forem nomeados os fiscaes, não aceitarem o cargo, ou se tornarem impedidos, compete ao Presidente da Junta Commercial, e, onde não

Nesse contexto, o intuito de fomentar a captação de recursos e a constituições de companhias no país, o Decreto 164, de 17 de janeiro de 1890, acabou por abolir em grande parte as medidas de segurança e garantia, limitando as responsabilidades dos cedentes de ações e dando competência para assembleia-geral isentar os administradores de qualquer responsabilidade civil ou criminal na hipótese de aprovação de suas contas, o que acabou por aumentar demasiadamente o número de companhias e, ao mesmo tempo, fazer eclodir uma crise de especulação fraudulenta, o que culminou no *ensilhamento*¹⁴⁷.

Em resposta, o modelo foi ajustado por meio do Decreto 434, de 4 de julho de 1891, o qual previu a criação do conselho fiscal, e modelo muito parecido com o de hoje, com competência para revisão *a posteriori* de contas da administração, como subsídio para deliberação da assembleia, além de ter competência para denunciar erros, ilícitos e fraudes.

Em seguida, o Decreto Lei 2.627, de 26 de setembro de 1940, manteve essa mesma sistemática do conselho fiscal, com competência ampla para revisão de contas e controle da legalidade dos atos da administração.

Como visto, a legislação brasileira desde o surgimento de um regramento liberal para as sociedades anônimas, confiou a análise das contas da administração e a detecção de fraudes e ilegalidades de sua atuação a “fiscais” esparsos e, mais recentemente, ao conselho fiscal, visto como órgão na Lei das Sociedades Anônimas.

Conforme análise de Yves Djan, nos países europeus, ao órgão de controle da companhia caberia a função precípua de revisão de contas da administração, com finalidade de proteção da poupança popular, o que fez com que, historicamente, este

houver, ao Juiz do Commercio do termo, a requerimento de qualquer dos administradores, a nomeação de quem os substitua ou sirva durante seu impedimento. § 3º Os fiscaes durante o trimestre que precede a reunião ordinaria da assembléa geral têm o direito de examinar os livros, de verificar o estado da caixa e da carteira, exigir informações dos administradores sobre as operações sociaes, e convocar extraordinariamente a assembléa geral. § 4º Os effeitos da responsabilidade dos fiscaes para com a sociedade são determinados pelas regras do mandato.” Disponível no Portal do Planalto, “Leis do Império”: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3150.htm.

¹⁴⁷ BULGARELLI, Waldírio, O conselho fiscal nas companhias Brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 42.

órgão só fosse obrigatório em sociedades anônimas com um capital mínimo ou em sociedades anônimas com ações comercializadas em mercado organizado¹⁴⁸.

A exemplo do que ocorreu nos países europeus, o conselho fiscal, no Brasil, sempre foi visto com um caráter preponderante de revisor de contas da administração e não um fiscalizador de sua atuação e atividade como um todo. Essa visão limitadora ainda persiste, mesmo com a previsão ampla trazida pela Lei das Sociedades Anônimas.

1.2 A comparação entre o conselho de administração, o conselho fiscal e o judiciário

Embora o controle de contas da administração fosse, historicamente, competência do conselho fiscal, como visto, muitos autores acabam por comparar o conselho de administração em conjunto com o conselho fiscal como o *judiciário* da companhia.

Nesse comparativo, ao conselho de administração caberia fiscalizar a legalidade e a conformidade com os objetivos sociais dos atos da diretoria e ao conselho fiscal caberia a responsabilidade de auditar as contas da administração. Auditar no sentido bem estrito da palavra, de verificar formalmente a legalidade dos lançamentos e não se aprofundar na materialidade e existência dos negócios que justificam as rubricas orçamentárias.

Ora, bem se sabe que essa percepção advém de uma imagem do conselho de administração visto em comparativo com o conselho de supervisão alemão, em que a co-gestão empresarial, advinda da participação paritária dos representantes dos trabalhadores, traz maior legitimidade para classificar o órgão como independente e fiscalizador dos atos da administração¹⁴⁹.

¹⁴⁸ DJAN, Yves. *Le controle de la direction des sociétés anonymes dans le pays de marche commun*. Paris, 1965, p. 14, 15.

¹⁴⁹ A esse respeito, Fábio Konder Comparato: “(...) o princípio da co-gestão, na quase totalidade dos casos, não implica suprimir-se a preponderância dos representantes do capital nas deliberações dos órgãos de administração societária. Nota de rodapé 41: Pela lei alemã de 4.05.1976, o presidente do conselho de administração (Aufsichtsrat) é sempre eleito pelos acionistas e goza do voto de qualidade. Na lei de co-gestão da indústria metalúrgica (*Montanmitbestimmungsgesetz*), de 1951, os representantes dos acionistas e os dos empregados são em igual número no conselho, devendo ambas as categorias designar, de comum acordo, mais um conselheiro, o chamado “décimo primeiro membro”. Além disso o diretor de relações trabalhistas (*Arbeitsdirektor*) não pode ser designado pelo conselho de administração contra o voto

Já no Brasil, a ausência de obrigação de eleição de representantes de grupos diversos de *stakeholders* com assento no conselho de administração, e quando há esta eleição, a ausência de paridade entre os membros, esse conceito dual de um órgão supervisionando a diretoria, se esvazia, uma vez que quem elege os membros do conselho são os próprios acionistas e quem elege os diretores são os membros do conselho nomeados por esses mesmos acionistas, formando-se um “*bloco de superpoder*”, nas empresas de controle concentrado.

Entende-se, nesse ponto, que a prerrogativa dada aos acionistas minoritários e, em alguns casos, aos trabalhadores, de nomear um membro do conselho de administração, não consegue reverter essa situação, tendo em vista que nunca formarão maioria ou, pelo menos empate, tendo sua competência reduzida a registrar votos contrários em separado, nas hipóteses em que discordarem do “bloco de superpoder”.

Ainda, o reduzidíssimo papel do conselho fiscal, na configuração em que se encontra hoje, de revisar *a posteriori* as contas da administração, faz dele um órgão praticamente nulo de controle, em um contexto de operações complexas, por vezes lastreadas em contratos fictícios, remessas duvidosas de recursos entre empresas do mesmo grupo, sub ou supervalorização de ativos, entre outros mecanismos utilizados para esconder e dificultar a identificação de prática de ilícitos pelas empresas.

É exatamente dessa dificuldade de identificar um órgão independente que seja responsável pelo controle de legalidade¹⁵⁰ dos atos praticados pela administração ou das deliberações tomadas pela assembleia-geral que surge a ideia de construir um órgão de fiscalização dotado de independência, competência ampla e responsabilidade, passível de assumir o papel de “judiciário” da empresa.

da maioria dos representantes dos empregados.” Por outro lado, Calixto Salomão se contrapõe na Nota de Texto 3: “nas questões administrativas e mesmo nas questões relativas a planejamento empresarial, a autonomia do *Aufsichtsrat* aliada à participação paritária – ou quase paritária – leva a uma grande independência do órgão. Independência que permite a profissionalização da diretoria e o planejamento a longo prazo da sociedade. É, com efeito, a independência do Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) importante fator para que suas escolhas para os cargos da diretoria respeitem padrões eminentemente técnicos. Ao mesmo tempo, sentindo-se protegida dos interesses de curto prazo do acionista ao lucro, decorrente da existência e independência do *Aufsichtsrat*, a diretoria preocupa-se com o planejamento da atividade e dos investimentos a longo prazo.” COMPARATO, Fábio K. SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 40.

¹⁵⁰ Aqui se entende legalidade de forma mais ampla, de modo a englobar a conformidade com os regramentos internos da empresa (estatuto social, contrato social e outros normativos).

Por fim, a ideia de construir um órgão fiscalizador interno à companhia e não contar com o trabalho de uma auditoria externa para tanto decorre do fato que somente um órgão interno poderia transpor as barreiras de uma fiscalização meramente formal de revisão de contas.

Neste ponto, discorda-se de Modesto Carvalhosa que considera a auditoria externa mais eficaz ao afirmar que “adotam algumas legislações, como reminiscências do século passado, o sistema orgânico, tendo a maioria evoluído para o sistema de fiscalização externa e profissional, por auditores independentes”¹⁵¹, uma vez que as críticas apontadas ao controle interno (remuneração baixa, subordinação à diretoria, distanciamento dos negócios, falta de responsabilização, verificação formal das contas), são transponíveis mediante previsões de composição e competência mais apuradas para o órgão.

Soma-se a isso o fato de que as auditorias externas, exatamente por não poderem adentrar nos negócios da companhia e por serem contratadas pela própria administração, a qual deveria ser objeto de escrutínio, não têm acesso a informações suficientes e nem competência para analisar, por exemplo, a materialidade das operações, se um contrato de prestação de serviços de assessoria foi mesmo executado, se há contabilidade ou sistemas de informação paralelos, restringindo-se à análise da legalidade dos lançamentos contábeis e sua correta classificação nos balanços na empresa.

Verifica-se, portanto, que auditores externos devem servir como um aparato técnico para o desenvolvimento das atividades do conselho fiscal, mas jamais substituí-lo, tendo em vista que sua competência é mais ampla do que a revisão de contas: compreende a verificação da legalidade dos atos da administração.

Com relação à possibilidade de adoção, em paralelo ao conselho fiscal, de um comitê de auditoria interna, nos moldes previstos pelo *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, lei federal americana 107-204, opta-se pela concentração das funções em um único órgão, conforme detalhado nos tópicos a seguir.

¹⁵¹ CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 365.

2. O Conselho fiscal: O que é? O que tem sido? O que deveria ser?

O histórico panfleto político do filósofo francês Emmanuel Joseph Sieyès, analisa o papel do terceiro estado na sociedade estamentária da França pré-revolução, por meio dos seguintes questionamentos: O que é o Terceiro Estado? O que tem sido ele? O que quer ser?¹⁵²

Fazendo-se um paralelo com o referido panfleto, pretende-se nos itens a seguir, analisar as estruturas do conselho fiscal, por meio das respostas acerca do que ele é, de acordo com a legislação, o que tem sido e, o que deveria ser.

Com relação ao que deveria ser, novamente há um paralelo com o Terceiro Estado ilustrado por Sieyès, uma vez que, ainda que faticamente exerça papel irrisório, pela competência que lhe foi legalmente outorgada, deveria ser visto como essencial ao funcionamento das companhias brasileiras¹⁵³.

Tal forma de análise do conselho fiscal permitirá transpor os “preconceitos” acerca da utilidade do órgão, em muito decorrente do irrisório papel que tem exercido nas companhias brasileiras, e a partir daí identificar o potencial a ser explorado para que passe a ser um efetivo centro de fiscalização interna.

Waldírio Bulgarelli em relevante trabalho sobre o conselho fiscal publicado em 1988, constatou que escândalos de fraudes contábeis em instituições financeiras eclodidos anos antes teriam feito ressurgir os questionamentos com relação ao papel deste órgão nas companhias brasileiras.

¹⁵² “*Le plan de cet écrit est assez simple. Nous avons trois questions à nous faire. 1° Qu’est-ce que le Tiers état? -TOUT. 2° Qu’a-t-il été jusqu’à présent dans l’ordre politique? - RIEN. 3° Que demande-t-il? - À ÊTRE QUELQUE CHOSE*” SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu’est-ce que le Tiers état?* Paris, 1789.

¹⁵³ “Em princípio, deve ser esclarecido que o direito de controle sobre os negócios sociais é quase um “direito natural” derivado da condição de sócio. A ele corresponde o dever administrativo de fornecer as elucidações buscadas pelo sócio. Direito individual intrínseco na qualificação de sócio não pode ser extinto.” FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 229.

Segundo o autor, muitos foram os questionamentos acerca de onde se encontravam os membros do conselho fiscal e por que não foram capazes de identificar e relatar as fraudes contábeis que assolaram as instituições financeiras na época.

Tal questionamento foi importante para trazer à tona a questão da subutilização do conselho fiscal como órgão de controle interno e para subsidiar uma análise de quais determinações legais contribuíram para sua falta de efetividade.

Nesse contexto, Bulgarelli acaba por, no paralelo entre órgãos societários e os poderes do Estado, comparar o conselho fiscal ao Tribunal de Contas, haja vista sua competência de revisor de contas da administração, para subsidiar a deliberação quanto sua aprovação pela assembleia-geral.

Reconhecendo o papel tímido que o conselho fiscal tem desempenhado nas companhias brasileiras, de fato, a resposta para a pergunta “O que o conselho fiscal tem sido”, poderia ser “algo como um tribunal de contas”. Entretanto, se perguntarmos o que o conselho fiscal deveria ser, aí, podemos ser mais esperançosos e reponder “o judiciário da empresa”, de modo a encontrar a resposta para o vácuo identificado no contrapeso aos poderes da administração e da assembleia-geral.

A discrepância entre as respostas se dá pelo fato que tribunais de contas estão a serviço do legislativo para prestar-lhes informações com relação às contas do executivo e servir de subsídio nas deliberações de aprovação de contas.

Partindo-se da premissa de que há uma falha no sistema de freios e contrapesos entre os órgãos societários, haja vista a ausência de um órgão interno eficiente de fiscalização, pretende-se identificar quais competências exercidas atualmente pelo conselho fiscal, comitês de auditoria, comitês de *compliance* e comitês de risco, entre outros afins, podem ser reunidas em um único órgão autônomo de controle.

A opção pelo conselho fiscal para reunir a fiscalização decorre da própria lei das Sociedades Anônimas, que confere a este órgão competência mais ampla que a mera análise de contas, ao prever que cabe a ele “fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e

estatutários”, além de impedir a delegação da competência de seus membros a outro órgão (art. 161, §7º).

2.1 O conselho fiscal na legislação brasileira

O conselho fiscal está previsto da Lei de Sociedades Anônimas, tendo sua composição, funcionamento, competência e responsabilidade de seus membros previstos nos artigos 161 a 165- A, podendo ser de funcionamento permanente ou instalado a pedido e, nas sociedades de economia mista, de funcionamento obrigatório. O conselho fiscal também é previsto no Código Civil, na parte que regula as sociedades de responsabilidade limitada, dos artigos 1.066 a 1.070, não sendo obrigatório nesse tipo societário.

A seguir, apresentar-se-á a resposta à primeira pergunta formulada na introdução a este tópico “O que é o conselho fiscal?”.

2.1.1 Composição

O primeiro ponto de controvérsia acerca do conselho fiscal diz respeito à sua composição, haja vista a previsão legal¹⁵⁴ de (i) número mínimo (três) e máximo (cinco) de membros; (ii) direito de eleição de um membro pelos acionistas titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito; (iii) direito de eleição de um membro pelos acionistas minoritários que representem, em conjunto, 10% das ações com direito a voto; (iv) direito dos demais acionistas com direito a voto de eleger membros em número igual ao dos eleitos pelos demais grupos de acionistas mais um¹⁵⁵.

¹⁵⁴ No Código Civil, há somente previsão de prerrogativa de eleição de um dos membros do conselho fiscal nas sociedades limitadas por minoritários que representem um quinto do capital social (art. 1.066, §2º).

¹⁵⁵ “Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas. § 1º O conselho fiscal será composto de, no mínimo, 3 (três) e, no máximo, 5 (cinco) membros, e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos pela assembléia-geral. (...) § 4º Na constituição do conselho fiscal serão observadas as seguintes normas: a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto; b) ressalvado o disposto na alínea anterior, os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.”

Logo se nota que, na configuração legal, a maioria dos assentos no conselho fiscal será indicada pelo acionista controlador, o mesmo que elege a maioria dos membros do conselho fiscal e, por conseguinte, da diretoria da empresa, o que, por si só, já esvazia o seu papel.

A exposição de motivos da Lei de Sociedades Anônimas dispõe que, uma verificação da realidade das companhias reguladas pelo antigo Decreto-lei 2.627, notou que, na maioria das companhias existentes, todos os membros do conselho fiscal eram eleitos pelos mesmos acionistas que elegiam os administradores. Nesse contexto, nota a exposição de motivos, que o funcionamento do órgão quase sempre se reduzia a um formalismo vazio que inclusive serviria de justificativa para sua extinção¹⁵⁶.

O legislador foi perspicaz ao notar que a sistemática de composição e eleição de membros do diploma anterior acabava por comprometer a função fiscalizadora do órgão. Entretanto, errou na prescrição ao acreditar que os membros eleitos pelos acionistas minoritários, sempre minoritários no conselho fiscal, poderiam conferir independência e autonomia suficiente ao referido órgão de controle.

Conforme aponta Bulgarelli, houve um equívoco legislativo na previsão de formação do conselho fiscal, uma vez que se a intenção do órgão é proteger a minoria, conforme a própria Exposição de Motivos sustenta, por que é garantido ao acionista controlador a maioria dos assentos?¹⁵⁷

Ora é no mínimo ingênuo supor que haverá controle efetivo na hipótese do fiscalizado se confundir com o fiscalizador, em situações que ambos são indicados pelo mesmo grupo de acionistas.

Ainda com relação à sua composição, vale ressaltar o entendimento majoritário da doutrina no sentido de que se trata de um órgão social, “isso porque não atua em nome

¹⁵⁶ “A experiência revela, todavia, a importância do órgão como instrumento de proteção de acionistas dissidentes, sempre que estes usam do seu direito de eleger em separado um dos membros do Conselho, e desde que as pessoas eleitas tenham os conhecimentos que lhes permitam utilizar com eficiência os meios, previstos na lei, para fiscalização dos órgãos da administração”. Exposição de Motivos da Lei de Sociedades Anônimas.

¹⁵⁷ BULGARELLI, Waldírio, *O conselho fiscal nas companhias Brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 67.

de terceiros, ou seja, nem da administração, nem dos acionistas, não estando submetido a nenhum dos demais órgãos sociais, nem sequer à assembleia-geral. Ademais, não respondem os seus membros perante terceiros, fazendo-o apenas junto à própria companhia”¹⁵⁸.

Nota-se, entretanto, que embora o legislador não tenha conferido expressamente a possibilidade de os acionistas minoritários de indicarem a maioria dos membros que compõe o conselho fiscal, entende-se não haver uma proibição legal de excluir, via regramento estatutário, a possibilidade de nomeação de membros do conselho fiscal pelo acionista controlador, uma vez que a letra da lei fala em *poder* e não *dever*:

“Art. 161 A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas.

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

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

Ressalta-se, porém, que pode haver argumento contrário a esse entendimento, com fundamento na segunda parte da alínea b do §4º do art. 161, que prevê que *em qualquer caso*, os membros indicados pelos demais acionistas com direito a voto (maioria) *serão* em número igual aos eleitos pelos preferencialistas e minoritários mais um, o que indicaria para uma suposta *cogência* do dispositivo que norteia a composição do conselho

¹⁵⁸ CARVALHOSA, Modesto, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p 368.

fiscal, de modo a ser ilegal qualquer previsão estatutária em contrário. Os fundamentos para o contra-argumento para essa posição encontram-se detalhados a seguir.

2.1.2 Competência e funcionamento

Embora a lei tenha sido extensa e minuciosa na previsão da composição e competência do conselho fiscal, foi extremamente omissa nas disposições acerca de seu funcionamento.

Com relação à sua competência, previu a lei que o conselho é responsável por (i) fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores, no cumprimento de seus deveres legais estatutários; (ii) opinar acerca do relatório anual da administração; (iii) opinar acerca das propostas dos órgãos da administração relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão; (iv) denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; e (v) convocar a assembleia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes; e (vi) analisar as demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia¹⁵⁹.

Como se nota, a competência do conselho fiscal é amplíssima, podendo fazer jus ao *judiciário* da companhia, uma vez revisor da legalidade das contas e dos atos da

¹⁵⁹ A competência prevista para o conselho fiscal nas sociedades limitadas, pelo Código Civil, é menos extensa, porém semelhante, não inovando em nada do que já previsto na Lei de Sociedades Anônimas, conforme se verifica: “Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes: I - examinar, pelo menos trimestralmente, os livros e papéis da sociedade e o estado da caixa e da carteira, devendo os administradores ou liquidantes prestar-lhes as informações solicitadas; II - lavrar no livro de atas e pareceres do conselho fiscal o resultado dos exames referidos no inciso I deste artigo; III - exarar no mesmo livro e apresentar à assembléia anual dos sócios parecer sobre os negócios e as operações sociais do exercício em que servirem, tomando por base o balanço patrimonial e o de resultado econômico; IV - denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade; V - convocar a assembléia dos sócios se a diretoria retardar por mais de trinta dias a sua convocação anual, ou sempre que ocorram motivos graves e urgentes; VI - praticar, durante o período da liquidação da sociedade, os atos a que se refere este artigo, tendo em vista as disposições especiais reguladoras da liquidação.”

administração. Entretanto, a lei não discorre de forma completa acerca do seu funcionamento e das prerrogativas para exercício dessa competência.

Se restringiu a lei ao prever que (i) os órgãos de administração são obrigados a colocar à disposição dos membros do conselho fiscal cópias das atas reuniões, balancetes e demonstrações financeiras; (ii) qualquer do membro do conselho fiscal poderá solicitar aos órgãos de administração esclarecimentos ou informações, desde que relativas à sua função fiscalizadora; (iii) os membros do conselho fiscal poderão assistir às reuniões do conselho de administração, ou da diretoria, em que se deliberar sobre os assuntos em que devam opinar; (iv) se a companhia não tiver auditores independentes, o conselho fiscal poderá, escolher contador ou firma de auditoria e fixar-lhes os honorários; e (v) o conselho fiscal poderá formular questões a serem respondidas por perito e solicitar à diretoria que indique, três peritos, de notório conhecimento na área em questão, entre os quais o conselho fiscal escolherá um, cujos honorários serão pagos pela companhia.

Nota-se, que embora a competência prevista para o órgão seja ampla, *verificar a legalidade dos atos da administração*”, a prerrogativa para pedido de documentos e a possibilidade de assistir a reuniões se limita a algumas matérias específicas.

O que não impede que o estatuto da companhia e demais documentos societários supram essa lacuna e, de forma a conferir os meios para que o conselho fiscal exerça de forma plena e eficaz a sua competência, garanta todos os mecanismos para que a fiscalização seja de fato eficaz, nos termos das sugestões formuladas nos itens a seguir.

Ainda com relação ao funcionamento, a lei prevê que o funcionamento do órgão será permanente ou periódico, modalidade em que sua instalação pode ser requerida por acionistas detentores de mínimo 10% das ações com direito a voto ou 5% das ações sem direito a voto.

Há uma interessante pesquisa empírica realizada por Alessandro Broedel Lopes, Antonio Carlos Coelho, Alnoor Bhimani e Adriana Cristina Trapp, apresentada no artigo *“The supervisory board as an alternative corporate governance mechanism: evidence*

*from Brazil*¹⁶⁰, em que os autores confirmam que companhias abertas brasileiras que contaram entre 2002 e 2007 com o funcionamento do conselho fiscal e, dentre estas, aquelas que tinham um membro expert em contabilidade e, concomitantemente, seguiam regras de alto nível de governança corporativa apresentaram demonstrações financeiras mais sólidas, menos suscetíveis a distorções pela administração (“*earnings management*”).

Nesse sentido, Carvalhosa assevera que “o conselho fiscal é órgão permanente, não podendo o estatuto dispor em contrário. Não se deve confundir permanência do órgão com a faculdade de funcionar apenas quando desejarem os acionistas em geral e os minoritários em especial”¹⁶¹.

Paralelamente, o maior ponto de discussão entre os doutrinadores acerca do funcionamento do órgão era, antes da reforma legislativa trazida pela Lei nº 10.303, de 2001, com relação à atuação de seus membros ser exercida de forma isolada ou por maioria.

Por um lado, autores como Miranda Valverde, defendiam que o conselho fiscal deveria manifestar suas opiniões como um *órgão*, dessa forma, por maioria, porém que o exercício das funções de fiscalização poderia ser exercido individualmente por cada um dos seus membros.

Por outro lado, autores como Waldemar Ferreira e Bulgarelli refutavam essa ideia por sustentar que *ou* os membros deveriam atuar de forma *individual* ou deveriam agir como um *órgão*, por decisão por maioria, não sendo possível desempenhar suas funções de forma “híbrida”.

Ainda, defendiam os autores desta teoria que somente a *independência de cada um dos membros do conselho fiscal* poderia ser uma solução para o problema da

¹⁶⁰ LOPES, Alexsandro Broedel, COELHO, Antonio Carlos, BHIMANI, Alnoor, TRAPP, Adriana Cristina. *The supervisory board as an alternative corporate governance mechanism: evidence from Brazil*. Denver, 2011.

¹⁶¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 370.

composição do órgão, formado por maioria de membros indicados pelo acionista controlador.

Não teria, nesse sentido, segundo entendimento majoritário da doutrina e já manifestado na jurisprudência, o colegiado do conselho fiscal poder para impedir que um de seus membros exercesse, individualmente, o direito de pedir informações, assistir a reuniões da administração, solicitar contratação de auditoria ou perito externo, ou até mesmo de denunciar irregularidades.

E, seguindo esse mesmo entendimento, as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001 (“Lei 10.303/2001”) reforçaram esse entendimento, por meio da inserção da expressão “por qualquer de seus membros” nos dispositivos relativos às prerrogativas dos membros do conselho fiscal para realizarem os atos de fiscalização.¹⁶²

Sobre esse mesmo tema, Carvalhosa assevera que o poder coletivo decisório do conselho é mínimo, ficando restrito à emissão de pareceres, uma vez que o colegiado teria uma função meramente homologatória da decisão individual de cada membro no exercício de suas funções de fiscalizar, restando somente o poder deliberativo na aprovação de pareceres, estes sim representação da opinião majoritária do órgão¹⁶³.

Nesse contexto, a doutrina tende a considerar que, embora o parecer seja uma manifestação do órgão colegiado, deliberado por maioria, trata-se de declaração coletiva aberta, não-unitária, exatamente por registrar expresso o voto dissidente, quando houver. A aplicabilidade da regra da maioria seria, nesse contexto, uma opção do legislador

¹⁶² Waldemar Ferreira assevera, ao fazer uma análise do órgão à luz da legislação anterior: “Ou o conselho fiscal desempenha todas as atribuições que lhe conferiu a lei, coletivamente, ou em todas elas seus membros podem atuar individualmente. (...) De fato, a lei não faz referência às obrigações do conselho fiscal; alude aos membros do conselho fiscal e, para complementar, permite ser ele composto de um representante de diferentes classes. O choque de interesses entre eles é, pois, possível e então, não haveria nunca maioria, ficando o conselho fiscal impossibilidade de funcionar”. BULGARELLI, Waldírio. *O conselho fiscal nas companhias Brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.184.

¹⁶³ “Desconsiderar tais medidas ou prerrogativas individuais seria negar a consecução da própria finalidade do órgão, que é a de fiscalizar. Ainda que a vontade do órgão seja a da maioria dos seus membros, tomada em reunião regula, é restrito o seu poder de deliberação, pois não pode cercear, impedir ou negar qualquer prerrogativa de fiscalização indicada ou praticada individualmente pelos conselheiros em exercício. O regime deliberativo, portanto, é meramente homologatório das medidas solicitadas pelos conselheiros. O regime deliberativo será decisório tão-somente no que respeita aos pareceres do conselho, os quais, não obstante, deverão conter os votos em separado dos conselheiros discordantes.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 5º e 6º volumes, São Paulo, 1982, p. 242.

meramente pela funcionalidade do órgão em situações que não houvesse consenso e não um inibidor da atuação individual de seus membros.

Com relação aos efeitos dos documentos emitidos pelo conselho fiscal, deve-se levar em consideração a histórica distinção entre declaração de ciência e declaração de vontade. A primeira consistiria somente na apresentação ao destinatário de um fato determinado e os eventuais efeitos subsequentes derivariam do fato declarado. Já a segunda é diretamente voltada não somente a fazer conhecer o próprio conteúdo, mas a obter efeitos jurídicos autônomos, derivados da própria declaração e não do fato representado.

Nesse contexto, os pareceres, informativos e denúncia, assumiriam o revestimento de declarações de verdade, ainda que calcada por um juízo crítico, uma vez que teriam o condão de informar o destinatário e não de produzir efeito *per se*¹⁶⁴.

A despeito da roupagem jurídica que assumam, a doutrina é tímida, sobretudo Bulgarelli, ao dizer que a configuração de poder entre os órgãos da companhia não poderia fazer com que houvesse hierarquia entre eles, não sendo, portanto, as manifestações do conselho fiscal vinculantes na tomada de decisão da assembleia-geral. Ressalva o autor que, a decisão da assembleia, ela sim, poderia ser objeto de questionamento judicial se comprovada a violação dos deveres dos acionistas para com a companhia.

Importante ressaltar que, na visão do autor, embora a lei vincule a tomada de determinadas decisões à existência de parecer do conselho fiscal, esta é uma obrigação instrumental e não de conteúdo, ou seja, sendo o parecer favorável ou contrário, a decisão recairá sob a administração ou assembleia, conforme aplicável.

Por outro lado, Carvalhosa faz distinções entre as manifestações do referido conselho para distinguir as que são vinculantes das que não são, “no que respeita aos *atos de vontade*, tais como aumento ou redução de capital social (arts. 166 e 173) e outros atos constitutivos, os pareceres do conselho fiscal são opinativos, não vinculando a

¹⁶⁴ Neste ponto, fica bem evidente a visão de Bulgarelli no sentido de que a função do conselho fiscal é semelhante a um tribunal de contas: informa, mas não vincula. BULGARELLI, Waldírio, *O conselho fiscal nas companhias Brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.207.

administração nem a assembleia-geral, que poderão contrariá-los. Em se tratando de *atos de verdade*, ou seja, quando o conselho fiscal não aprova as contas da administração e respectivas demonstrações financeiras, o seu parecer vincula os demais órgãos sociais. Não pode a assembleia-geral desconhecê-lo ou votar favoravelmente à aprovação das contas da administração.”¹⁶⁵

Discorda-se de ambos os autores, uma vez que entendida a função do conselho fiscal como a de verificar a legalidade dos atos e contas dos administradores, em ambos os casos, dada a complexidade das atividades empresariais, haverá um juízo de valor, não podendo se tratar de “ato de verdade” e esta manifestação será emanada tão somente no que concerne sua *legalidade* e sendo constatada a violação da lei ou do estatuto, o conselho irá emitir parecer desfavorável, o que deverá ser vinculante. Fosse meramente opinativo sua competência se esvaziaria.

Ainda que a doutrina não compartilhe desse entendimento, não há restrição legal para que o estatuto social da companhia estabeleça a vinculação das decisões deste órgão de fiscalização, desde que não sejam extrapoladas as suas competências (de fiscalização da legalidade dos atos da administração), de modo a não interferir na discricionariedade da gestão dos negócios sociais pela administração, conforme será discutido de forma mais detalhada a seguir.

2.1.3 A oportunidade perdida nas alterações legislativas

A Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997, a Lei nº 10.303/2001 e a Lei nº 12.838, de 9 de julho de 2013 trouxeram diversas alterações na Lei de Sociedades Anônimas. Com relação ao conselho fiscal, a Lei nº 10.303/2001 foi relevante por inserir a expressão “por cada um de seus membros” nas prerrogativas para o exercício da função fiscalizadora do órgão.

¹⁶⁵ CARVALHOSA. Modesto. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997. Volume 3, p. 370.

Entretanto, as alterações legislativas não endereçaram o principal problema de composição do órgão, uma vez que não tratou da questão de possibilidade de nomeação da maioria dos membros pelo acionista controlador.

Como se sabe, não foram poucas as discussões para o endereçamento correto da questão levantada há tempos pela doutrina. Não houve, entretanto, interesse político suficiente para levar adiante este anseio e permitir que o conselho fiscal tivesse representação compatível com a função que representa.

Nas palavras de Waldírido Bulgarelli, “portanto, ao concluir o balanço restrito, embora ao que nos propusemos nestas poucas páginas, sobre a situação do regime jurídico do conselho fiscal perante a pequena reforma introduzida pela Lei nº 9.457/97, havemos de concluir, conforme já anunciaríamos no início deste trabalho, **que se perdeu excelente oportunidade de melhor redigir os dispositivos a ele destinado, aprimorando-o de acordo com as sugestões da Doutrina e das reivindicações dos interessados**”¹⁶⁶ (grifei)

2.2 O comitê de auditoria sob o Sarbanes-Oxley Act versus o conselho fiscal reformulado

O Sarbanes-Oxley Act é uma lei federal americana, de 30 de julho de 2002, que foi editada como resposta para diversos escândalos contábeis que as companhias abertas americanas haviam se envolvido na década anterior.

Em sua seção 301, o Sarbanes-Oxley Act inova ao trazer a obrigatoriedade de todas as companhias, nacionais ou estrangeiras, com títulos listados nas bolsas de valores americanas, de constituir um comitê de auditoria interno. Este comitê deveria (i) estar submetido e a serviço do conselho de administração (*board of directors*), (ii) ser composto por membros independentes do referido conselho, (iii) ter competência para negociar e conduzir a contratação de empresa de auditoria externa independente, em nome da companhia; e (iv) receber denúncias acerca de fraudes contábeis¹⁶⁷.

¹⁶⁶ BULGARELLI, Waldírido (coord.) *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*. São Paulo: Pioneira, 1998.

¹⁶⁷“(2) RESPONSIBILITIES RELATING TO REGISTERED PUBLIC ACCOUNTING FIRMS.—The audit committee of each issuer, in its capacity as a committee of the board of directors, shall be directly

A obrigatoriedade de instalação de um comitê de auditoria nos termos acima expostos também se estende a empresas brasileiras emissoras de títulos nas bolsas de valores americanas, o que fez surgir intenso debate acerca da possibilidade de utilizar-se o conselho fiscal de modo adaptado para fazer jus a essa função ou criar um comitê de auditoria, como órgão paralelo¹⁶⁸.

Em 7 de março de 2003, o então presidente da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), Luiz Leonardo Cantidiano, encaminhou uma carta¹⁶⁹ ao presidente da *Securities and Exchange Commission* (“SEC”), órgão regulador do mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos, Mr. William H. Donaldson, indagando se as empresas brasileiras emissoras de *American Depositary Receipts*, que tivessem um conselho fiscal de funcionamento permanente estaria dispensadas da criação de um comitê de auditoria nos moldes do Sarbanes-Oxley Act.

Na carta, a CVM apresentou de forma sucinta a competência e composição do conselho fiscal e sugeriu que a SEC aceitasse esse órgão como substituo ao comitê de auditoria nas companhias brasileiras.

responsible for the appointment, compensation, and oversight of the work of any registered public accounting firm employed by that issuer (including resolution of disagreements between management and the auditor regarding financial reporting) for the purpose of preparing or issuing an audit report or related work, and each such registered public accounting firm shall report directly to the audit committee. “(3) INDEPENDENCE.—“(A) IN GENERAL.—Each member of the audit committee of the issuer shall be a member of the board of directors of the issuer, and shall otherwise be independent. “(B) CRITERIA.—In order to be considered to be independent for purposes of this paragraph, a member of an audit committee of an issuer may not, other than in his or her capacity as a member of the audit committee, the board of directors, or any other board committee—“(i) accept any consulting, advisory, or other compensatory fee from the issuer; or “(ii) be an affiliated person of the issuer or any subsidiary thereof. “(C) EXEMPTION AUTHORITY.—The Commission may exempt from the requirements of subparagraph (B) a particular relationship with respect to audit committee members, as the Commission determines appropriate in light of the circumstances. “(4) COMPLAINTS.—Each audit committee shall establish procedures for—“(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and “(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters. “(5) AUTHORITY TO ENGAGE ADVISERS.—Each audit committee shall have the authority to engage independent counsel and other advisers, as it determines necessary to carry out its duties. “(6) FUNDING.—Each issuer shall provide for appropriate funding, as determined by the audit committee, in its capacity as a committee of the board of directors, for payment of compensation—“(A) to the registered public accounting firm employed by the issuer for the purpose of rendering or issuing an audit report; and “(B) to any advisers employed by the audit committee under paragraph (5).”

¹⁶⁸ PELEIAS, Ivan Ricardo e LOURENÇO, Maria Cristina, *conselho fiscal – Responsabilidade com a sociedade e os investidores*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63.

¹⁶⁹ Íntegra disponível em: <https://www.sec.gov/rules/proposed/s70203/lcandiano1.htm>. Último acesso em 9 de julho de 2017.

Ainda, a CVM ressaltou que obrigação prevista na legislação americana de o referido comitê ser o responsável por contratar auditores externos independentes colidiria com a lei brasileira, sugerindo que o conselho fiscal pudesse opinar sobre essa contratação ao invés de fazê-lo diretamente¹⁷⁰.

A SEC, por sua vez, em 25 de abril de 2003¹⁷¹, emitiu um parecer em que, no mesmo sentido da carta enviada pela CVM, autorizou que empresas estrangeiras emissoras de ADRs pudessem utilizar outros órgãos internos de fiscalização constituídos na forma da legislação do país sede, desde que adaptados aos requisitos previstos na legislação americana.

Nessa época, os defensores de uma adaptação do conselho fiscal para se adequar ao Sarbanes-Oxley Act sustentavam que uma modalidade “turbinada”¹⁷² do órgão seria mais eficiente para evitar sobreposição de competências e novos custos de implantação de um órgão paralelo¹⁷³.

¹⁷⁰ “Please note that the requirement that a qualified board of auditors be “directly responsible [...] for the oversight of the work of [the auditor] (including resolution of disagreements between management and the auditor regarding financial reporting)” in proposed Rule 10A-3(c)(2)(i)(E) is not fully consistent with Brazilian law. As discussed above, the officers of a Brazilian company are responsible for the preparation of the financial statements of the company, subject to guidance provided by the board of directors, while the Fiscal Council has an overall authority “to supervise the acts of the officers and ensure that they comply with their legal and statutory duties”, and to examine, at least every three months, the trial balance sheet and other financial statements periodically prepared by the corporation, and “to examine the accounts and financial statements for the fiscal year and to provide an opinion on them”, having also the authority to request whatever information is deemed necessary directly to the independent auditor. However, the Fiscal Council is not directly responsible for the oversight of the work of independent auditors. Therefore, it is our suggestion that the SEC should consider expanding Instruction 1 to Rule 10A-3 to apply also to paragraph (c)(2)(i)(E). Accordingly, the responsibility for the resolution of disagreements relating to financial reporting would be assigned to the Fiscal Council only to the extent consistent with applicable Brazilian law. As a practical matter, the Fiscal Council may be required to provide non-binding recommendations to management on any disagreements between management and the auditors. A non-binding recommendation of the Fiscal Council would permit the Fiscal Council to be engaged in the oversight of the financial reporting and the relationship with independent auditors without resulting in an encroachment upon the responsibilities of management under Brazilian law.”

¹⁷¹ Disponível em: <https://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm>. Último acesso em 9 de julho de 2017.

¹⁷² Estudo da KPMG intitulado “conselho fiscal e Comitê de Auditoria: responsabilidades, potenciais conflitos e lições aprendidas - 18ª Mesa de Debates do Audit Committee Institute da KPMG no Brasil”, publicado em 2009, revela que a expressão “conselho fiscal turbinado” foi um jargão criado no mercado para referir-se a um conselho adaptado às regras do Sarbanes-Oxley Act. Nesse estudo, 33% dos especialistas entrevistados consideraram a opção por esse conselho adaptado melhor do que a criação de um comitê paralelo.

¹⁷³ Interessante pesquisa empírica conduzida por Fernanda Foutura e Arioaldo dos Santos, em “Comitê de auditoria x conselho fiscal adaptado: a visão dos analistas de mercado e dos executivos das empresas que possuem ADRs”, demonstra que das 29 empresas brasileiras emissoras de ADRs em 2008, 62% optaram por um conselho fiscal Adaptado e 38% adotaram um comitê de auditoria. Dentre as que escolherem o conselho fiscal, a justificativa de 78% dos empresários pela escolha foi o fato de já serem auditadas por

Por outro lado, os defensores da criação de um comitê de auditoria em paralelo ao conselho fiscal argumentavam que os dois tinham status e competências diversas. O primeiro seria submetido ao conselho de administração, estaria a serviço deste, podendo adentrar mais nos negócios da companhia enquanto ao segundo caberia somente a revisão de contas e legalidade dos atos dos administradores de forma independente.

Ainda, entidades de promoção de governança corporativa nas empresas brasileiras, como o IBGC, Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, emitiram opinião no sentido de que a opção por um conselho fiscal turbinado só seria razoável se adotada por empresas brasileiras submetidas ao Sarbanes-Oxley Act, sendo que as demais deveriam adotar um comitê de auditoria paralelo, como reforço do controle interno.

Importante notar que, como bem observado por Aleksandro Broedel Lopes e outros em “*The supervisory board as an alternative corporate governance mechanism: evidence from Brazil*”¹⁷⁴, a principal diferença entre o comitê de auditoria como vislumbrado pela lei americana e o conselho fiscal brasileiro é a forma de composição. Isso pois, o último prevê (i) a possibilidade de indicação de membros pelos acionistas minoritários, que representem pelo menos cinco por cento das ações sem direito a voto ou dez por cento das ações com direito a voto; (ii) a impossibilidade dos membros serem administradores da companhia, ou seja, não podem ser membros da diretoria ou conselho de administração.

Nesse sentido, a regulamentação do conselho fiscal, ainda que de forma precária, tenta neutralizar a assimetria de informações existente na relação acionista controlador *versus* acionistas minoritários, à luz do contexto brasileiro de poder concentrado. Por outro lado, a solução americana, em um contexto diverso do brasileiro, em que se verifica o controle disperso, busca, por meio da criação de um comitê de auditoria, composto por

uma das quatro empresas de auditoria conhecidas como “Big Four”. FOUTURA, Fernanda e SANTOS, Ariovaldo. *Comitê de Auditoria versus conselho fiscal Adaptado: a visão dos analistas de mercado e dos executivos das empresas que possuem ADRs*. Revista Contabilidade & Finanças, USP, São Paulo, v. 21, n. 53, maio/agosto 2010.

¹⁷⁴ LOPES, Aleksandro Broedel, COELHO, Antonio Carlos, BHIMANI, Alnoor, TRAPP, Adriana Cristina. *The supervisory board as an alternative corporate governance mechanism: evidence from Brazil*. Denver, 2011.

membros do conselho de administração, neutralizar a assimetria de informações existente entre acionistas e administradores.

Tal percepção é essencial para concluir que a criação de um comitê de auditoria vinculado ao conselho de administração pode fazer sentido em uma empresa em que há alguma independência desses membros com relação aos diretores, porém não será útil em empresas em que os diretores ou se confundem com membros do conselho ou são nomeados pelo mesmo grupo de acionistas controladores.

Para além de ser inútil, a criação de um outro órgão de fiscalização interno poderia enfraquecer o conselho fiscal, uma vez que o impedirá de exercer determinadas funções, como por exemplo, opinar na contratação de auditoria externa, sob pretexto desta ser uma função do comitê de auditoria, o que seria uma grande perda para o controle, haja vista a submissão deste órgão à própria administração que os auditores externos irão fiscalizar.

Outro aspecto de enfraquecimento da fiscalização interna da empresa que pode ser prejudicado com a criação de um órgão paralelo é com relação ao controle da legalidade dos atos da administração¹⁷⁵. Esta é uma competência prevista em lei para o conselho fiscal, que já encontra bastante resistência na doutrina, por interpretarem que pode ser algo que leve à extrapolação dos poderes e ingerência na condução da administração da empresa.

Nesse sentido, os autores que defendem a existência do comitê de auditoria, sustentam que este por estar submetido ao conselho de administração, teria mais capacidade e maior conhecimento das atividades empresariais, podendo melhor opinar

¹⁷⁵ “Dessa forma, pode-se dizer que, enquanto o Comitê de Auditoria está relacionado com a administração da empresa, o conselho fiscal tem papel, praticamente, de fiscalização. O conselho fiscal, por não participar das decisões estratégicas da empresa, função que deve ser exercida pelo conselho de administração, pode não ter uma visão tão ampla da companhia, como é de se esperar do Comitê de Auditoria. Segundo o IBGC (2009a, p. 16), a empresa que optar pelo conselho fiscal adaptado precisa tomar cuidado para não atuar como orientador ou assessor de decisões da administração, ainda que algumas dessas decisões possam estar incluídas pela SEC entre aquelas próprias do Comitê de Auditoria como, por exemplo, aprovar a contratação de serviços de auditoria.” FOUTURA, Fernanda e SANTOS, Ariovaldo, *Comitê de Auditoria versus conselho fiscal Adaptado: a visão dos analistas de mercado e dos executivos das empresas que possuem ADRs*. Revista Contabilidade & Finanças, USP, São Paulo, v. 21, n. 53, maio/agosto 2010, p. 5.

sobre sua legalidade, ficando a cargo do conselho fiscal somente a revisão de contas e o parecer nos casos expressos em lei¹⁷⁶.

Ora, conforme se detalhará no tópico seguinte, essa interpretação levaria a um prejuízo incalculável na conformação de uma fiscalização interna eficiente, haja vista que a descentralização da fiscalização levaria à percepção falsa de que se realiza um amplo controle da administração. Porém a parte mais relevante desse controle seria realizada pelo próprio órgão que está sendo fiscalizado, o conselho de administração, sob a *roupagem* de comitê de auditoria.

Conclui-se, portanto, que à luz da realidade em que se inserem as companhias brasileiras, pela predominância de companhias sob controle concentrado¹⁷⁷, submeter um órgão de fiscalização ao conselho de administração (comitê de auditoria), corresponde a confundir a figura do *fiscalizador* com a figura do *fiscalizado*, de modo a direcionar para uma fiscalização aparente, porém ineficaz.

Nos tópicos a seguir, serão detalhados os argumentos pelos quais se entende ser *essencial* a concentração da competência fiscalizatória em um único órgão, no caso brasileiro: no conselho fiscal. Em seguida, detalharemos as características de organização do referido órgão consideradas relevantes para dar-lhe efetividade em sua competência fiscalizatória.

2.3 A concentração da competência fiscalizatória no conselho fiscal

¹⁷⁶ “Por outro lado, a lei não atribuiu ao conselho fiscal competência para opinar sobre a orientação geral dos negócios estabelecida pelo conselho de administração, nem sobre os atos de nomeação e destituição de diretores, muito menos qualquer poder para manifestar-se previamente sobre atos ou contratos que venham a ser firmados. (...) Da mesma forma, embora prevendo a lei expressamente a competência do conselho fiscal de fiscalizar os atos dos administradores, não conferiu ao órgão qualquer poder de interferir na gestão ordinária dos negócios da companhia, conduzida pelos diretores” EIZIRIK, Nelson. *Limites à atuação do conselho fiscal*. Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, n. 84, 1991.

¹⁷⁷ É verdade que estudos já foram publicados a respeito de uma certa *tendência* de dispersão do poder de controle nas companhias brasileira. Fato é que, até o momento, não se pode comparar o mercado de capitais brasileiro com os de países como Estados Unidos, em que a dispersão de controle é a regra. Estudos a esse respeito: GORGA, E. *changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries*. Northwestern Journal of International Law & Business, v. 29, 2009; OIOLI, E. *Oferta pública de aquisição de controle de companhias abertas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; SILVEIRA, Alexandre di Meceli da. *Governança corporativa no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

Como mencionado anteriormente, defende-se como principal característica para o poder de fiscalização, reunido no conselho fiscal, a sua **concentração**. Assim como foi um importante avanço na legislação societária pátria o reconhecimento da existência do acionista controlador como um centro de imputação de direitos e responsabilidades¹⁷⁸, é essencial que se reconheça um poder de fiscalização central, passível de ser identificado e responsabilizado na falha da condução de suas competências.

A dispersão da atividade de fiscalização das atividades dos administradores somente corrobora para sua ineficácia, uma vez que a existência de diversos órgãos com competências justapostas torna impossível a identificação e responsabilização de indivíduos que tenham falhado no exercício de sua função de fiscalizar.

Isso não significa dizer que o conselho fiscal não possa ser estruturado de forma a contar com o auxílio, sob sua supervisão e responsabilidade, de equipes organizadas em gerências ou comitês, conforme suas competências e expertises.

Faz-se necessário, por exemplo, contar com um grupo de indivíduos responsáveis pela análise de dados financeiros da companhia. Por outro lado, outros indivíduos devem encarregar-se da verificação da legalidade de decisões da administração, assinatura de contratos, acompanhamento da participação em licitações, entre outros temas que mereçam a atenção e acompanhamento próximo do conselho fiscal, ainda que sem provocação.

Ainda que se possa criar subgrupos para executar as competências do órgão fiscalizador, não há justificativa plausível para a existência concomitante de um conselho fiscal e um comitê de auditoria submetido ao conselho de administração, por exemplo.

Isso pois, o que se busca evitar com a *concentração* da competência fiscalizatória sob um único órgão que compõe a companhia é: (i) o esvaziamento da responsabilidade

¹⁷⁸ “(...) a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para consecução de finalidades precisas. (...) Ora, uma das mais sentidas lacunas de nossa ordenação jurídica, até a promulgação da nova lei acionária, consistia, justamente, na falta de previsão de limites rigorosos para o exercício do controle societário, na medida em que esse fenômeno social havia sido descuidado, quase que totalmente, na visão do legislador, ou concebido como realidade menos honesta, numa democracia acionária próxima da ilusão comunitária.” COMPARATO, Fábio K. SALOMÃO FILHO, *O Poder de Controle nas Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 363.

pelo exercício das funções de sua competência com diligência; e (ii) a justificativa de restrição das competências do conselho fiscal, ou das instrumentalidades para exercício, sob a justificativa de que esteja sendo exercida por outro grupo de indivíduos sob a supervisão de outro órgão da companhia (assembleia-geral ou administração).

A concentração corrobora também para garantia da autonomia financeira e de atuação do órgão de fiscalização, uma vez que poderá ser claramente identificado no orçamento da empresa qual parcela se destina ao custeio desse órgão. Diferentemente do que ocorre quando se criam diversos comitês, cada um subordinado a uma diretoria ou a um órgão societário diverso, com competências justapostas, sem diálogo entre si e, sobretudo, com autonomia comprometida pelas decisões dos grupos a que estão subordinados.

Não se faz fiscalização efetiva se não houver um órgão central para planejamento das ações de controle, com base em um mapeamento de riscos completo, que englobe toda a atividade empresarial, e com autonomia suficiente para identificar e reportar irregularidades.

Ademais, em uma realidade de controle acionário concentrado, com forte ligação entre administração e assembleia-geral, como ocorre no Brasil, somente um poder de fiscalização concentrado será capaz de servir de freio e contrapeso aos outros órgãos societários.

Diferentemente do que ocorre em países cujo controle acionário é disperso, no Brasil há uma forte correlação entre a assembleia-geral e administração, que dela decorre, não havendo efetivo controle entre eles, sendo necessário um poder fiscalizatório concentrado e empoderado para ser efetivo em suas funções.

Mais importante ainda é a identificação clara dos indivíduos responsáveis pela coordenação da fiscalização, para que formem um eixo de imputação de responsabilidade nos casos de falha no controle, assim como se viu necessário fazer com a figura do acionista controlador.

É bem verdade que a atividade fiscalizatória não é, e não deveria ser, uma atividade de *resultado* e sim de procedimento. Explica-se. Não se pode imputar responsabilidade irrestrita e *objetiva* aos membros do conselho fiscal por qualquer irregularidade cometida no âmbito da companhia que não tenha sido por eles reportada.

Entretanto, quando se bem delimita a competência do conselho fiscal, como órgão responsável pelo controle de legalidade dos atos praticados no âmbito da companhia, bem como lhe capacita por meio da garantia de acesso irrestrito às informações da companhia, decisões da administração (conforme detalhado a seguir), concretos serão os elementos para indicar se houve ou não falha na condução das atividades dos membros do conselho fiscal.

Pior do que não existir controle algum, é existir uma *imagem* de que há fiscalização e que esta é realizada por um sem número de comitês e conselhos esparsos na administração da empresa. A falsa premissa de que quanto *mais órgãos de fiscalização melhor* só leva a uma imagem distorcida da realidade, em que não há delimitação clara de competências. Esta sobreposição de competências, diferentemente do que se pode imaginar, não causa reforço de fiscalização e sim ausência.

Explica-se. Uma administração que queira se esvair de uma fiscalização independente que um órgão como o conselho fiscal, com membros representantes de grupos de interesses diversos do controlador, poderia conduzir, pode recusar-se a colaborar, a fornecer informações a este órgão sob o pretexto de que já o faz por meio de seu próprio comitê de auditoria e dos serviços de auditoria externa que contrata.

Trata-se de uma ilustração de como a criação de um emaranhado complexo de comitês não revestidos de completa autonomia e independência com relação ao órgão que deve fiscalizar só corrobora para o vácuo fiscalizatório. Essa é uma tendência que deve ser veementemente combatida, se se pretende criar um ambiente menos propício à corrupção empresarial.

Ademais, vale ressaltar que, como resposta às críticas de que dar amplo conhecimento das atividades empresariais conduzidas pela administração ao conselho fiscal seria fazê-lo extrapolar seus poderes, defende-se que o acesso à informação seja

irrestrito e que a tomada de decisões, emissão de pareceres, estes sim, estejam estritamente relacionados com a verificação da legalidade dos atos e não à discricionariedade inerente à condução dos negócios.

Nesse sentido, dar acesso à informação não é ingerir na administração e sim fornecer o insumo necessário para que o conselho fiscal exerça de forma plena sua função fiscalizadora. Dispositivos legais e instrumentos estruturais e organizativos serão previstos para evitar o abuso na atuação dos membros do conselho fiscal e impedir que extrapolem suas competências de modo a interferir na discricionariedade da gestão empresarial pela administração.

Pelo exposto, percebe-se que, na construção de um órgão de fiscalização interno eficaz, deve sempre ser perseguida a concentração das funções de controle em um único centro dotado de completa autonomia e independência com relação aos órgãos que lhe cabe fiscalizar. A subdivisão de tarefas e organização interna do órgão não podem perder o norteador principal: ao fim e ao cabo, compete aos conselheiros fiscais a fiscalização da legalidade dos atos praticados pela administração.

Poder-se-ia arguir, então, que um comitê para fiscalização da conformidade da atuação dos empregados e demais colaboradores das companhias (que não compusessem a administração) fosse criado, considerando-se que a competência legal para fiscalização atribuída ao conselho fiscal refere-se tão somente aos atos da administração.

De fato, a competência legalmente atribuída ao conselho fiscal refere-se tão somente aos atos praticados pelos administradores. Entretanto não é competência exclusiva de nenhum órgão da companhia (assembleia-geral, administração ou conselho fiscal) a supervisão da legalidade da atuação dos empregadores e demais colaboradores (que não compõe a administração) no desempenho de suas funções. Nesse sentido, em prol da centralidade da competência fiscalizatória, entende-se ser mais adequado a submissão deste comitê também ao conselho fiscal da companhia.

Disso decorre o fato de que todas as funções relacionadas ao acompanhamento, supervisão e deliberações relacionadas ao controle da legalidade das atividades

desenvolvidas pela companhia por meio de seus empregados, administradores e demais colaboradores deve estar submetida ao conselho fiscal.

Por outro lado, comitês criados para incentivo e fomento de *valores, melhores práticas* que não estejam relacionados ao controle de prática de ilícitos por meio ou em nome da companhia poderiam estar submetidos à administração, conforme seu julgamento de conveniência.

Isso pois, entende-se que a imposição dos *valores e princípios* da companhia, bem como a promoção do seu cumprimento por todos os empregados e colaboradores, desde que não se refiram ao cumprimento de comandos legais, faz parte da discricionariedade da administração da companhia, podendo esta livremente dispor a esse respeito, dentro dos limites da legalidade.

Por outro lado, a atuação em desconformidade com a lei **não** é prerrogativa da administração. É um equívoco supor que o poder de discricionariedade na gestão dos negócios da companhia possa extrapolar os limites da legalidade. Portanto, a fiscalização do cumprimento desses limites, seja por parte da administração, seja por parte dos demais indivíduos que compõem a companhia, deve ser conduzida por um único órgão de controle e, defende-se neste trabalho, que no caso das companhias brasileiras seja o conselho fiscal.

Atribuir ao conselho fiscal essa competência centralizadora da fiscalização da legalidade da atuação da administração nas companhias brasileiras decorre da Lei das Sociedade Anônimas que prevê ser indelegável a competência conferida ao conselho fiscal, nos termos do art. 163, §7º do referido diploma legal.

Desse modo, se (i) não se pode suprimi-lo ou delegar a sua competência a outro órgão e (ii) não é eficiente criar uma multiplicidade de órgãos com competências fiscalizatórias justapostas, utiliza-se do arcabouço normativo existente para, por meio de instrumentos estruturais e organizativos, aprimorá-lo de modo a empoderá-lo suficientemente para o cumprimento de sua competência legal.

2.4 Características de um conselho fiscal eficaz

Superada a questão a respeito da concentração da competência fiscalizatória em um único órgão e sua atribuição ao já previsto legalmente conselho fiscal, passar-se-á a discorrer a respeito das propostas de instrumentos que possam conferir maior eficiência à atividade fiscalizatória do conselho fiscal.

Como exposto no Capítulo III deste trabalho, buscou-se construir propostas que sejam *adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito* para o alcance do objetivo principal de um sistema de conformidade de uma companhia: neutralizar os desequilíbrios existentes nas relações de poder entre os órgãos internos da companhia, de modo a criar um ambiente menos propício à prática de atos contra a administração pública.

A seguir, apresentar-se-ão, as características consideradas necessárias para um conselho fiscal eficaz, detalhando-se sua (i) composição: independência e atributos necessários dos membros; (ii) remuneração e autonomia orçamentária; (iii) competência e prerrogativas para assegurar seu exercício; e (iv) vinculação das decisões.

É importante observar que muitas das sugestões previstas a seguir inspiraram-se na experiência do direito administrativo, sobretudo com relação à criação das agências reguladoras e dos tribunais de contas e controladorias gerais, tendo em vista sua competência fiscalizadora, inserida em um contexto de relações entre entes privados e destes com autoridades estatais cada vez mais complexas, o que ensejaram a discussão de mecanismos que possam garantir a atuação mais efetiva dos referidos entes¹⁷⁹.

¹⁷⁹ A esse respeito, a intensificação dos debates na literatura sobre o papel das agências reguladoras contribui de forma interessante para a formulação das propostas apresentadas, justamente porque os aspectos de sua criação se pautaram pelo atendimento e aderência à nova realidade regulatória imposta: “O surgimento de novos órgãos, instâncias e instrumentos para a atividade regulatória estatal (...). Não tanto pelo *modismo* ou por uma irrefreável tendência de se aderir ao que se revela novidadeiro, sempre referidos pelos críticos menos dedicados à reflexão teórica. Se assumem as agências, hoje, um papel central no Direito Público é porque **suas características e seus pressupostos se mostram bastante aderentes àquelas transformações** por que, dissemos, passam o Direito e o Estado modernos. Tal qual uma ferramenta, se se multiplicam, não só no Brasil, estes órgãos (principalmente as tais agências), é porque o instrumento serve à nova regulação.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 73.

2.4.1 Composição: independência na indicação e atributos necessários dos membros

*Independência*¹⁸⁰

Conforme indicado anteriormente, uma das principais críticas da doutrina a respeito da disciplina legal do conselho fiscal refere-se à sua composição. Isso pois ao atribuir aos acionistas detentores da maioria do capital social (dos quais decorre a indicação da administração) a prerrogativa de indicar a maioria dos membros do conselho fiscal, que estariam imbuídos da competência para fiscalizar os atos da administração, indicada por esses mesmos acionistas detentores da maioria do capital social, acabar-se-ia por colocar em risco o próprio exercício da fiscalização. Isso pois não é coerente atribuir a competência de fiscalização ao próprio fiscalizado.

Nesse sentido, propõe-se que a disciplina do estatuto social disponha que os membros do conselho fiscal sejam indicados da seguinte forma: (i) um membro eleito pelos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito (se aplicável)¹⁸¹; (ii) um membro eleito pelos acionistas minoritários, independentemente de sua participação no capital social da companhia¹⁸²; (iii) um membro eleito pelos demais acionistas; (iv) dois membros independentes, escolhidos pelos membros eleitos na forma dos itens anteriores (por deliberação em maioria).

Explica-se. A indicação de membros para compor o conselho fiscal em igual número por acionistas preferencialistas, minoritários e controladores tem a finalidade de contribuir para o *equilíbrio* na composição do órgão. Se pretende funcionar como um

¹⁸⁰ Sobre a distinção dos conceitos de *independência* e *autonomia*: “As agências vêm sendo dotadas de alguma “independência” que, a legislação menciona ser característica importante de várias delas. “Independência” é uma expressão certamente exagerada. No mundo jurídico, preferimos falar em *autonomia*. As garantir a independência é fazer uma afirmação retórica com o objetivo de acentuar o desejo de que a agência seja ente autônomo em relação ao Poder Executivo, que atue de maneira imparcial e não flutue sua orientação de acordo com as oscilações que, por força até do sistema democrático, são próprias desse poder.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23 e 24.

¹⁸¹ Em respeito ao direito conferido pelo art. 161, §4º, alínea “a” da Lei das Sociedades Anônimas.

¹⁸² Nessa proposta amplia-se o direito conferido aos acionistas minoritários detentores de, pelo menos, 10% das ações com direito a voto da companhia, previsto no art. 161, §4º, alínea “a” da Lei das Sociedades Anônimas.

contrapeso à assembleia geral e a administração não pode ter composição em que, novamente, prepondere a indicação da maioria (como já ocorre nos dois referidos órgãos).

Ainda, para mitigar o risco de utilização indevida dessa prerrogativa por parte dos acionistas minoritários, conforme detalhado a seguir, previu-se a indicação de dois *membros independentes*¹⁸³ a serem indicados, por maioria, pelos conselheiros eleitos pelos acionistas preferencialistas, minoritários e controladores.

A ideia de atribuir-se à prerrogativa de nomeação dos conselheiros fiscais independentes à maioria dos demais membros do órgão foi motivada pela premissa de que quaisquer atributos ou elementos concebidos até o momento para caracterização de um indivíduo como *independente* (sobretudo na literatura sobre a composição do conselho de administração) não são suficientes para afastar a *vinculação velada* destes membros aos indivíduos que os indicaram¹⁸⁴.

Deixar de indicar os dois *membros independentes*, por outro lado, poderia acarretar forte resistência de grupos contrários à proposta, sob a fundamentação de que um suposto poder demasiado dos acionistas minoritários (em indicar a maioria dos membros que compõe o conselho fiscal) representaria um poder de barganha, para agirem com excesso e prejudicarem o andamento das atividades da companhia, sob gestão dos órgãos da administração.

¹⁸³ A dificuldade de identificação das características essenciais de *membros independentes* é objeto de análise de Sheila Christina Neder Cerezetti em: CEREZETTI, Sheila Christina Neder. *Administradores Independentes e Independência dos Administradores (Regras Societárias Fundamentais ao Estímulo do Mercado de Capitais Brasileiro)*. In Marcelo Vieira Von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 575.

¹⁸⁴ A esse respeito: “Não obstante, é questionável se conselheiros nominalmente independentes eleitos por um acionista controlador podem atuar adequadamente como “trustees” que protegerão os interesses dos acionistas minoritários, em vez de atuar como agentes para o controlador. (...) Finalmente, não importa qual seja a definição de independência dada pela lei ou pelos códigos de governança corporativa, saber se os conselheiros ditos “independentes” agirão como tal depende de uma série de fatores, como caráter pessoal e o efetivo distanciamento dos agentes internos do processo de nomeação, que são incrivelmente difíceis de medir.” Mais adiante, em “A estrutura de governança básica: “As modalidades fortes de *trusteeship* reduzem a possibilidade de controle do conselho pelos acionistas (ou qualquer outro grupo). No caso extremo, nenhuma parte interessada, incluindo os acionistas, consegue eleger diretamente representantes para o conselho da companhia. Esse foi o princípio central do antigo “regime de estrutura” (“structure regime”) da Holanda, segundo o qual os conselhos de algumas grandes empresas se tornaram órgãos de nomeiam a si mesmos, tal como os conselhos de muitas entidades sem fins lucrativos ou fundações.” KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*, São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 140, 141 e 174.

Dessa forma, o órgão passaria a ser dotado de independência necessária para o exercício de sua função, sem, no entanto, correr o risco de representar interesses particulares de grupos de acionistas determinados e interessados e utilizar-se da prerrogativa de fiscalizar os atos de gestão para interferir na condução das atividades da companhia pela administração.

Deve-se ressaltar que poder-se-ia apresentar argumento contrário a essa proposta, com fundamento na segunda parte da alínea b do §4º do art. 161, que prevê que *em qualquer caso*, os membros indicados pelos demais acionistas com direito a voto (maioria) *serão* em número igual aos eleitos pelos preferencialistas e minoritários mais um, o que indicaria para uma suposta *cogência* do dispositivo legal que norteia a composição do conselho fiscal, de modo a ser ilegal qualquer previsão estatutária em contrário.

Entretanto, rebate-se esse argumento com base nos seguintes fundamentos (i) o direito de voto, do qual decorre a prerrogativa de indicar a maioria membros para compor o conselho fiscal, não é direito essencial, podendo ser renunciado a qualquer momento; (ii) a disciplina do estatuto social que preveja a indicação dos membros do conselho fiscal da forma indicada acima pode ser alterada a qualquer momento pela maioria dos acionistas, de modo modificar a renúncia ao seu direito de indicação da maioria dos membros anteriormente prevista; (iii) a interpretação teleológica do art. 161 não permite a conclusão de que seria *vedado* aos acionistas dispor em estatuto social a respeito da composição de um conselho fiscal que reforçasse a sua independência.

Primeiramente, com relação à possibilidade de renúncia ao direito de voto, do qual decorre a prerrogativa para indicar a maioria dos membros que comporão o conselho fiscal, observa-se que é admitida legalmente, considerando que, nos termos do art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas, o direito de voto não é direito essencial, o qual não poderia ser suprimido por disposição do estatuto social nem deliberação da assembleia-geral.

Com relação a esse fundamento cabe, ainda, acrescentar o fato de que consta como direito essencial do acionista, previsto no art. 109 da Lei das Sociedades Anônimas, inciso III, o direito de “fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”. Desse modo, previsão estatutária que garantisse o direito de indicar a maioria dos

membros do conselho de administração aos acionistas minoritários além de não ser ilegal estaria reforçando o direito essencial dos acionistas de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, uma vez que representaria um instrumento objetivo para garantia da *independência* dos indivíduos responsáveis pela fiscalização.

Em segundo lugar, essa disposição estatutária, como todas as outras, poderia ser alterada a qualquer momento por deliberação da assembleia-geral, respeitadas as disposições da Lei das Sociedades Anônimas a esse respeito. De modo que a renúncia ao direito não essencial de voto, especificamente com relação ao poder de indicar a maioria dos membros do conselho fiscal, poderia ser revertida a qualquer momento.

Por fim, porém não menos importante, a teleologia do art. 161 não poderia admitir interpretação que considerasse ilegal um mecanismo para garantir maior independência aos membros do conselho fiscal, de modo a promover maior eficiência do órgão no exercício de sua competência fiscalizatória. Ora, o órgão foi concebido justamente para representar um contrapeso ao poder da administração sobre a gestão dos negócios sociais, para que houvesse um órgão, dotado de independência, que exercesse a fiscalização sobre a atuação da administração, garantindo-se a sua manutenção dentro dos limites da legalidade¹⁸⁵.

Isso pois, como se depreendeu da análise da doutrina a respeito do conselho fiscal, o órgão foi criado justamente para servir como um contrapeso aos demais poderes que compõe a companhia, bem como exercer efetiva competência de *fiscalização* sobre a administração. Nesse contexto, como mencionado anteriormente, se a administração *decorre* de deliberação da maioria, o órgão que fiscaliza a administração não deveria *decorrer* dessa mesma maioria, se não se quer *confundir* a figura do *fiscalizador* com a figura do *fiscalizado*.

¹⁸⁵ A preocupação com a independência dos membros de quadros dirigentes de agências reguladoras é constantemente manifestada na literatura a respeito da criação e funcionamento dos referidos entes. Embora os mecanismos jurídicos sugeridos para garantir essa independência não possam ser replicados no contexto societário (estabilidade dos dirigentes durante o mandato para o qual foram eleitos, quarentena - para não exercício de cargo em ente privado regulado após encerramento dos mandatos, entre outros), o pressuposto considerado para essas soluções é o mesmo que se propõe aqui: não se pode confundir a figura do fiscalizador com o ente fiscalizado. A esse respeito: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Não é razoável supor, portanto, que, se de comum acordo entre os acionistas, respeitadas as regras para alteração do estatuto social da Lei das Sociedades Anônimas, seja prevista regra estatutária que atribua aos acionistas minoritários (respeitado o direito dos acionistas preferencialistas), a prerrogativa de indicar a maioria dos membros que comporão o conselho fiscal¹⁸⁶.

Cabe ressaltar que em relevante julgado da CVM a respeito da função fiscalizatória de comitês estatutários, em que se analisou, dentre outros, a responsabilidade dos membros de comitês estatutários da Sadia S.A. pela não identificação de inconformidades de investimentos realizados pela companhia com relação às regras previstas em política interna de investimentos, a autarquia ressaltou a incongruência existente em eventual confusão entre a figura do *fiscalizador* e a figura do *fiscalizado*¹⁸⁷.

Mais uma vez ressalta-se que não se trata de *desconfiança* da figura do acionista controlador, tampouco dos membros da administração. Porém se a própria lei já reconheceu a importância da criação de um órgão de fiscalização da legalidade dos atos da administração – o que não configura um ato de *desconfiança*, mas sim de *equilíbrio* no exercício do poder dentro da companhia, não se pode argumentar que ao buscar instrumentos para sua composição independente estaríamos em uma posição de *suposição de inidoneidade* do controlador ou dos membros da administração. Estar-se-ia tão somente conferindo maior efetividade ao órgão já previsto pelo legislador.

Por fim, entende-se que poderiam surgir argumentos contrários ao posicionamento indicado acima que arguissem que, ao conferir essa prerrogativa aos

¹⁸⁶ Caso a realidade da relação entre os acionistas permita e seja conveniente mitigar o risco de a disposição estatutária na forma proposta ser considerada ilegal, sugere-se a sua adoção via acordo de acionistas, em que, ao invés de atribuir prerrogativa de indicação de membros diferente da prevista na lei, institui-se a obrigação dos acionistas titulares de ações representativas da maioria do capital social de votar no sentido indicado pela maioria dos conselheiros eleitos (pelos preferencialistas, minoritários e demais acionistas) para indicação dos dois membros independentes, respeitadas as regras para caracterização de *independência*.

¹⁸⁷ “A razão de tal distorção refere-se a um elemento essencial de um modelo de gestão e monitoramento de riscos: sua posição organizacional. As pessoas envolvidas com o sistema de gerenciamento de riscos não podem estar unicamente subordinadas aos executivos responsáveis pelas operações. Executivos financeiros possuem interesses conflitantes com a gestão de riscos e devem ser monitorados de forma independente. **É de pouca valia um sistema de monitoramento de riscos que esteja subordinado ao executivo responsável pela elaboração das operações.**” Voto do Diretor-relator, Alexsandro Broedel Lopes, no Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 18/08, em sessão de julgamento de 14 de dezembro de 2010.

acionistas minoritários – em contrariedade à regra de supremacia da maioria que permeia a Lei das Sociedades Anônimas, a companhia sujeitar-se-ia ao risco dos minoritários de agirem com abuso de poder, de modo a induzir os membros do conselho fiscal por eles indicados a tomar decisões contrárias às decisões da administração, sob o pretexto de *ilegalidade*, porém motivados por interesses particulares.

Entende-se razoável essa preocupação, é justamente esse o fundamento para diversos dispositivos legais que buscaram não conferir direitos *potestativos* aos acionistas minoritários. Porém, há instrumentos, para além da existência da figura dos membros independentes e do representante do controlador no conselho fiscal, para endereçar esse risco de exercício abusivo de poder pelos acionistas minoritário, conforme proposta detalhada a seguir.

Para endereçar o risco de abuso do poder do minoritário na indicação dos membros do conselho fiscal, propõe-se a garantia de prerrogativa do conselho de administração de deliberar contrariamente a um parecer do conselho fiscal que repute a execução de um ato pela administração como *ilegal*, desde que (i) a deliberação seja acompanhada de parecer que justifique a legalidade do ato sob análise e contraponha pontualmente os argumentos apresentados pelo conselho fiscal, devidamente assinado por todos os membros do conselho de administração favoráveis a essa revisão da decisão do conselho fiscal; e (ii) a deliberação, acompanhada dos pareceres do conselho fiscal e do conselho de administração, devidamente assinados, sejam levadas a registro, para garantia de sua publicidade.

Seguindo esse procedimento, na hipótese de haver abuso por parte do conselho fiscal (orientado ou não por acionistas minoritários movidos por interesses particulares), o conselho de administração poderá reverter a decisão e autorizar que a diretoria prossiga com a consecução do ato da administração questionado pelo conselho fiscal.

Ainda que, de fato, ao cabo do procedimento proposto, a decisão acerca do prosseguimento ou não de um ato da administração (reputado pelo conselho fiscal como ilegal) seja atribuída ao conselho de administração, cujos membros serão indicados pelos acionistas que representem a maioria do capital social, ao discutir-se a matéria em reunião, exigir-se a produção de parecer e a assinatura dos membros favoráveis ao seu

conteúdo, ao menos trar-se-á luz ao tema e delimitação concreta dos responsáveis pelo ato sob análise. E, na hipótese de a diretoria ser autorizada pelo conselho de administração a prosseguir com o ato (reputado ilegal), caso, posteriormente, a companhia seja responsabilizada pelas autoridades competentes pela consecução do referido ato, os administradores terão chamado para si a responsabilidade pelo ilícito, podendo ser responsabilizados nas searas aplicáveis (civil, administrativa e penal).

É verdade que o procedimento proposto pode ensejar custos e demora para aprovação de atos que, por ventura possam demandar celeridade, considerando-se as formalidades para convocação e realização de reunião do conselho de administração. Entretanto, trata-se de procedimento a ser seguido em hipóteses de exceção, em que eventualmente, o conselho fiscal (orientado ou não por acionistas minoritários movidos por interesses particulares) busquem barrar atos da administração que não sejam ilegais.

Trata-se, não de um procedimento a ser utilizado com frequência na condução da administração da companhia, mais um desestímulo à atuação abusiva dos membros do conselho fiscal, uma vez que se confere instrumento efetivo (sem a necessidade de se recorrer ao judiciário) para reversão de decisão que extrapole os limites de sua competência.

Para além desse desestímulo, há também a possibilidade de responsabilização dos membros do conselho fiscal que agirem (influenciados ou não pelos minoritários) de maneira abusiva e em desconformidade com os limites legais e estatutários de sua atuação, bem como com os deveres de diligência e lealdade que a lei lhes impõe.¹⁸⁸

Atributos

Para que os membros do conselho fiscal passem a exercer efetivamente a competência que a lei lhes atribuiu: fiscalizar a legalidade dos atos da administração, para além de garantir sua independência deve-se prever que disponham dos atributos mínimos para o exercício de sua função.

¹⁸⁸ Arts. 153 a 156, combinados com art. 165 da Lei das Sociedades Anônimas.

Para além dos atributos já previstos na legislação, conforme indicado em tópico anterior, sugere-se que os membros do conselho fiscal sejam de fato pessoas conhecedoras do mercado em que a companhia atua e dos *riscos* inerentes a sua atividade¹⁸⁹.

Nesse sentido, se tratar-se, por exemplo, de companhia engajada em projetos que ensejem riscos ambientais relevantes, seria importante que ao menos um membro do conselho fiscal dispusesse de formação e/ou experiência profissional suficiente para ter habilidade em identificar e mensurar os referidos riscos na análise dos casos concretos¹⁹⁰.

Da mesma forma, uma companhia cujo faturamento decorra precipuamente de contratos com a administração pública, deverá contar com membro do conselho fiscal que tenha experiência e/ou formação apta a compreender procedimentos licitatórios, limites legais dos contratos públicos, entre outros temas relacionados ao assunto.

Os membros do conselho fiscal devem ser dotados de conhecimento e experiência suficientes para entender os negócios conduzidos pela companhia, identificar riscos e conseguir discernir a respeito da legalidade dos atos postos a sua fiscalização. Não se trata, no entanto, de buscar membros que tenham absoluto conhecimento sobre todas as áreas de negócios e de direito, para que possam deliberar sozinhos a respeito da legalidade de qualquer ato, mas sim de indicar membros que, por sua experiência e formação pregressa tenham capacidade de compreender, ainda que com o subsídio de especialistas sob sua supervisão e contratação, os negócios da companhia e os riscos a que está

¹⁸⁹ “Muitos pensam que os conselheiros independentes [membros do conselho de administração], com seu entendimento limitado da gestão de risco e das complexidades da administração bancária, contribuíram para a crise dos bancos em 2008-2009. Em razão disso, a ênfase dos formuladores de políticas públicas, especialmente (mas não exclusivamente) para as instituições financeiras, hoje recai tanto sobre a competências quanto sobre a independência.” KRAAKMAN, Reinier et al. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*. São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 141.

¹⁹⁰ Um dos elementos considerados pela doutrina como essenciais para o *sucesso* atribuído às agências reguladoras é justamente a possibilidade de seus membros disporem de conhecimento especializado necessário e capaz de lidar com a complexidade dos setores econômicos que se pretende regular. A esse respeito: “É fato que o desenvolvimento e a sofisticação do conhecimento humano trazem uma especialização dos ramos jurídicos sem precedentes. Isto se revela na edição de legislações cada vez mais herméticas, para a compreensão e operação das quais não bastam sólidos conhecimentos jurídicos, fazendo necessário a eles acoplar conhecimentos técnicos do setor específico normatizado.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 80.

submetida. Para que, nos casos concretos consiga delibera, justificadamente, acerca da legalidade dos atos da administração sob sua supervisão.

Finalmente após apresentadas as regras propostas para indicação e os atributos dos membros do conselho fiscal, como defendido no Capítulo III deste trabalho, passar-se-á a submetê-las ao teste da proporcionalidade, de modo a constatar sua *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

No caso em tela, entende-se que esta proposta é *adequada*, uma vez que prever a indicação de membros para o órgão de fiscalização por figura diversa daquela que indica os membros para o órgão fiscalizado é um instrumento adequado ao atingimento do objetivo de aumentar o grau de independência dos membros.

Em seguida, entende-se que a proposta é *necessária*, uma vez que não se vislumbra outro instrumento igualmente efetivo para a garantia de maior *independência* dos membros que compõe o órgão de fiscalização da companhia. Sabe-se do intenso debate e a ausência de consenso a respeito dos critérios para mensurar a independência dos membros independentes que compõe o conselho de administração das companhias¹⁹¹.

Se no caso do conselho fiscal é possível tratar o problema em sua *gênese* ao romper o vínculo entre fiscalizador (membro indicado) e fiscalizado, pela simples supressão de sua prerrogativa de indicar a maioria dos seus membros, confere-se menos importância ao intenso e subjetivo debate a respeito de quais características o referido membro deveria dispor para ser considerado efetivamente independente. Neutraliza-se assim o risco de o órgão de controle da companhia deixar de identificar ou reportar um ato de ilegalidade praticado pela administração por *coação velada* ou *influência* de quem o indicou.

Por fim, a proposta também pode ser considerada *proporcional em sentido estrito*, uma vez que o *custo* a ser suportado para sua implementação é pequeno: a renúncia do direito dos acionistas controladores de indicarem a maioria dos membros que comporão

¹⁹¹ A esse respeito: CERZETTI, Sheila Christina Neder. *Administradores Independentes e Independência dos Administradores (Regras Societárias Fundamentais ao Estímulo do Mercado de Capitais Brasileiro)*. In Marcelo Vieira Von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 575.

o conselho fiscal, responsável pela fiscalização da legalidade dos atos praticados pela administração, por eles (controladores) eleita. Ressalta-se que a renúncia feita pelos controladores se dará em favor de acionistas minoritários que também têm interesse na geração de valor para a companhia e não têm interesse em indicar membros que *encobertem* eventual atuação ilegal da administração, uma vez que não foram eles os responsáveis por sua indicação.

Nesse sentido, caso a administração haja de forma idônea e dentro dos limites da legalidade, a companhia como um todo (considerando-se seus *stakeholders*) será beneficiada. Caso, por outro lado, o conselho fiscal identifique e reporte a ilegalidade de um ato praticado pela administração (com ou sem o conhecimento do acionista controlador), da mesma forma, a companhia como um todo (considerando-se seus *stakeholders*) será beneficiada.

Para o risco de abuso de poder pelos acionistas minoritários, do qual decorra atuação dos membros do conselho fiscal em extrapolação à sua competência, além da responsabilização dos referidos indivíduos, nos termos já previstos na Lei das Sociedades Anônimas, sugere-se o poder de revisão das decisões do conselho fiscal por parte do conselho de administração, conforme procedimento detalhado acima.

Finalmente após apresentadas as regras propostas para indicação e os atributos dos membros do conselho fiscal, como defendido no Capítulo III deste trabalho, passar-se-á a submetê-las ao teste da proporcionalidade, de modo a constatar sua *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

2.4.2 Remuneração e autonomia orçamentária

A fim de atrair profissionais competentes e dispostos a assumir a responsabilidade inerente ao exercício de mandato como membro de um conselho fiscal de tamanha relevância, faz-se necessário superar o limite legalmente estabelecido para remuneração dos membros do conselho fiscal e garantir remuneração proporcional.

Nesse sentido, se se busca atrair profissional *independente*, dotado de experiência e formação suficiente para exercer com destreza a sua competência fiscalizatória e, ainda,

disposto a assumir as responsabilidades inerentes ao cargo, a remuneração deverá atender a padrões de mercado para profissionais de mesma formação e competência, aproximando-a cada vez mais da remuneração a ser percebida pelos administradores.

Vale ressaltar, no entanto, que não faz sentido atribuir remuneração variável aos membros do conselho fiscal vinculada aos resultados da companhia. Uma vez que, o que se busca por meio do empoderamento do órgão, é justamente garantir uma neutralização de eventuais desequilíbrios já existentes entre os órgãos da companhia.

Explica-se. Se por um lado, administradores recebem remuneração variável, vinculada aos resultados da companhia, justamente com a finalidade de alinhar seus interesses aos dos acionistas, por outro, o conselho fiscal deve ser um contrapondo a eventual desequilíbrio que esse incentivo pode gerar: a assunção de riscos para além do limite da legalidade.

Ora se é interessante que administradores recebam remuneração variável vinculada ao desempenho econômico da companhia, também é interessante que esse estímulo seja controlado para que não leve a administração a assumir riscos tamanhos que comprometam a atuação da companhia dentro dos limites da legalidade, mas que no curto prazo garantam resultados econômicos satisfatórios dos quais os administradores irão partilhar.

Dessa forma, o conselho fiscal, cujos membros perceberão remuneração adequada, mas não farão jus a remuneração variável vinculada aos resultados da companhia, desempenhará sua função de contrapeso a eventual desequilíbrio gerado no âmbito da relação administradores *versus* acionistas.

Paralelamente, com relação à autonomia financeira do conselho fiscal, empresta-se do direito constitucional e administrativo¹⁹² o conceito de que, para que não tenham

¹⁹² Sobre o papel da autonomia orçamentária e remuneração compatível nas agências reguladoras: “Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes; **ii) a autonomia da gestão do órgão;** **iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão,** se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial. (...) O terceiro

seu funcionamento autônomo comprometido, órgãos independentes devem dispor de orçamentos independentes.

Isso não significa dizer, de modo algum, que o conselho fiscal terá competência para fixar o seu próprio limite de gastos. No entanto, a rubrica destinada ao exercício de sua competência, pagamento dos empregados e prestadores de serviços contratados para auxiliarem no desempenho de suas funções, o que chamaremos de *orçamento do conselho fiscal*, deve ser expresso em rubricas objetivas, seja por um valor global a ser corrigido anualmente por índice oficial, seja por um percentual fixo do faturamento da companhia, ou até mesmo pela combinação desses dois elementos.

Para tanto, defende-se que, antes da implementação do conselho fiscal nos moldes tal qual proposto neste trabalho, a companhia realize um estudo, com identificação dos riscos a que está submetida e planejamento de orçamento mínimo para desempenho das funções do conselho fiscal. Após realizado esse estudo, poder-se-á ter elementos para identificação do parâmetro para orçamento do conselho fiscal, o que não poderá ser alterado por decisão da administração.

Com isso busca-se, de um lado, garantir a instrumentalidade mínima para o efetivo desempenho das funções do conselho fiscal, sem, no entanto, comprometer a finalidade principal da companhia que, como dito anteriormente, não é combater a corrupção ou fiscalizar a legalidade de seus próprios atos. Desse modo, visa-se impedir que a autonomia do órgão seja comprometida por simples decisão da administração que reduza seu orçamento a patamar tão insignificante que inviabilize o exercício de suas funções.

Para revisão do critério de fixação do orçamento anual do conselho fiscal, sugere-se que seja necessária deliberação da assembleia-geral, mediante apresentação de parecer

risco é o da **captura por insuficiência de meios**, ou seja, a inviabilização do órgão regulador pelo esvaziamento de seus recursos materiais, logísticos, financeiros e principalmente humanos. Nunca é demais lembrar que os atores regulados, via de regra, possuem forte poder econômico. Daí por que, se a inferioridade do órgão regulador se torna muito grande, **passam a ser impossíveis tanto a interlocução (pois que falece de quadros detentores de conhecimento e capacidade técnica) quanto o exercício da autoridade (pois que faltam os meios materiais para isto)**. O contraponto a isto depende diretamente da percepção da importância da atividade regulatória e do provimento de meios suficientes para tal exercício. Depende também da criação de carreiras diferenciadas que ensejem, em cada setor, **o pagamento de salários compatíveis com aqueles praticados no mercado específico**.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90 e ss.

do conselho de administração a respeito dos argumentos que sustentam a referida revisão, bem como do parecer do conselho fiscal sobre a matéria.

Ainda que a deliberação possa ser tomada pelos acionistas detentores de ações que representem a maioria do capital social, eventualmente orientados por interesses particulares na fragilização do órgão de fiscalização da companhia, tal deliberação será levada a conhecimento público e poderá, inclusive, ser objeto de fiscalização na hipótese de exercício abusivo de poder¹⁹³.

Por fim, após apresentadas as regras propostas para remuneração e autonomia financeira dos membros do conselho fiscal, como defendido no Capítulo III deste trabalho, passar-se-á a submetê-las ao teste da proporcionalidade, de modo a constatar sua *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*.

Com relação à remuneração compatível com profissionais de mesma experiência, formação e submetidos ao mesmo grau de responsabilidades, considera-se tratar-se de proposta *adequada* uma vez que atende ao objetivo a que se propõe: garantir a atratividade de profissionais aptos ao exercício da competência fiscalizatória da companhia, bem como dispostos a assumir as responsabilidades inerentes ao cargo.

Em seguida, considera-se que a proposta é *necessária*, uma vez que não se vislumbra alternativa menos custosa para atingir o mesmo objetivo. Qual poderia ser outro incentivo, que não a remuneração, para atrair profissional qualificado e disposto a assumir tamanha responsabilidade no exercício de cargo como membro de conselho fiscal de uma companhia? Ainda que se possa imaginar outros elementos certamente levados em consideração por cada um, individualmente, para aceitar exercer tal posição, a remuneração costuma ser um denominador comum não passível de ser ignorado.

Por fim, entende-se que a proposta sugerida é *proporcional em sentido estrito*, ainda mais se analisada conjuntamente com a sugestão de *suprimir* outros órgãos, comitês e gerências que seriam, em ou outro modelo, responsáveis pela implementação, supervisão e fiscalização do cumprimento do sistema de conformidade da companhia.

¹⁹³ Conforme visto no Capítulo I, a CVM julgou recentemente, no âmbito do Processo Administrativo Sancionador n.º RJ2014-14161, atuação abusiva de acionista controlador que visava obstruir a competência fiscalizatória do conselho fiscal.

Desse modo, ao reunir-se a competência fiscalizatória em um órgão composto por profissionais competentes e bem remunerados, poder-se-ia, inclusive, reduzir custos existentes com a sobreposição de competências.

Com relação à fixação de critério objetivo para fixação do orçamento anual da companhia, considera-se também que a proposta é *adequada*, uma vez que atende ao objetivo a que se propõe: garantir a autonomia funcional do órgão.

Considera-se também que a proposta é *necessária*, uma vez que a não se vislumbra alternativa para garantia de autonomia funcional do órgão de fiscalização da companhia que não perpassa pela garantia de sua autonomia financeira. Na ausência de instrumento para garantir a autonomia financeira do conselho fiscal, correr-se-ia o risco de, intencionalmente ou não, passado o tempo de sua implementação, em eventual época de crise, ou não, a administração simplesmente deliberar por tamanha redução de seu orçamento, que sua atuação eficiente fique comprometida.

Por fim, com relação à *proporcionalidade em sentido estrito* entende-se que, a princípio, a proposta atende a esse teste, uma vez que o *custo* de sua implementação é exigir que seja convocada assembleia-geral para revisão do critério escolhido para fixação do orçamento anual do conselho fiscal, o que pode, no entanto, ser mitigado pela inclusão da matéria na ordem do dia de assembleia-geral ordinária, obrigatoriamente realizada nos primeiros quatro meses do exercício fiscal.

Entretanto, para que a medida proposta continue a ser *proporcional em sentido estrito* a rubrica destinada a compor o orçamento do conselho fiscal deve ser razoável, ante a ponderação do que é necessário para o melhor desempenho possível das funções do conselho fiscal dentro de um limite que não interfira de maneira negativa no desempenho das funções sociais da empresa (geração de lucro e respeito aos interesses de seus demais *stakeholders*). Ressalta-se, aqui, o que se concluiu no Capítulo III deste trabalho: a revisão das medidas propostas deve ser constante, de modo a garantir que continuam *proporcionais* aos objetivos que se propõe atender.

2.4.3 Competência e prerrogativas para assegurar seu exercício

Talvez a maior contribuição que as propostas ora formuladas apresentem não disponha de originalidade alguma: corresponde simplesmente à sugestão de que se *aproveite* a previsão normativa já existente de que compete ao conselho fiscal *fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários*.

É bem verdade que a lei segue especificando de forma minuciosa alguns dos atos que deverão ser supervisionados pelo conselho fiscal. Por outro lado, *não há limitação legal para a prerrogativa geral de fiscalização da atuação da administração e de sua observância aos deveres legais e estatutários*¹⁹⁴. Se essa limitação não existe, aproveitemos sua amplitude e garantamos que o controle interno da companhia seja desempenhado pelo referido órgão.

Ora se é competência do conselho fiscal fiscalizar a legalidade e a compatibilidade com as regras estatutárias da atuação dos administradores, não faz sentido restringir a sua participação em reuniões dos órgãos de administração às matérias em que seu parecer é *exigido*, uma vez que, o conselho fiscal *pode* emitir parecer a respeito de *qualquer ato da administração* que se encontre em desconformidade com os deveres legais e estatutários dos administradores.

Com relação a sua atuação *individual* ou de forma colegiada, pressupondo-se que sua composição se opere da maneira como proposta no primeiro tópico deste título, sugere-se que, respeitada a prerrogativa de atuação individual dos membros do conselho fiscal conferida pela legislação, os pareceres encaminhados pelo órgão à administração ou à assembleia geral, manifestem a opinião proferida pela maioria dos seus membros, ainda que acompanhadas dos pareceres individuais de cada um dos membros a respeito da análise conduzida sobre o ato objeto de fiscalização.

Essa preponderância da opinião proferida pela maioria dos membros do conselho fiscal, sem, no entanto, retirar a prerrogativa de atuação individual, é importante para garantir o equilíbrio de seu poder e prevenção de abusos, uma vez que, conforme será

¹⁹⁴ Art. 163, inciso I da Lei das Sociedade Anônimas.

detalhado a seguir, sugere-se a *vinculação* das decisões proferidas pelo órgão, nas extensões abaixo definidas.

Paralelamente, as prerrogativas do conselho fiscal devem ser amplas o suficiente para garantir o exercício de sua competência legal no seu maior espectro possível. A toda e qualquer tomada de decisão da administração, cabe análise de legalidade do conselho fiscal, sendo indispensável seu acompanhamento contínuo e irrestrito. Isso não significa dizer que o conselho fiscal deverá ser *consultado* para a tomada de qualquer decisão (que não exija parecer prévio nos termos da lei).

Porém, garantir que, se presentes indícios de irregularidades, o conselho fiscal disponha de todas as informações suficientes para emitir parecer sobre eventual desconformidade de ato da administração. Nesse sentido, para dar efetividade a essa competência e a prevista no art. 163, inciso II da Lei das Sociedades Anônimas, *denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia*, sugere-se dotá-lo de prerrogativas mínimas para identificar a prática dos ilícitos que tem competência para denunciar.

Não é razoável supor que a lei previu essa competência para denunciar crimes, erros e fraudes que fossem descobertos por divulgação na mídia, notificação de autoridade ou qualquer outro meio externo não relacionado às prerrogativas de acesso a informações da companhia que devem dispor.

Denunciar a prática de crimes é prerrogativa de qualquer cidadão, não seria necessário a lei prever essa competência para que os membros do conselho fiscal o fizessem. Disso resulta o entendimento de que, se a lei o previu, foi para criar a *obrigação* do conselho fiscal de denunciar crimes, fraudes e erros de que tiverem conhecimento. Não se pode, nesse sentido, de um lado permitir uma postura *passiva* do conselho fiscal ante essa obrigação, tampouco *privá-lo* dos meios adequados para permiti-lo seu cumprimento.

Erros, fraudes e crimes, em seu mais amplo aspecto, não se detectam por mera análise de demonstrações financeiras ou de propostas dos órgãos da administração relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão (matérias em que o parecer do conselho fiscal, se em exercício, é obrigatório, por previsão expressa legal).

Dessa constatação decorre necessidade de garantir-se ao **acesso irrestrito a todas as informações** da atividade empresarial na sua fonte, garantindo que a o órgão de fiscalização não dependa da colaboração espontânea dos órgãos fiscalizados para exercer as suas atividades.

Explica-se. Se o órgão de fiscalização tiver que fazer pedidos periódicos de informações aos órgãos que está fiscalizando, além de levantar a suspeita do supervisionado, poderá enfrentar a resistência do referido órgão, que, para inviabilizar a investigação, poderá protelar a entrega de informações, prestá-la de maneira incompleta ou de modo incompatível com uma análise inteligente e automatizada de informações complexas¹⁹⁵.

Como levantado por David Eaves, em seu discurso durante a “*Conference for Parliamentarians: Transparency in the Digital Era*”, ocorrida em setembro de 2009, há três leis para caracterizar dados cabertos¹⁹⁶: (i) se o dado não pode ser indexado na internet não existe; (ii) se não estiver aberto e disponível em formato compreensível por máquina, ele não pode ser aproveitado; e (iii) se algum dispositivo legal não permite a sua replicação, ele não é útil.

Fazendo-se um paralelo, para o pleno exercício de sua competência fiscalizatória, o conselho fiscal deve ter acesso aos dados que servirão de insumo para o seu trabalho na

¹⁹⁵ O acesso à informação na fonte é um conceito bastante debatido pelos órgãos de controle estatais, que enfrentam inúmeras dificuldades na obtenção de dados para realização de suas atividades e têm levado a inúmeras iniciativas de desenvolvimento de sistemas de tecnologia que permitam a divulgação de dados, conforme lei de acesso à informação, em formato passível de análise automatizada. Essa, por exemplo, é uma das iniciativas do Observatório de Despesas Públicas (ODP), grupo sob o comando do Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. Mais informações disponíveis em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>

¹⁹⁶ “The Three Laws of Open Government Data”: “1- If it can’t be spidered or indexed, it doesn’t exist; 2- If it isn’t available in open and machine-readable format, it can’t engage and 3 - If a legal framework doesn’t allow it to be repurposed, it doesn’t empower”.

fonte, de forma aberta e com autorização para, se necessário e viável, analisá-los por meio de utilização de inteligência artificial, o que poderá, inclusive, contribuir para redução significativa de seus gastos.

Por recepção de informações e documentos *na fonte* deve-se entender o acesso, sem necessidade de obtenção de autorização prévia de nenhum órgão. Por *dados abertos* deve-se entender o acesso aos dados e informações tanto em sua forma *bruta*, como após trabalhados, processados e resumidos em relatórios. Dessa forma, se houver indícios de erro, fraude ou ilicitudes em demonstrações financeiras, por exemplo, o conselho fiscal terá meios para (com auxílio de pessoal apto) analisá-los de maneira isenta.

O acesso a informações não se refere somente às demonstrações financeiras da companhia, mas também atas de órgãos da administração, relatórios de comitês técnicos que não estejam sob sua supervisão, banco de arquivos de contratos, controles de fluxos financeiros, pagamentos, ou seja toda a sorte de informações e documentos da companhia que estão à disposição da administração.

Como se sabe, com a evolução da informatização é difícil supor que uma companhia não disponha de sistema de informática interno que agregue todas essas informações em um único banco de dados, de modo que não será adicionado não um custo franquear acesso a esse sistema aos membros do conselho fiscal.

Sabe-se que existem bancos de dados paralelos, como notificado nos últimos recentes escândalos de corrupção no país. Entretanto, como bem exposto por Susan Rose-Ackerman não se pode supor ou pretender que as estruturas anticorrupção sejam capazes de reduzir a zero a incidência do fenômeno, sob pena dos custos de sua implementação ultrapassarem os benefícios dela advindos. Entretanto, é o papel dos formuladores dessas estruturas ao menos prever mecanismos e instrumentos que tornem o ambiente menos propício possível para o cometimento dos referidos ilícitos.

De outro modo, a previsão de competência para fiscalizar todos os atos da administração se tornará letra morta, submetendo o órgão à boa vontade dos fiscalizados em fornecer os dados de forma íntegra e passível de análise por mecanismos de

inteligência artificial, em um ambiente em que as transações comerciais são cada vez mais complexas.

Faz-se necessário ressaltar que, da mesma forma como os administradores, os membros do conselho fiscal se submetem aos deveres de diligência e lealdade, de modo que a confidencialidade das informações e sua adequada utilização é premissa para o exercício de sua função. Caso se utilize de forma indevida ou permita, por negligência, culpa ou dolo o acesso de informações confidenciais da companhia por terceiro, nos termos da Lei das Sociedades Anônimas deverá responder pelos prejuízos que causar à companhia e aos acionistas.

Além do acesso irrestritos às informações relativas à condução das atividades da companhia, para que o conselho fiscal exerça de forma efetiva o papel de órgão centralizador da competência fiscalizatória da companhia, faz-se necessário dotá-lo da prerrogativa de contratar (dentro do orçamento que lhe é assegurado, conforme tópico a seguir) prestadores de serviços especializados: auditorias independentes, advogados, especialistas em temas relacionados aos riscos a que a companhia está submetida, desenvolvedores de programas de inteligência artificial que permitam a análise mais eficiente das informações à sua disposição e detecção de irregularidades, bem como de empregados da companhia dedicados a essas atividades.

A sugestão não é duplicar gastos já contemplados para a atividade de fiscalização da companhia, e sim submetê-los ao conselho fiscal, de modo que comitês de compliance, riscos (relativos ao controle de legalidade e não riscos de negócios), auditoria interna, bem como outros setores e departamentos que efetivamente exerçam papel relevante no sistema de controle interno da companhia sejam realocados e passem a se submeter ao conselho fiscal, este sim dotado de autonomia suficiente para orientar as atividades de controle.

Por fim, ressalta-se que permitir acesso, de maneira alguma, corresponde a atribuir poder de ingerência sobre a condução dos negócios sociais, de prerrogativa exclusiva da administração. A atuação do conselho fiscal se dará, somente, nos casos em que identificar erro, fraude, crime, violação de deveres legais ou estatutários por parte dos administradores. Nessa hipótese, como prevê a lei, deverá relatar e fundamentar o *desvio*

identificado à administração e, na hipótese de as medidas cabíveis não serem tomadas, reportar-se à assembleia-geral, conferindo-se a publicidade necessária ao parecer proferido.

Passa-se agora para a análise da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* das propostas previstas neste item.

Primeiramente, com relação à adequação entende-se que munir o conselho fiscal com o máximo de informações possíveis, de acesso livre e em formato passível de análise originária (não decorrente de análise prévia, que já pode estar *contaminada* por erro, fraude ou crime) é *adequado* ao objetivo de dar maior efetividade à competência legalmente prevista para o conselho fiscal.

Em segundo lugar, entende-se que a proposta é *necessária* considerando-se que não se vislumbra outra alternativa menos custosa para o atingimento do objetivo proposto de munir o conselho fiscal das informações necessárias para o exercício pleno de suas funções.

Por fim, com relação à *proporcionalidade em sentido estrito*, entende-se que o custo inerente à proposta formulada, qual seja, a total transparência das informações e documentos da companhia para com o seus conselheiros fiscais, seja baixo, considerando-se que se encontram sob as mesmas obrigações de diligência e lealdade que os administradores - que já contam com esse acesso livre e irrestrito franqueado (conforme as matérias a que se referem sejam de sua competência), de modo que a proposta pode sim ser considerada *proporcional em sentido estrito*.

Ressalta-se que a proposta de acesso irrestrito a documentos e informações da companhia não comporta uma obrigação da companhia de *organizar* ou *produzir* qualquer informação ou readequar sua formatação simplesmente para munir o conselho fiscal, trata-se tão somente a franqueá-lo acesso ao que já existe e está disponível a outros membros da companhia. Fosse interpretado de outra forma, esta proposta provavelmente não sobreviveria ao *teste de proporcionalidade em sentido estrito*.

2.4.4 Vinculação das decisões

Outra característica essencial para a efetividade das atividades do conselho fiscal é a **vinculação de suas decisões**, uma vez que, conforme justificado adiante, se os pareceres por ele proferidos forem meramente opinativos, atos da administração supostamente eivados de vício por erro, fraude ou ilicitude poderão ser executados, sem que haja remédio societário disponível para impedi-los ou remediá-los, nas hipóteses de já terem sido cometidos.

Um caso interessante que ilustra a ineficácia de existência de comitês de risco e auditoria, quando suas decisões não são vinculantes, é o caso da tragédia de Mariana, em que, conforme denúncia do Ministério Público Federal, a Diretoria, os Comitês, os Subcomitês e o conselho de administração da Samarco foram alertados por auditoria independente e pela Gerência de Riscos e Seguros de que o acidente poderia ocorrer, inclusive com a previsão do número de mortes e extensão dos danos ambientais¹⁹⁷.

A despeito da alerta e da apresentação dos relatórios aos órgãos da administração, optou-se por aumentar a produção de minério, com o conseqüente aumento do volume na barragem, a fim de compensar as perdas da companhia com a queda do preço do minério, demonstrando a ineficácia de órgãos de controle com competência meramente informativa.

Há quem possa sustentar que a vinculação das decisões do órgão de fiscalização é ilegal uma vez que a condução das atividades empresariais e a tomada de decisões discricionárias caberiam exclusivamente à administração. Porém esse argumento pode ser rebatido, uma vez que a competência primordial do órgão de fiscalização é verificar a *legalidade* dos atos dos administradores e suas decisões somente serão vinculantes quando constatarem uma violação da lei ou dos regramentos internos, não interferindo em decisões meramente gerenciais.

É bem verdade que essa diferenciação é difícil em situações limítrofes. Nesses casos, pode-se fazer uso dos ensinamentos do direito administrativo em matéria de

¹⁹⁷ “A precisão do documento chega a ser chocante! Na coluna “Saúde e segurança”, percebe-se que havia a previsão da morte de cerca de 20 pessoas, caso houvesse o rompimento da barragem 24 de Fundão, quase exatamente o número de vítimas pelo qual respondem os denunciados (19 mortes).” Denúncia no Procedimento Criminal Investigatório - MPF (PIC) nº 1.22.000.003490/2015-78 e nº 1.22.000.000003/2016-04.

controle jurisdicional de atos administrativos, ao invés de deixar de conceder importante competência ao órgão de fiscalização, sob pretexto de potencial conflito com a administração.

Desse modo, a proposta ora colocada não tem nenhuma pretensão de sobrepor o conselho fiscal à tomada de decisões meramente discricionárias a respeito da gestão dos negócios sociais, que, se entendem são de prerrogativa exclusiva da administração. Por outro lado, essa discricionariedade encontra *limites*: não pode ultrapassar a legalidade. Seria um equívoco supor que se trata de ingerência na gestão da administração prever mecanismos que impeça os administradores de praticar atos em nome da companhia que sejam eivados de ilicitude.

Conforme já foi exposto no Capítulo I deste trabalho, a CVM inclusive já se manifestou (caso Embraer) no sentido de que cometer atos ilícitos, ainda que sejam pontualmente benéficos à companhia, corresponde à violação dos deveres de diligência e lealdade a que estão sujeitos os administradores de uma companhia.

Dessa forma, é competência do conselho fiscal identificar atos ilícitos praticados pelos administradores, reportá-los aos órgãos de administração e, na ausência de medidas corretivas, à assembleia-geral, para que as devidas providências sejam tomadas. Portanto, um parecer que constate a ilegalidade de um ato não pode ser meramente *sugestivo* e sim, dotado de vinculação suficiente para impedir o prosseguimento do ato ou repará-lo.

Faz-se, então, de extrema relevância o esclarecimento do que se entende por *vinculação* dos pareceres proferidos pelo conselho fiscal: determinado ato reputado ilícito pelo conselho fiscal somente poderia ser executado pela administração, ou a sugestão para sua remediação (seja autodenúncia da companhia, seja cessão da conduta ou qualquer outra proposta nesse sentido) poderia deixar de ser observada se o conselho de administração propusesse a revisão do referido parecer e deliberação, de forma fundamentada, a respeito de sua legalidade, contrapondo-se pontualmente aos argumentos apresentados pelo parecer do conselho fiscal que reputou o ato objeto de análise eivado de ilicitude.

Passe-se ao *teste de proporcionalidade* para verificação da *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* da medida proposta.

Primeiramente, entende-se que o instrumento de vinculação das decisões do conselho fiscal, na forma e limites indicados acima, é *adequado* ao fim que se propõe, uma vez que atende ao objetivo de garantir a eficácia do exercício da sua competência: a fiscalização a ser exercida pelo conselho fiscal não terá um fim em si mesmo, ao se constatarem ilegalidades, impedimento para realização do ato ou medidas remediadoras serão tomadas.

Em segundo lugar, entende-se que a medida é *necessária* sobretudo à luz de exemplos de experiência de grandes companhias que, a despeito de terem comitês dedicados à identificação de irregularidades, deliberações da administração foram tomadas em desconformidade e acarretaram sérios prejuízos à companhia e aos seus *stakeholders*. Prever todo um aparato, despender recursos para criação de um órgão de fiscalização para que, ao fim e ao cabo, suas decisões possam ser injustificadamente ignoradas pela administração, está sim seria uma proposta que não sobreviveria ao *teste de proporcionalidade*.

Por fim, com relação à *proporcionalidade em sentido estrito* da proposta de vinculação das decisões do conselho fiscal, considerando-se (i) a limitação dos pareceres do conselho fiscal aos casos de identificação de ilegalidade de atos da administração, (ii) emissão somente mediante aprovação da maioria de seus membros; (iii) composição do órgão por membros indicados por minoritários, preferencialistas e controladores, e ainda, por dois membros independentes; e (iv) possibilidade de o conselho de administração não seguir o entendimento proferido no parecer do conselho fiscal, desde que mediante deliberação acompanhada de parecer que contraponha pontualmente os argumentos apresentados pelo conselho fiscal, assinado pelos conselheiros de administração que se manifestarem favoravelmente e levado à registro, para publicidade de ambas as manifestações, considera-se que a proposta é sim *proporcional em sentido estrito*.

3. Conclusão

De todo exposto, cabe esclarecer que as propostas acima formuladas buscaram não somente apresentar uma *sugestão* de instrumentos que se considera efetivos para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial, como também buscaram apresentar o procedimento que se entende adequado perseguir na formulação dessas propostas.

Embora o resultado do *teste de proporcionalidade* tenha sido apresentado somente ao final da exposição de cada uma das propostas, este foi realizado ao longo de toda a configuração e delineação dos instrumentos descritos neste trabalho, inclusive como fruto de discussão com diferentes interlocutores.

As propostas apresentadas representam a estrutura geral a ser implementada por companhias, por meio de inclusão de regras que detalhem os dispositivos norteadores propostos em seu estatuto social, acordo de acionistas, bem como em regimento interno de funcionamento do conselho fiscal.

A clareza e publicidade das normas somente agregará à sua efetividade e a apuração de responsabilidades nos casos de falhas no exercício das competências de fiscalização e controle.

Propõe-se a seguinte estrutura base de funcionamento do conselho fiscal, na qualidade de *único* órgão responsável pela fiscalização da companhia:

- (i) órgão de funcionamento permanente;
- (ii) composto por cinco membros, eleitos pela assembleia-geral, sendo:
 - a) um membro indicado pelos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito;
 - b) um membro indicado pelos acionistas minoritários detentores de ações com direito a voto;

- c) um membro indicado pelos demais acionistas;
 - d) dois membros independentes indicados pelos membros eleitos na forma prevista nos itens anteriores e eleitos pelos acionistas;
- (iii) competente para analisar a legalidade de todos os atos praticados por meio ou em nome da companhia;
- (iv) munido de:
- a) remuneração adequada e compatível com a formação e experiência necessárias ao satisfatório exercício do cargo;
 - b) orçamento autônomo e fixado anualmente com base em métricas objetivas previamente estabelecidas;
 - c) autorização para acesso irrestrito a todos os documentos e informações produzidos no âmbito da companhia, em formato aberto e bruto;
- (v) competente para, por opinião manifestada pela maioria de seus membros, emitir pareceres acerca da legalidade de quaisquer atos perpetrados pela administração (antes ou após serem executados), bem como sugerir as medidas a serem tomadas. Seus pareceres serão:
- a) endereçados ao conselho de administração, ou à assembleia-geral, nas hipóteses em que a lei assim exigir;
 - b) vinculantes, de modo que o conselho de administração somente poderá deixar de observá-los se deliberar, mediante apresentação de parecer fundamentado que (b.1) contraponha pontualmente todos os argumentos apresentados pelo conselho fiscal, (b.2) seja devidamente assinado por todos os membros do conselho de administração que o aprovarem e (b.3) seja levado a registro (e publicado no sistema da

CVM, no caso de companhias abertas), acompanhado de cópia integral do parecer do conselho fiscal a que se contrapõe.

- (vi) responsável (cada membro individualmente considerado) pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto, nos termos do art. 164 da Lei das Sociedades Anônimas.

Entende-se que, mediante essa estrutura preliminar, pode-se delinear um sistema interno de controle efetivo, apto a identificar e prevenir a prática de atos contra a administração pública, por meio ou em nome da companhia.

CONCLUSÃO

“Sometimes the real world knocks in the doors of scholars to dismiss their theories”¹⁹⁸.

Finalizadas as análises a que se propôs para desenvolvimento do Tema desta dissertação de mestrado, apresenta-se, a seguir as principais conclusões delas advindas, em forma sumária.

Do Capítulo I - o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção e as legislações anticorrupção, concluiu-se que:

1. O bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção e, portanto, norteador das legislações anticorrupção, é a capacidade funcional do Estado Democrático de Direito.
2. O Brasil, como país membro dos principais acordos internacionais a respeito do tema, dispõe de vasta legislação anticorrupção, que prevê tanto a responsabilização penal da pessoa física por crimes de corrupção *stricto sensu* e delitos correlatos, como a responsabilização objetiva civil e administrativa da pessoa jurídica pelo cometimento dos referidos ilícitos. Não é, portanto, por falta de arcabouço normativo que o fenômeno da corrupção persiste.
3. Reconhece-se na grande maioria dos países, uma tendência de previsão de novos tipos penais, agravamento de penas já existentes, reinterpretção de garantias penais clássicas, flexibilização de regras de imputação, com a pretensão de ver no direito penal a resposta única para um problema tão antigo, enraizado e complexo.
4. Apesar disso, inúmeros criminalistas já se debruçaram acerca da incapacidade ou inadequação da utilização indiscriminada do direito penal para fazer frente a esse problema. De modo que, ao invés de se redimensionar os limites colocados ao direito penal, em desrespeito às garantias penais clássicas, deve-se recorrer à complementação das outras áreas do direito na construção de uma estrutura anticorrupção mais efetiva.

¹⁹⁸ PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004.

5. A corrupção deve ser identificada e endereçada tanto sob a perspectiva de um problema de conflito de agência (entre principal e agente) como também como problema de ação coletiva (*collective problem action*). Segundo essa perspectiva, a propagação da corrupção está relacionada com a percepção generalizada dos indivíduos de que se trata de prática comumente praticada e aceita pelos demais indivíduos, de modo que, atitudes são tomadas *racionalmente* sob a premissa de que todos agem de forma inidônea, não havendo incentivos aparentes para atuação de forma diversa.

6. Trata-se, portanto, de um problema a ser enfrentado por institutos que representem estímulos para implementação de estruturas anticorrupção que rompam as estruturas de poder atualmente existentes, para que as figuras responsáveis pela implementação das mudanças sugeridas tenham interesse em fazê-lo. Ao invés de propor ações que, ao endereçar o fenômeno como um problema exclusivamente de conflito de agência, visem somente coibir a atuação individual de agentes corruptos, por mero agravamento de responsabilização penal, diminuição da discricionariedade de agentes públicos ou da intervenção do Estado no setor privado.

Do Capítulo II - a evolução da teoria econômica da corrupção: contribuições para a criação de instrumentos efetivos de prevenção, concluiu-se que:

7. A teoria econômica da corrupção, originada em meados da década de 1960, propõe uma análise *moralmente isenta* do fenômeno da corrupção. Dessa forma, buscou-se superar o preconceito que envolve o tema, para identificar se, sob determinadas circunstâncias, a corrupção traria efeitos positivos ou negativos para o desenvolvimento econômico de um país.

8. Da análise da evolução dessa teoria depreende-se que tanto os estudos conduzidos no início da década de 1960, que preconizavam a existência de benefícios da corrupção para o desenvolvimento econômico de países subdesenvolvidos, como os estudos conduzidos a partir da década de 1980, que - em conclusão diametralmente oposta, passaram a identificar a corrupção como um obstáculo para o desenvolvimento econômico das nações subdesenvolvidas, foram (i) influenciados pelo contexto histórico em que se inseriam e por grupos de interesses específicos; e (ii) conduzidos por observadores externos aos países objeto de análise.

9. A esse respeito observa-se que os primeiros autores da teoria econômica da corrupção estavam fortemente influenciados pelo contexto da Guerra Fria, de modo que a análise por eles apresentada representava uma justificativa para o apoio dos países capitalistas desenvolvidos às ditaduras instaladas na América Latina, sob o fundamento de que seriam um *estágio necessário* a ser superado pelos referidos países até que se tornassem democracias liberais maduras.

10. Por outro lado, os autores mais recentes da teoria econômica da corrupção iniciaram o movimento pela proliferação de padrões internacionais de legislação anticorrupção, sob forte influência de investidores estrangeiros, interessados em garantir maior segurança e menor custo para os seus investimentos nos países subdesenvolvidos.

11. Apesar da real intenção que pautou os protagonistas do movimento internacional de combate à corrupção, fato é que as legislações anticorrupção por si só não têm sido suficientes para controlar o fenômeno. Uma das razões encontradas para essa ineficiência é a ausência de correlação entre as propostas formuladas, sob premissa de *universalidade*, e as estruturas das relações de poder político e econômico existentes nos países que as implementaram.

12. Nesse sentido, da mesma forma como os tratados internacionais e a replicação de legislações nacionais anticorrupção não são suficientes e adequadas para solucionar o problema de corrupção de forma padronizada em todos os países que se submetem a elas, as chamadas regras de conformidade e governança corporativa também não o são. Não se atentar às diferentes estruturas de poder dos mercados e das companhias para a formulação de regras a elas endereçadas é, novamente, ignorar que as premissas são diferentes e, portanto, as soluções propostas também deveriam sê-lo.

13. Reforça-se esse pensamento ao nos depararmos com o ressurgimento de estudos e trabalhos empíricos recentes que buscam fundamentar o argumento de que, em determinados países e sob determinadas circunstâncias, reformas para diminuir a intervenção estatal na economia seriam mais eficientes e deveriam se sobrepor a reformas direcionadas ao combate à corrupção. Fossem essas legislações construídas com base na identificação das estruturas locais do complexo fenômeno da corrupção, talvez passadas

duas décadas de sua adoção já pudéssemos vislumbrar resultados positivos da diminuição do fenômeno, de modo a coibir o ressurgimento de tais teorias.

14. Apesar de eventuais falhas nas soluções propostas pelos autores da teoria econômica da corrupção, destaca-se uma relevante contribuição trazida pela corrente doutrinária: a identificação de que uma das principais ineficiências da visão moralista e idealista da corrupção seria *ignorar* a sua existência na formulação das políticas de governo.

15. Deve-se aproveitar esse ensinamento e pautar as propostas para o tratamento estrutural-organizativo da corrupção empresarial com vistas na realidade que pretendem atingir e alterar e não sob a premissa de um ambiente idealmente probo e livre de desequilíbrios e ineficiências inerentes às relações entre os órgãos que compõe as companhias.

Do Capítulo III - premissas para formulação de instrumentos estruturais-organizativos para prevenção da corrupção pelas companhias, concluiu-se que:

16. A análise da teoria econômica da corrupção contribuiu de forma relevante para a formulação de propostas para tratamento do fenômeno da corrupção pelo direito societário, por meio de mudanças estruturais que permitam o reequilíbrio das relações de poder internas às companhias brasileiras.

17. Em suma, as contribuições resumem-se nos seguintes principais itens: (i) identificação do bem jurídico que se visa tutelar por meio do combate à corrupção; (ii) vinculação necessária entre as propostas formuladas e a identificação das especificidades de seus destinatários; (iii) necessidade de atualização e reformulação constante das propostas; (iv) necessidade de criação de mecanismos de incentivo para a efetiva implementação das propostas sugeridas (de modo a endereçar a corrupção também sob seu aspecto de problema de ação coletiva); e (v) proporcionalidade das medidas sugeridas, ante os objetivos que pautaram sua proposição.

18. Entende-se que a finalidade última dos programas de conformidade, por vezes estruturados por meio de regras de governança corporativa, é o reequilíbrio das relações

de poder internas à companhia, para manutenção de um sistema de controle efetivo apto a identificar e prevenir o cometimento de ilícitos pela companhia, dentre eles, atos de corrupção.

19. Embora a formulação de regras que, efetivamente, atendam à razão de sua existência pareça ser premissa óbvia, não é raro identificar situações em que esse objetivo deixe de ser perseguido. Comumente, algumas regras comumente replicadas por diversas companhias, por vezes em razão de regulamentação nesse sentido, como por exemplo a criação de códigos de conduta, políticas de treinamento, passam a ser entendidas como finalidades em si mesmas. Quando, na realidade, são meios propostos em um determinado contexto para atingir a finalidade última de existência de uma estrutura de controle interno: a criação de um ambiente menos propício ao cometimento de ilícitos.

20. Esse mesmo equívoco cometido na proliferação de programas de conformidade, também foi identificado no âmbito da evolução das discussões e estudos para implementação de legislações anticorrupção, nos quais, pautados pela premissa de universalidade dos padrões propostos, observou-se a prática equivocada de substituição dos objetivos finais das normas, por sub objetivos (meios), previamente delineados para atingi-lo sob circunstâncias específicas de uma dada realidade identificada pelo formulador do sub objetivo.

21. Quando se comete esse equívoco, passa-se a nortear a criação de estruturas anticorrupção, seja no âmbito de legislações anticorrupção, seja no âmbito da implementação de estruturas de controle interno, não mais com base em sua razão de existência, mas com base em sub objetivos que não se confundem com a razão principal pela qual se consagrou o interesse coletivo pelo combate à corrupção.

22. Isso pois esses sub objetivos nada mais são do que o meio encontrado para alcançar o objetivo principal do combate à corrupção em um dado contexto específico, não sendo adequado confundi-los como um fim em si mesmos, até porque podem não ser adequados ao atingimento do objetivo principal em uma realidade diferente daquela identificada para formulação do plano original.

23. O desequilíbrio entre os (insignificantes ou inexistentes) benefícios trazidos pela implementação das referidas estratégias, de um lado, e os (relevantes) prejuízos causados em outras searas, por outro, com o tempo, poderão levar a conclusão de que a referida estrutura anticorrupção, nos moldes tal qual proposta, é prejudicial ao desenvolvimento da companhia.

24. Como decorrência da premissa anterior, é de extrema relevância a constante atualização das formulações propostas, de modo a acompanhar as transformações no contexto e conjuntura em que os destinatários das regras propostas se inserem.

25. Para além de acompanhar transformações, a constante atualização das propostas formuladas é essencial ante a constatação de eventual necessidade de realização de novos testes de proporcionalidade diante da identificação de efeitos adversos advindos da implementação das propostas que, porventura, não tenham sido previstos ou contemplados no momento de sua formulação.

26. Tanto a necessária vinculação das propostas formuladas com as características específicas da realidade estrutural que pretende endereçar, como a necessidade de constante revisão e adaptação das propostas formuladas acabam por direcionar para a formalização das regras por um meio que permita certa flexibilidade.

27. Se por um lado, deve-se permitir a construção de regras que enderecem uma realidade específica, por outro, a adaptatividade das propostas formuladas não pode ser acompanhada de um caráter não vinculante.

28. Faz-se, então, necessária a criação de um sistema normativo de incentivo à implementação de regras adaptáveis à realidade de seu destinatário, de modo que não sejam nem comandos objetivos e cogentes - por carecerem da adaptatividade necessária, nem meras sugestões a serem adotadas conforme a conveniência dos indivíduos responsáveis por sua implementação - por carecerem de incentivo à implementação.

29. Uma aparente solução para essa questão parece ser a adoção de sistema semelhante à legislação de prevenção à lavagem de dinheiro, em que se impõe a determinados agentes de setores relevantes para a lavagem de dinheiro (sistema

financeiro, negociação de valores mobiliários, bens de luxo e alto valor, obras de arte, etc.) a obrigação de reporte de operações realizadas por terceiros que sejam suspeitas de lavagem de dinheiro, sob pena de serem objetivamente responsabilizados pela ausência de comunicação.

30. No âmbito do combate à corrupção pode-se prever a proibição de investimento em companhias condenadas pela prática do ilícito, obrigação de reporte de transações suspeitas (em complemento à lavagem de dinheiro), proibição de concessão de crédito por entidades públicas de fomento, entre outras medidas que criem incentivos para que agentes privados exijam uns dos outros, para manutenção de suas relações comerciais, a implementação de medidas concretas que assegurem, com algum grau de assertividade, medidas de prevenção à corrupção.

31. Tendo em vista a pluralidade de elementos e premissas que se deve levar em consideração para a formulação das propostas de respostas estruturais-organizativas para a corrupção empresarial, emprestou-se do direito constitucional um procedimento largamente difundido pela doutrina para ponderação de princípios, que seriam mandamentos de otimização, em oposição às regras, caracterizadas como comandos definitivos, por meio dos testes de proporcionalidade, que visam identificar a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das propostas formuladas.

32. Por adequação entende-se a necessidade de identificar se a proposta atende à finalidade última a que se propõe – teste de extrema importância, haja vista a constante confusão entre os objetivos dos programas de conformidade e meios sugeridos para atingi-los.

33. Por necessidade entende-se a identificação de se não haveria alternativa menos custosa, seja em termos pecuniários, seja em termos de restrição de direitos ou interesses afetados, para atingir a mesma finalidade. Esse teste deve ser constantemente repetido e formulado em debates com os mais diferentes interlocutores que podem contribuir com soluções inusitadas, por vezes mais efetivas e menos custosas para atingimento de um mesmo objetivo.

34. Por proporcionalidade em sentido estrito entende-se a verificação da correlação entre o benefício pretendido mediante a implementação da proposta ante os custos a ela inerentes.

35. Conclui-se, portanto, que o olhar para trás que pautou a análise da doutrina e legislação na Primeira Parte deste trabalho permitiu-nos identificar premissas que, se observadas, na formulação e na avaliação constante dos programas de conformidade das empresas, poderá nos poupar das consequências advindas de eventual repetição dos equívocos cometidos na implementação das legislações anticorrupção, que antecederam esse movimento internacional de promoção do *compliance* e da governança corporativa.

Do Capítulo IV - os instrumentos para reequilíbrio das relações entre os órgãos da companhia como mecanismos efetivos de prevenção à corrupção, concluiu-se que:

36. O comparativo entre os três poderes do Estado e os órgãos da companhia é relevante para apontar a *fragilidade* do órgão responsável pela *fiscalização* e principal contrapeso à atuação dos demais órgãos: o conselho fiscal.

37. Se, por bastante tempo, confiou-se na figura do conselho de administração e nos instrumentos de controle criados para neutralizar desequilíbrios advindos das relações entre acionistas e administradores (sobretudo relacionadas a eventual desvio de suas funções para atendimento de *interesses particulares*), furtou-se à delimitação de instrumentos para permitir o exercício efetivo da competência legalmente conferida ao conselho fiscal, para controle da *legalidade* de atuação de tais indivíduos.

38. Como principal característica de uma estrutura de controle interno efetiva, sugere-se a sua *concentração*. Assim como foi um importante avanço na legislação societária pátria o reconhecimento da existência do acionista controlador como um centro de imputação de direitos e responsabilidades é essencial que se reconheça um poder de fiscalização central, passível de ser identificado e responsabilizado na falha da condução de suas competências.

39. Isso pois, o que se busca evitar com a *concentração* da competência fiscalizatória sob um único órgão que compõe a companhia é: (i) o esvaziamento da responsabilidade

pelo exercício das funções de sua competência com diligência; e (ii) a justificativa de restrição das competências do conselho fiscal, ou das instrumentalidades para exercício, sob o fundamento de que esteja sendo exercida por outro grupo de indivíduos sob a supervisão de outro órgão da companhia (assembleia-geral ou administração).

40. Atribuir ao conselho fiscal essa competência centralizadora da fiscalização da legalidade da atuação da administração nas companhias brasileiras decorre da Lei das Sociedade Anônimas que prevê ser indelegável a competência conferida ao conselho fiscal, nos termos do art. 163, §7º do referido diploma legal.

41. Desse modo, se (i) não se pode suprimi-lo ou delegar a sua competência a outro órgão e (ii) não é eficiente criar uma multiplicidade de órgãos com competências fiscalizatórias justapostas, utiliza-se do arcabouço normativo existente para, por meio de instrumentos estruturais e organizativos, aprimorá-lo de modo a empoderá-lo suficientemente para o cumprimento de sua competência legal.

42. Nesse contexto, defende-se a previsão de regras que contribuam para eficácia da atuação do conselho fiscal, por meio de garantia de (i) independência na indicação e atributos necessários dos membros para exercício da função; (ii) remuneração compatível e autonomia orçamentária para desenvolvimento de suas atividades; (iii) competência ampla para controle da legalidade dos atos praticados por meio ou em nome da companhia e prerrogativas para assegurar seu exercício; e (iv) vinculação de suas decisões, respeitado o procedimento de reexame do tema pelo conselho de administração, mediante decisão fundamentada.

Propõe-se a seguinte estrutura base de funcionamento do conselho fiscal, na qualidade de *único* órgão responsável pela fiscalização da companhia:

- (i) órgão de funcionamento permanente;
- (ii) composto por cinco membros, eleitos pela assembleia-geral, sendo:
 - a) um membro indicado pelos acionistas detentores de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito;

- b) um membro indicado pelos acionistas minoritários detentores de ações com direito a voto;
 - c) um membro indicado pelos demais acionistas;
 - d) dois membros independentes indicados pelos membros eleitos na forma prevista nos itens anteriores e eleitos pelos acionistas;
- (iii) competente para analisar a legalidade de todos os atos praticados por meio ou em nome da companhia;
- (iv) munido de:
- a) remuneração adequada e compatível com a formação e experiência necessárias ao satisfatório exercício do cargo;
 - b) orçamento autônomo e fixado anualmente com base em métricas objetivas previamente estabelecidas;
 - c) autorização para acesso irrestrito a todos os documentos e informações produzidos no âmbito da companhia, em formato aberto e bruto;
- (v) competente para, por opinião manifestada pela maioria de seus membros, emitir pareceres acerca da legalidade de quaisquer atos perpetrados pela administração (antes ou após serem executados), bem como sugerir as medidas a serem tomadas. Seus pareceres serão:
- a) endereçados ao conselho de administração, ou à assembleia-geral, nas hipóteses em que a lei assim exigir;
 - b) vinculantes, de modo que o conselho de administração somente poderá deixar de observá-los se deliberar, mediante apresentação de parecer fundamentado que (b.1) contraponha pontualmente todos os

argumentos apresentados pelo conselho fiscal, (b.2) seja devidamente assinado por todos os membros do conselho de administração que o aprovarem e (b.3) seja levado a registro (e publicado no sistema da CVM, no caso de companhias abertas), acompanhado de cópia integral do parecer do conselho fiscal a que se contrapõe.

- (vi) responsável (cada membro individualmente considerado) pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto, nos termos do art. 164 da Lei das Sociedades Anônimas.

43. Entende-se que, mediante essa estrutura preliminar, pode-se delinear um sistema interno de controle efetivo, apto a identificar e prevenir a prática de atos contra a administração pública, por meio ou em nome da companhia. Mais uma vez ressalta-se que a implementação das medidas podem ser dar por meio de introdução de regras estatutárias ou em acordos de acionistas, conforme seja mais adequado à luz da legislação e das características específicas da companhia a que se referem.

BIBLIOGRAFIA

1. ADAMS, M. *Determinants of audit committee formation in the life insurance industry: New Zealand evidence*. Journal of Business Research. New York, v. 38, p. 123, Feb. 1997.
2. ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. Trans. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 1985.
3. _____. *On Balancing and Subsumption*. Ratio Juris 16 (2003), 433-449.
4. _____. *Constitutional Rights and Proportionality*. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, REVUS 22, 55-65, 2014.
5. ARLEN, Jennifer H. *Compensation system and efficient deterrence*. Maryland Law Review, V. 52, n. 4, 1993.
6. BACKER, Larry Catá. *The duty to monitor: emerging obligations of outside lawyers and auditors to detect and report corporate wrongdoing beyond the federal securities laws*. St. John's Law Review. Vol. 77: 919.
7. _____. *Transparency Between Norm, Technique and Property in International Law and Governance: The Example of Corporate Disclosure Regimes and Environmental Impacts*. Minnesota Journal of International, Winter, 2013.
8. BARCLAY, M.J; HOLDERNESS, C.G. *Private benefits from control of public corporations*. In Journal of Financial Economics 25, 1989.
9. BEBCHUK, Lucian Arye *et all.*, *Stock Pyramids, Cross-Ownership, and Dual Class Equity: The Mechanisms and Agency Costs of Separating Control from Cash-Flow Rights*, in Concentrated Corporate Ownership, Randall K. Morcked, 2000.
10. _____; ROE, Mark. *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*. Stanford Law Review, v. 52, 1999.

11. BECHARA, Ana Elisa Liberatore S., FUZIGER, Rodrigo José. *A política criminal brasileira no controle da corrupção pública*. Estudos Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013.
12. BERGLÖF, E.; THADDEN, E. *The changing corporate governance paradigm: implications for transition and developing countries*. Conference Paper, Annual World Bank Conference on Development Economics, 1999.
13. BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*, New York: Macmillan, 1932.
14. _____. *The case for increasing shareholder power*. In Harvard Law Revenue. 118, 2005.
15. BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*, Volume 05, São Paulo: Saraiva, 2009.
16. BRADBURY, M. E. *The incentives for voluntary audit committee formation*. Journal of Accounting and Public Policy, v. 9, p. 19-36, 1990.
17. BRAIOTTA, L. Jr. *The audit director's guide*. New York: John Willey & Sons, 1981.
18. BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa, FONTES FILHO, Joaquim Rubens; MURITIBA, Sérgio Nunes (org.). *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. 1ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.
19. BULGARELLI, Waldírio. *O conselho fiscal nas companhias Brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
20. _____. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo, RT 732, 1996, p. 38-46.
21. _____. *Regime Jurídico da proteção às minorias nas S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

22. CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, São Paulo: Saraiva, 2013-2015.
23. CERZETTI, Sheila Christina Neder. *Administradores Independentes e Independência dos Administradores (Regras Societárias Fundamentais ao Estímulo do Mercado de Capitais Brasileiro)*. In Marcelo Vieira Von Adamek (coord.), *Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos*, São Paulo, Malheiros, 2011, p. 575.
24. _____. *Aligning corporate governance private regulation with the public interest: a look at the pitfalls of the Brazilian takeover private regulation*. Chicago: American Bar Association, 2012.
25. CHAPUT, Yves (coord.). *La direction des sociétés anonymes en Europe: Vers des pratiques harmonisées de gouvernance?* Paris: LITEC, 2009.
26. CHOW, C. W. *The demand of external auditing: size, debt and ownership influences*. *The Accounting Review*. [S.l.], v. 52, p. 272-291, 1982.
27. COFFEE JR., John C. *Do norms matter? A Cross-Country Examination of the Private Benefits of Control*. Columbia Law School, working paper n. 183. Janeiro, 2001.
28. _____. *The Rise of Dispersed Ownership: The Roles of Law and the State in the Separation of Ownership and Control*. *Yale Law Journal*, Vol 111:1, 2001.
29. COLLIER, P. *Factors affecting the formation of audit committees in major UK listed companies*. *Accounting and Business Research*. Kingston Upon Thames, v. 23, p. 421, 1993.
30. _____; GREGORY, A. *Audit committee activity and agency costs*. *Journal of Accounting and Public Policy*, v. 18, p. 311-332, Winter. 1999.

31. COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
32. _____; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro, Forense, 5a ed., 2008.
33. COOLS, S. *The real difference in corporate law between the United States and Continental Europe: distribution of powers*. Del. K. Cop. L. 30, 2005.
34. DA SILVEIRA, Alexandre Di Miceli; LEAL, Ricardo P.C.; CARVALHAL DA SILVA, Andre; BARROS, Lucas Ayres B. de C. *Evolution and Determinants of Firm-Level Corporate Governance Quality in Brazil*, 20 de junho de 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=995764>.
35. DJAN, Yves. *Le contrôle de la direction des sociétés anonymes dans le pays de marché commun*. Paris, 1965.
36. EIZIRIK, Nelson. *Limites à atuação do conselho fiscal*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: RT, n. 84, 1991.
37. _____. *A Lei das S/A Comentada*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011.
38. FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica, Direito e Conjuntura*. São Paulo, Saraiva, 2ª ed. 2010.
39. DONALDSON, Thomas; PRESTON, Lee E. *The stakeholder theory of the Corporation: concepts, evidence and implications*. Academy of Management Review, New York, v. 20, n. 1, p. 65-91, 1995.
40. FAMA, E. F.; JENSEN, M. C. *Agency problems and residual claims*. The Journal of Law and Economics, 1983.
41. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

42. FELO, A. J.; KRISHNAMURTHY, S.; SOLIERI, S. A. *Audit committee characteristics and the perceived quality of financial reporting: an empirical analysis*, 2003.
43. FERRERO FERRERO, Idoya; ACKRILL, Robert. *Europeanization and the Soft Law Process of EU Corporate Governance: How has the 2003 Action Plan Impacted on National Corporate Governance Codes?* JCMS: Journal of Common Market Studies, 2016 Volume 54. Number 4. pp. 878–895.
44. FUTURA, Fernanda, DOS SANTOS, Ariovaldo. *Comitê de Auditoria versus conselho fiscal Adaptado: a visão dos analistas de mercado e dos executivos das empresas que possuem ADRs*. Revista Contabilidade & Finanças, USP, São Paulo, v. 21, n. 53, maio/agosto 2010.
45. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. São Paulo: Bushatsky, 1959.
46. GAMBETTA, Diego, *Trust, Making and Breaking Cooperative Relations*, Department of Sociology, University of Oxford.
47. GARRIGUES, Joaquim. *La Sociedad Anonima y el Estado*, in *Hacia um Nuevo Derecho Mercantil*, Madri, 1971.
48. GILSON, Ronald. *Controlling shareholders and corporate governance: complicating the corporative taxonomy*. ECGI Working Paper nº 49, 2005.
49. _____.; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union*. Stanford Law Review, v. 63, 2011.
50. GOMES JUNIOR, João Florêncio de Salles. *O crime de concussão e sua distinção dos crimes de extorsão e corrupção passiva no direito penal brasileiro*. Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho, São Paulo: LiberArs, 2014.

51. GORGA, E. *changing the paradigm of stock ownership from concentrated towards dispersed ownership? Evidence from Brazil and consequences for emerging countries*. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 29, 2009.
52. GOSHEN, Zohar, HAMDANI, Assaf. *Corporate Control and Idiosyncratic Vision*. *The Yale Law Journal* 125:560, 2016.
53. GOWER, Laurence C; DAVIES, Paul L. *The Principles of modern company law*. London, Sweet & Maxwell, 1992.
54. GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Sociedade anônima: poder e dominação*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 53, jan.-mar./1984.
55. _____. *Sociologia do Poder na Sociedade Anônima*. *Revista de Direito Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 77, p. 50, 1990.
56. HANSEN, Robert G.; LOTT JR., John R. *Externalities and corporate objectives in a world with diversified shareholder/consumers*. *Journal of Financial and Quantitative Analysis*, v. 31, 1996.
57. HANSMANN, Henry e KRAAKMAN, Reinier. *Reflections on the end of history for corporate law*. August 2011. Forthcoming in Abdul Rasheed and Toru Yoshikawa, Eds. *Convergence Corporate Governance: Promise and Prospects*. Palgrave-MacMillan, 2012.
58. _____.; PARGENDLER, Mariana. *The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption*. *The Yale Law Journal*, vol. 123, 2014.
59. _____.; MECKLING, William H. *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, no. 4, 1976.

60. _____ . KEAY, Andrew. *Accountability and the corporate governance framework: from Cadbury to the UK Corporate Governance*, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2143171>
61. HECKELMAN, Jac C.; POWELL, Benjamin. *Corruption and the Institutional Environment for Growth*. *Comparative Economic Studies*, 2010, 52, 371-378.
62. HOUSTON, Douglas A. *Can corruption ever improve an economy?* *Cato Journal*, Vol. 27, No. 3, 2007.
63. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, Volume IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
64. IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. *Código Brasileiro de Governança Corporativa*. Disponível em: http://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/21148/Codigo_Brasileiro_de_Governanca_Corporativa_companhias_Abertas.pdf.
65. _____. *Pratique ou explique: análise quantitativa dos informes das companhias abertas brasileiras*. Disponível em: http://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23995/pesquisa_pratiqueexplique_novo.pdf.
66. JOHNSON, Noel D.; RUGER, William; SORENS, Jason; YAMARIK, Steven. *Corruption, regulation, and growth: an empirical study of the United States*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013.
67. KAUFMANN, Daniel; SIEGELBAUM, Paul. *Privatization and corruption in transition economies*. *Journal of International Affairs*, Columbia University School of International Public Affairs. 50.2, 1997.
68. KEENAN, David; COOPER, Deborah Jane, LEBOWITZ; David & LERER, Tamar. *The Myth of Prosecutorial Accountability After Connick v. Thompson: Why Existing Professional Responsibility Measures Cannot Protect Against Prosecutorial Misconduct*. *Yale Law Journal*, 121:203, 2011.

69. KRAAKMAN, Reinier; Armour, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca, HANSMANN, Henry, HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus, KANDA, Hideki, PARGENDLER, Mariana; RIGNE, Wolf-Georg, ROCK, Edward. *A anatomia do direito societário: uma abordagem comparada e funcional*. São Paulo: Editora Singular, 2018.
70. KRUEGER, Anne O. *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*. *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 3 (Jun.,1974), pp. 291-303.
71. LEFF, Nathaniel H. *Economic Development Through Bureaucratic Corruption*. *The American Behavioral Scientist*, November 1964, 8-14.
72. LOBO, Jorge. *Princípios de governança corporativa*. In *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nº142. São Paulo, Malheiros.
73. LOPES, Alexsandro Broedel, COELHO, Antonio Carlos, BHIMANI, Alnoor, TRAPP, Adriana Cristina. *The supervisory board as an alternative corporate governance mechanism: evidence from Brazil*. Denver, 2011.
74. MACHADO, Ana Mara França. *Sistema brasileiro anticorrupção: internacionalização do direito e variantes nacionais*. Dissertação (Mestrado), São Paulo, 2010.
75. MAHR, Till G.; NOWAK, Eric; ROTT, Roland. *The (Ir)Relevance of Disclosure of Compliance with Corporate Governance Codes - Empirical Evidence from the German Stock Market*. *Journal of Institutional and Theoretical Economics JITE*, Volume 172, Number 3, pp. 475-520, September 2016.
76. MAURO, Paolo. *Corruption and Growth*. *Quarterly Journal of Economics*, 110: 681-712, 1995.
77. MELO, Débora Thaís de. *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos coletivos*. In: Santos, Cláudia Cruz; Bidino, Claudio; Melo, Débora Thaís de. *A corrupção. Reflexões (a partir da Lei, da Doutrina e da*

- Jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
78. MENON, K.; WILLIAMS, J. D. *The use of audit committee for monitoring*. Journal of Accounting and Public Policy. v. 13, p. 121-139, 1994.
79. MÉON, Pierre-Guillaume; SEKKAT, Khalid. *Does corruption grease or sand the wheels of growth?* Public Choice (2005) 122, p. 69-97.
80. MORELLI, Denis. *Os órgãos técnicos e consultivos da sociedade anônima*. Dissertação de mestrado apresentada ao Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, 2012.
81. MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Quem deve comandar a companhia? Alocação do poder empresarial: sistema de freios e contrapesos*. In Estudos em Homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo, Saraiva, 2012.
82. NERANTZIDIS, Michail. *Measuring the quality of the “comply or explain” approach: Evidence from the implementation of the Greek corporate governance code*, Managerial Auditing Journal, Vol. 30 Issue: 4/5, pp.373-412, 2015.
83. NYE, J.S. *Corruption and Political Development: a cost-benefit analysis*. The American Political Science Review, vol. 61, n.º 2, 1967.
84. OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Princípios de Governança Corporativa da OCDE*. OCDE, 2004.
85. _____. *Typologies on the Role of Intermediaries in International Business Transactions, Final Report*. OECD (2009). Disponível em: hdr.undp.org/en/statistics/hdi.
86. _____.; G20. *Protection of Whistleblowers: Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation*, 2011. Disponível em: www.oecd.org/daf/anti-bribery/48972967.pdf

87. _____. The World Bank (2012). *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: Revised edition*, February 2012. OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en>
88. _____. *Issues Paper on Corruption and Economic Growth*. G20/OECD (2013). Disponível em: www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/issues-paper-on-corruption-and-economic-growth.pdf
89. _____. *OECD Foreign Bribery Report An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials*, OECD Publishing, 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264226616-en>
90. _____. *OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*. Disponível em: www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44884389.pdf.
91. OSTROM, Elinor. *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems*. Nobel Prize Lecture, 2009.
92. PELEIAS, Ivan Ricardo e LOURENÇO, Maria Cristina. *Conselho fiscal - responsabilidade com a sociedade e os investidores*. São Paulo: Atlas, 2010.
93. PILAGALLO, Oscar. *Corrupção: entrave ao desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2013.
94. PINCUS, K.; RUSBARSKY, M.; WONG, J. *Voluntary formation of corporate audit committees among NASDAQ firms*. Journal of Accounting and Public Policy, 1989.
95. PIOT, C. *The existence and independence of audit committees in France*. Accounting and Business Research. United Kingdom, v. 34, n. 3, p. 223-246, 2004.
96. PISTOR, Katharina. *Codetermination: A Sociopolitical Model with Governance Externalities*. In: BLAIR, Margaret M.; ROE, Mark J. *Employees and Corporate Governance*. Washington D.C: Brookings Institution Press, 1999.

97. PONTES, Evandro Fernandes. *O conselho fiscal nas companhias Abertas Brasileiras*. São Paulo: Almedina, 2012.
98. PORTUGAL GOUVÊA, Carlos Pagano Botana. *The third bank of the river: democracy and its corruption after liberalization reforms in Latin America*. Thesis (LL. M.), Harvard Law School, 2004.
99. _____. *The Managerial Constitution: The Convergence of Constitutional and Corporate Governance Models*, July, 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2288315.
100. PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D. *Brazilian Anti-Corruption Legislation and its Enforcement: Potential Lessons for Institutional Design*. International Research Initiative on Brazil and Africa - IRIBA, School of Environment, Education and Development, University of Manchester, 2014.
101. _____. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. *The Quarterly Review of Economics and Finance* 62 (2016), 56-65.
102. _____. *The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment*. Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 119, 2016.
103. PROENÇA, José Marcelo Martins; FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis (Org.). *Direito societário: gestão e controle*. São Paulo: Saraiva, 2008.
104. QUAH, Jon S.T. *Governance and Corruption: Exploring the Connection*. *American Journal of Chinese Studies*. Vol. 16:119, October, 2019, 119-135.
105. RAINSBURY, E. A.; BRADBURY, M. E.; CAHAN, S. F. *Firm characteristics and audit committees complying with 'best practice' membership guidelines*. *Accounting and Business Research*. United Kingdom, v. 38, n. 5, p. 393-408, 2008.

106. ROSE, Caspar. *Firm performance and comply or explain disclosure in corporate governance*. European Management Journal 34, 202-222, Elsevier, 2016.
107. ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption: A Study in Political Economy*, New York: Academic Press, 1978.
108. _____. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.
109. _____; SOREIDE, Tina. *International Handbook on the Economics of Corruption*, vol I, vol II, Edward Elgar Pub, 2012.
110. _____; CARRINGTON, Paul. *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* Yale Law School, John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Research Paper No. 440, 2011.
111. ROSENBLUM, Steven A. *Hedge fund activism, short-terminism and a new paradigm of corporate governance*. 126 Yale L.J. F. 538 (2017).
112. RUBIO, Jesus. *Curso de Derecho de Sociedades Anonimas*, 3ª ed., Madri, 1974.
113. SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo, Malheiros Editores, 4ª edição, 2011.
114. _____. *Teoria crítico-estruturalista do direito comercial*. 1ª ed., São Paulo, Marcial Pons, 2015.
115. SANDEL, Michael J. *What money can't buy: the moral limits of markets*. London, Allen Lane, New York, 2012.
116. SANTOS, Aldomar Guimarães dos. *Comitê de Auditoria: uma análise baseada na divulgação das informações de empresas brasileiras*. Dissertação (Mestrado em Controladoria e Contabilidade: Contabilidade) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

117. SELIGSON, MA. *The impact of Corruption on regime legitimacy: a comparative study of four Latin American countries*. *Journal of Politics*. 64, 2, 408, May 2002.
118. SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. *Corruption*. *Quarterly Journal of Economics*. 108.3, Oxford University Press, 1993.
119. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris, 1789.
120. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid: Civitas, 1999.
121. SILVA, Thiago José da, CAMARGO, André Antunes Soares de. *Conselheiros Independentes: status e proposições*. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, Almedina, 2015.
122. SILVEIRA, Alexandre di Meceli da. *Governança corporativa no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
123. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A ideia penal sobre a corrupção no Brasil: da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual*. *Estudios Sobre La Corrupción Una Reflexión Hispano Brasileña*, Salamanca: Universidade de Salamanca, 2013.
124. SOLTVEDT, Ida Folkestad. *Soft Law, Solid Implementation? The Influence of Precision, Monitoring and Stakeholder Involvement on Norwegian Implementation of Arctic Council Recommendations*. *Arctic Review on Law and Politics*, Vol. 8, 2017, pp. 73-94.
125. SOUZA, Luciano Anderson de. *Corrupção: novos desafios jurídico-penais em torno de um antigo grave problema*, Livro homenagem a Miguel Reale Júnior, Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
126. SPAHN, Elizabeth. *Nobody gets hurt?* *Georgetown Journal of International Law*, vol. 41, 2010, 862-905.

127. STRINE, Leo E., Jr. *Who Bleeds When the Wolves Bite? A Flesh-and-Blood Perspective on Hedge Fund Activism and Our Strange Corporate Governance System*, 126 Yale L.J. 1870 (2017).
128. SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
129. TANTALO, C.; PRIEM, R. L. *Value creation through stakeholder synergy*. Strategic Management Journal, v.37, n.2, p.314-329, 2014.
130. TURLEY, S.; ZAMAN, M. *The corporate governance effects of audit committees*. Journal of Management and Governance., v. 8, n. 3, p. 305-332, 2004.
131. URTIAGA, María Gutierrez, SAEZ, Maribel. *Deconstructing Independent Directors*. Working Paper nº 186/2012.
132. VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Responsabilidade dos Administradores de S.A. e as Ações Correlatas*. São Paulo, Saraiva, 2009.
133. WIEDEMANN, Hebert. *Gesellschaftsrecht I- Grundlagen*. Munique: Editora Beck, 1980. Tradução de Erasmo Valladão Azevedo Novaes e França, in *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, Malheiros, 2000.
134. ZHAO, John Hongxin; KIM, Seung H.; DU, Jianjun. *The Impact of Corruption and Transparency on Foreign Direct Investment: An Empirical Analysis*. Management International Review, vol. 43, 2003.