

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

***COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

JULIA SANTOS DE ABREU

Presidente Prudente

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

***COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

JULIA SANTOS DE ABREU

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Guilherme Prado Bohac de Haro.

Presidente Prudente

2018

**COMPLIANCE COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS**

Trabalho de Conclusão de
Curso aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito

Prof. Me. Guilherme Prado Bohac de Haro

Alexia Domene Eugênio

Fabício De Vecchi Barbieri

Presidente Prudente

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, por sempre terem tratado minha educação como prioridade, todo cuidado e apoio com que me presentearam durante a graduação.

Aos meus amigos, companheiros diários, que sempre me apoiam, não só nas tomadas de decisão, como também na jornada que elas implicam. Agradeço a um certo *coven*, que há muito me acompanha. Em especial, à minha fiel escudeira: muito obrigada.

Agradeço ao meu orientador, pela paciência e cuidado com este trabalho, e aos examinadores pela disposição e atenção com a que receberam o convite para compor a banca.

RESUMO

Frente ao movimento anticorrupção empresarial que ganhou força no Brasil devido ao contexto Político-Econômico nos últimos anos, o legislador se viu obrigado a concretizar um ato normativo efetivo no combate à corrupção. Destarte, este trabalho consiste em um levantamento das inovações referentes à Lei Anticorrupção, que acabaram por estimular a implementação do programa de *compliance* pelas sociedades empresárias, exigindo das corporações um sistema de autorregulação. Entretanto, foi necessário delimitar o estudo à aplicação pelas sociedades anônimas, motivando o exame dos aspectos jurídicos relevantes da estruturação desse tipo societário em especial. Os atos normativos referentes a cada um dos tópicos foram analisados separadamente, para construir um entendimento de suas complexidades, de forma que então pudessem ser analisados em conjunto. Com isso, a análise versa sobre os benefícios da implementação do programa de *compliance*, o procedimento administrativo em si e as vantagens desse mecanismo como atenuante das sanções administrativas. Os resultados são embasados em análise doutrinária, contemplando as novas leis estaduais que garantem o tema como tendência legislativa.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção. Processo administrativo de responsabilização. Autorregulação e ética empresarial. Contratação com o Poder Público. *Compliance*.

ABSTRACT

Faced with the anti-corruption business movement, which has gained strength in Brazil due to the political-economic context in recent years, the legislator was forced to make an effective normative act to fight against corruption. Thus, this study consists on a survey of the innovations related to the Anti-Corruption Law, which eventually stimulated the implementation of the compliance program by business companies, requiring corporations a system of self-regulation. However, it was necessary to delimit this research concerning to the application of stock corporations, motivating the examination of the relevant legal aspects of the structuring of this particular type of company. The normative acts, pertaining to each of the topics, were analyzed separately, to construct an understanding of their complexities, and hence it all could be analyzed together. Consequently, the analysis verse the benefits of implementing the compliance program, the administrative procedure itself, and the advantages of this mechanism as mitigating administrative sanctions. The results are based on doctrinal analysis, contemplating the new state laws that guarantee the theme as a legislative tendency.

Keywords: Anti-Corruption Law. Administrative Proceeding of accountability. Self-regulation and business ethics. Public procurement. Compliance.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	7
2 LEI ANTICORRUPÇÃO.....	9
2.1 Corrupção no Panorama Internacional	9
2.2 Corrupção no Brasil	10
2.3 Considerações acerca da Lei nº 12.846/13.....	11
2.3.1 Responsabilidade objetiva	12
2.3.2 Atos lesivos.....	13
2.3.3 Sanções civis, penais e administrativas.....	15
2.3.4 Programa de <i>compliance</i>	18
2.3.5 Do processo administrativo de responsabilização	19
2.3.6 Acordo de leniência	21
3 SOCIEDADES ANÔNIMAS.....	24
3.1 Origem Histórica	24
3.2 Características e Natureza.....	26
3.3 Constituição	28
3.3.1 Constituição por subscrição pública.....	31
3.3.2 Constituição por subscrição particular	33
3.4 Órgãos Societários.....	35
3.4.1 Assembleia Geral.....	35
3.4.2 Órgãos de administração: Diretoria e Conselho de Administração.....	37
3.4.3 Conselho Fiscal	38
4 COMPLIANCE.....	40
4.1 O <i>Compliance</i> e os demais pilares da Governança Corporativa.....	41
4.2 Vantagens Expressas	43
4.3 Benefícios Sugeridos	46
4.4 Formas de Implantação	47
4.5 Sugestões de Implantação.....	49
4.6 Custos de Transação	50
4.7 Legislação sobre Programa de Integridade	51
5 CONCLUSÃO.....	54
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

Diante da pressão mundial em favor do combate à corrupção, aliada ao contexto Político-Econômico vivenciado pelo Brasil nos últimos anos, que deflagrou diversas operações e normatizações acerca do tema, o legislador se viu compelido a incorporar um ato normativo ao ordenamento jurídico que fosse efetivo. Ocasão em que foi promulgada a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Portanto, devido ao momento de transição moral pelo qual o Brasil passa, é importante introduzir esses preceitos éticos a todas as instituições, seja pelo interesse em ampliar o seu valor de mercado, seja pela possibilidade de ter qualquer sanção administrativa atenuada.

As sociedades empresárias vinculadas à Administração Pública são cada vez mais estimuladas pelo legislador pátrio a seguir com o ideal contemporâneo de ética, transparência, não corrupção e obediência aos princípios constitucionais que regem o Poder Público, seguindo as diretrizes da Lei nº 12.846/13. Com isso, fortalece no cenário empresarial a adoção do programa de *compliance*, que nada mais é do que um sistema de autorregulação da pessoa jurídica, visando o cumprimento das normas que a regulam, juntamente com a análise aprofundada dos órgãos e departamentos mais propensos ao cometimento de atos ilícitos, buscando, assim, vedar qualquer possibilidade de imoralidade.

Empresas não corruptíveis são essenciais, não só à democracia, como também aos interesses dos empresários e investidores. Oferecer vantagens para as empresas implantarem programas de integridade e diretrizes, a fim de incentivá-las a contribuir nessa rede ética junto ao Poder Público e sociedade, é um passo significativo e imprescindível para atenuar o quadro atual que o Brasil enfrenta de empresas fomentando prejuízos incalculáveis ao erário e a si mesmas.

O presente estudo visa analisar a implementação do *compliance* de forma efetiva especificamente no que tange às Sociedades Anônimas, uma vez que seu modelo estrutural é complexo e envolve muitos investidores, administradores e empregados. Além do alto valor de investimento, pois é por essa razão que as companhias adotam esse sistema de acionistas, justamente para reunir o maior valor de capital social. Nesse ambiente, cumpre somar a discussão sobre os seus benefícios, desvantagens e inovações, considerando estes os pontos mínimos e fundamentais a serem analisados em prol da ética e moralidade, das empresas e da Administração.

Este trabalho versa principalmente sobre as interpretações e considerações a serem feitas sobre a Lei Anticorrupção, abordando as inovações trazidas ao ordenamento jurídico, bem como uma melhor análise da estruturação e constituição das Sociedades Anônimas. E, por fim, comentários importantes acerca do programa de *compliance*, como em que consiste, como é colocado em prática aproveitando os elementos utilizados pela governança corporativa e a tendência legislativa acerca do tema.

Por se tratar de uma tendência moderna e polêmica nas organizações internas das empresas que prestam serviço público, o programa de *compliance* acaba por ser questionado e criticado. Entretanto, guarda relevância por contribuir com a efetiva aplicação da Lei Anticorrupção e de todos os outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro ligados a essa matéria. De modo que não se admita que as empresas vinculadas à Administração sejam corrompidas, estimulando uma concorrência saudável e ética no ambiente de negócios.

Foi realizada uma pesquisa jurídico-dogmática, baseada em doutrina e legislação, a fim de demonstrar a inovação benéfica que a política de *compliance* pode trazer às companhias e, indiretamente, a toda a sociedade brasileira que vem enfrentando questões importantes no tocante a corrupção generalizada.

Para tanto, foram adotados primordialmente os métodos indutivo e dedutivo. O primeiro se justifica com a análise feita acerca das normas extraídas da Lei Anticorrupção, bem como das particularidades apresentadas pelo *compliance*. O segundo, no entanto, parte de uma premissa genérica, como a observação da estruturação das Sociedades Anônimas, deixando de apresentar qualquer conhecimento novo.

No decorrer do presente estudo foram levantadas as inovações e especificidades trazidas pela Lei Anticorrupção no tocante à responsabilização das pessoas jurídicas, nos âmbitos civil e administrativo, as sanções administrativas previstas legalmente, a recomendação e incentivo à adoção aos programas de integridade e diretrizes e o acordo de leniência.

No que diz respeito ao *compliance*, a análise se deu acerca de suas vantagens, forma de implementação, custos de transação, incluindo os riscos operacionais e reputacionais oferecidos às companhias. No mais, foi realizado um estudo de complementariedade com os pilares da governança corporativa, uma vez que ambos os programas cuidam de atingir os ideais de gerência plena.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO

2.1 Corrupção no Panorama Internacional

O movimento de criminalização das práticas corruptas teve início nos Estados Unidos da América no ano de 1977, com a criação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em decorrência dos escândalos como *Watergate* e *Lockheed Corporation*¹.

As novas limitações de contratação pelas sociedades norte-americanas as colocavam em posição de desvantagem quanto às demais. Isso aconteceu porque os países asiáticos e europeus continuaram com as práticas corruptas e ainda assim concorriam nas negociações com os norte-americanos, tanto que a Alemanha permitia até que os custos com corrupção fossem deduzidos nos impostos².

No mais, a corrupção se tornou uma prática mercantilista comum, pois, mesmo que alguns países tenham passado a considerar essas condutas imorais e ilegais em seu território, fora dele era considerada permitida.

Diante disso, as corporações norte-americanas induziram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) a negociar um tratado internacional que coibisse toda a comunidade internacional no tocante ao combate à corrupção, dando origem à Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997) e, inclusive, ao *Bribery Act* do Reino Unido (UKBA), editado em 2010.

Posteriormente, na luta contra o déficit democrático e o subdesenvolvimento que assola o mundo, a Organização das Nações Unidas implementou em 2003 a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, justificada pelo Secretário-Geral³ com argumentos diversos dos que deram origem ao FCPA:

Quando os recursos públicos são roubados para obter benefícios pessoais, diminuem os recursos destinados à construção de escolas, hospitais,

¹ Rede de escândalos envolvendo o presidente norte americano Richard Nixon durante os anos de 1972 e 1974, envolvendo política, corrupção e esquema de pagamento de propina aos japoneses para garantir a venda dos aviões (PIMENTEL, 2015).

² OCDE. “*Update on Tax Legislation on the Tax Treatment of Bribes to Foreign Public Officials in Countries Parties to the OECD Anti Bribery Convention*” (CARVALHO, 2015).

³ Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, sobre o Dia Internacional contra a corrupção (2009).

estradas e instalações de tratamento da água. Quando a ajuda externa é desviada para contas bancárias privadas, os grandes projetos de infraestrutura são suspensos. A corrupção permite que se introduza no mercado medicamentos falsificados ou de má qualidade e que se lancem resíduos perigosos nos aterros e nos oceanos. As pessoas mais vulneráveis são as primeiras a ser afetadas e as que mais sofrem (CARVALHO, 2015, p. 39).

Em 2010, o Reino Unido promulgou o *Bribery Act*, considerado o diploma mundial mais rígido acerca do tema. A Convenção das Nações Unidas foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348, de 2005, e promulgada pelo Brasil em 2006, pelo Decreto nº 5.687.

2.2 Corrupção no Brasil

O Brasil é signatário de três convenções acerca do tema: Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), Convenção Interamericana contra Corrupção (OEA), e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE).

Todavia, o país sofre com os atos de corrupção desde o seu período colonial, vivenciando na atualidade diversos escândalos de conhecimento mundial, tais como o Mensalão, a Máfia dos Fiscais e o de maior repercussão na atualidade: a Operação Lava Jato.

Após a ratificação, a OCDE implementou meios de acompanhar o cumprimento dos preceitos convencionados, observando a legislação, sua concretude e eficiência no que diz respeito às disposições da Convenção. Ocasão em que declarou a insuficiência da legislação brasileira, com base no artigo 2º da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, *in verbis*:

Artigo 2 - Responsabilidade de Pessoas Jurídicas

Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos.

No mesmo sentido dispõe o artigo 26 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção:

Artigo 26 - Responsabilidade das pessoas jurídicas

1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa. 3. Tal responsabilidade existirá sem prejuízo à responsabilidade penal que incumba às pessoas físicas que tenham cometido os delitos. 4. Cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis de acordo com o presente Artigo.

Segundo Sérgio Pinel (2016, n.p), Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro, foi deflagrada uma operação que investigava o ex-deputado federal José Janene. Confirmada sua participação em escândalos como o do Mensalão, o foco das investigações referentes à lavagem de dinheiro mudou para o estado do Paraná, do qual era representante. Dessa forma, acompanhando a tendência global no combate à corrupção. Desencadeadas outras operações, a Operação Lava Jato tomou proporção nacional.

No mais, estudos realizados acerca do custo econômico da corrupção passaram a demonstrar índices gravíssimos e elevados em desfavor dessa prática, pois compromete parte das verbas que deveriam ser destinadas à educação, saneamento, moradia, extinção da miséria, saúde, e os demais provimentos mínimos a garantir a dignidade do povo brasileiro.

Na infraestrutura, o exemplo é ofertado com o item habitação, a partir das estimativas do PAC - Programa de Aceleração do Crescimento. Para atender 3,96 milhões de famílias, seriam necessários R\$ 55,9 bilhões. Ou seja, partindo-se do apontado custo médio anual da corrupção (R\$ 41,5 bilhões), 2,94 milhões de famílias poderiam ser contempladas com unidades habitacionais, algo equivalente a 74% das famílias a serem atendidas, conforme as metas do PAC. (DINO, 2015, p. 10)

Com efeito, se a comunidade internacional já pressionava o Brasil para buscar meios efetivos contra a corrupção, o colapso político e econômico causado pelas investigações impulsionou ainda mais o combate à corrupção em si, pois revelou o envolvimento de grandes nomes relacionados a sociedades renomadas como a Petrobrás e a Odebrecht.

2.3 Considerações acerca da Lei nº 12.846/13

A fim de proteger os preceitos éticos, o desenvolvimento sustentável, a democracia e atender às exigências dos pactos internacionais, o legislador pátrio elaborou a Lei nº 12.846/13, buscando conduzir o ordenamento jurídico por diretrizes modernas e à obtenção de efetividade no combate à corrupção.

Após sua promulgação, o texto da aludida lei foi considerado – pelos profissionais do Direito envolvidos com a área – como tecnicamente imperfeito, pois, ao passo que trouxe maior diálogo entre os mecanismos de investigação, carregou um espectro de insegurança jurídica, ao causar desacordo entre os órgãos de controle e fiscalização (SOMBRA, 2018, n.p). Gerada uma série de dúvidas que precisavam ser sanadas, foi sancionado o Decreto nº 8.420/15, a fim de regulamentar a responsabilização objetiva no âmbito administrativo, na esfera federal.

Dessa forma, cumpre determinar os bens jurídicos tutelados pela lei, quais sejam: a ética, o patrimônio público nacional e estrangeiro, a Administração Pública e os pactos internacionais assinados pelo Brasil.

2.3.1 Responsabilidade objetiva

No artigo 1º da Lei Anticorrupção, o legislador “dispõe sobre a responsabilização objetiva, administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. Ocasão em que cumpre distinguir a responsabilização civil da administrativa.

Por primeiro, a responsabilidade civil diz respeito à ideia de reparação de dano e ao processo judicial ligada ao ato lesivo praticado. Por outro lado, a responsabilização administrativa cuida da esfera da Administração Pública, isto é, as sanções serão decretadas pela própria Administração.

Nesse sentido, a inovação trazida pela lei concerne na desnecessidade de dano patrimonial, ou seja, basta a prática do ato antiético em desfavor da Administração, uma vez que não cuida de reparação, como no âmbito cível. Essa vertente é chamada de Direito Administrativo Sancionador e independe de culpabilidade (CAMPOS, 2015, p. 163-164).

À vista disso, se o ato lesivo se der em desfavor de órgão da administração direta, caberá ao ministro de estado a instauração e julgamento. Já no caso das estatais, caberá à autoridade máxima da entidade.

O texto do artigo 2º traz como critério de responsabilização que o ato seja praticado com “interesse ou benefício, exclusivo ou não”, deixando de especificar quem será o sujeito a se beneficiar. Com isso, entende-se que o legislador optou por uma interpretação ampliativa, ou seja, não exige que haja vínculo formal entre as pessoas física e jurídica.

Ainda, exigir o elemento subjetivo dolo do agente corruptor seria contrariar a essência da lei, vez que o artigo 3º estabelece a conexão entre elas, pois “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.

Em virtude da postura adotada pelo legislador, conclui-se que as pessoas jurídicas não têm apenas que “não corromper”, mas também evitar que haja corrupção dentro de todo o seu domínio, prevenindo qualquer situação de anormalidade.

2.3.2 Atos lesivos

No artigo 5º, a lei define os bens jurídicos tutelados, anunciando um rol de cinco incisos com os atos considerados lesivos, *in verbis*:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos: (...);
- (...) V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A primeira questão a ser levantada é se esse rol é taxativo ou exemplificativo. Para tanto, analisa-se a vontade do legislador e a previsibilidade das práticas corruptivas.

Examinando pormenorizadamente os incisos e alíneas, é possível perceber que, embora o *caput* utilize a expressão “assim definidos”, no corpo do texto, depara-se com termos como: “qualquer modo subvencionar”, “qualquer ato” e

“vantagem de qualquer tipo”, demonstrando a real intenção do legislador, qual seja, de coibir os atos lesivos contra a Administração de qualquer natureza. Apontando, assim, que a norma é aberta e flexível, por isso admite controversas interpretações, importando discutir se isso fere a segurança jurídica.

No que diz respeito à norma ser aberta, o STF, no julgamento do Mandado de Segurança n.º 28.799, cuja lide versou sobre assunto referente à Lei Orgânica da Magistratura Nacional e suas pertinentes sanções administrativas, em que a parte autora alegou “que o art. 56, II, da LOMAN configuraria “norma composta por conceitos jurídicos indeterminados”, o que violaria os princípios da segurança jurídica (CF, art. 5º, “caput”), (...) e da legalidade administrativa (CF, art. 37, “caput”)”, o Relator Ministro Celso de Mello (2001) se pronunciou:

Na realidade, a utilização de elementos normativos de conteúdo abrangente na definição legal de condutas puníveis revela-se legítima, inclusive sob a perspectiva dos atos de improbidade administrativa, cuja prática pode justificar a imposição de sanções objetivamente muito mais graves do que aquelas próprias do regime jurídico-disciplinar dos servidores públicos em geral e dos magistrados em particular (MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 1.136/1.137, item n. 14.17.6, 11ª ed., 2015; FERNANDO CAPEZ, “Improbidade Administrativa – Limites Constitucionais”, p. 220/231, item n. 4.2, 2ª ed., 2015; JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, “A Moralidade Administrativa e a” Boa-fé da Administração Pública – O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa, p. 292/296, item n. 6.2, 2002, Malheiros; MARIA SÍLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 973/975, item n. 18.1, 29ª ed., Forense; JOSÉ ARMANDO DA COSTA, “Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa”, p. 41/44, item n. 7, 2000, Brasília Jurídica, v.g.) (...).

Mencionando, ainda, a obra de Fábio Medina Osório (2006, p. 269-274):

Não há dúvidas de que conceitos ou termos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e elementos normativos semanticamente vagos ou ambíguos podem ser utilizados na tipificação de condutas proibidas, seja no Direito Penal, seja no Direito Administrativo Sancionador, neste com maior frequência. Trata-se, inclusive, de um problema de linguagem, de inevitável abertura da linguagem normativa, com todas suas potencialidades. Dentre as possíveis consequências da cláusula constitucional do devido processo legal, destaca-se a ideia de que as normas sancionadoras não podem ser excessivamente vagas, pois devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo, sem permitir espaços demasiado ambíguos ou obscuros. Veja-se que o alcance do tipo há de ser, efetivamente, suficiente para cobrir algum comportamento ilícito, dando aos administrados e jurisdicionados uma previsibilidade básica, que se repute razoável e adequada às circunstâncias e peculiaridades da relação punitiva. A vagueza semântica, traço comum a inúmeras normas jurídicas, e especialmente pertinentes às cláusulas gerais, traduz a existência de ‘zonas

de penumbra', indicando um preciso fenômeno semântico e pragmático, qual seja, a imprecisão do significado. (...)

(...) As cláusulas gerais cumprem funções de proporcionar abertura e mobilidade do sistema jurídico, isto é, abrem o sistema jurídico para inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa aos casos concretos. Nesse sentido, a cláusula geral possui função individualizadora, conduzindo ao direito do caso, e permite, ainda, formação de instituições para responder aos novos fatos, com força sistematizadora. Trata-se de estabelecer, pela via legal, uma referência ao julgador, o qual poderá buscar pontos de conexão entre os diversos casos concretos.

Isso porque, no âmbito do Direito Administrativo, o legislador, ao determinar tipificação aberta, permite que haja melhor adequação valorativa aos casos concretos, exercendo função individualizadora, desde que respeite os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (2006).

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 668) articula sobre a possível “imprecisão” do tipo administrativo:

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão (...).

Isso significa que a Administração dispõe de certa margem de apreciação no enquadramento da falta dentro os ilícitos previstos na lei, o que não significa possibilidade de decisão arbitrária, já que são previstos critérios a serem observados obrigatoriamente (...).

O Decreto nº 8.420/15, por sua vez, estabelece em seu artigo 12 que “os atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou as outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013 (...)”.

Portanto, não há como defender a taxatividade do rol, afastando-se a hipótese de gerar insegurança jurídica, desde que a descrição normativa exprima a proibição de forma clara e inequívoca. Assim sendo, caberá à autoridade competente interpretar pela configuração ou não do ato lesivo no caso concreto, e então aplicar a devida sanção.

2.3.3 Sanções civis, penais e administrativas

As hipóteses de responsabilização civil das pessoas jurídicas estão elencadas no artigo 19 da Lei Anticorrupção, e podem englobar:

- I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Anota-se que a responsabilidade civil pode tanto dar vez à administrativa, quanto com ela cumular. Para que a pessoa jurídica seja responsabilizada nessa seara, é necessário que tenha cometido um ilícito administrativo. Não obstante, o legislador os especificou no artigo 5º, estabelecendo, posteriormente, quais serão as sanções aplicáveis e como serão dosadas. Sendo que serão divididas em duas penalidades: multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, confirmadas pelo artigo 15 do Decreto nº 8.420.

- Multa

Denota-se que o artigo 6º instituiu o pagamento de multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória como espécies de sanções administrativas, admitindo aplicação isolada ou cumulativa, sem excluir o dever de reparar o dano, se houver.

Embora a multa prevista muitas vezes tenha sua natureza confundida com a indenizatória, neste caso trata puramente de caráter sancionatório (SOUZA, 2015a, p. 141).

A sanção de multa prevista no art. 6º da LAC é sanção administrativa e, como tal, consiste em uma medida afitiva imposta pela Administração Pública em função da prática de um comportamento ilícito, justificada pelos fins retributivos e preventivos geral e especial da pena.

Os parâmetros da multa administrativa foram expostos no inciso I, §1º e 4º, do mesmo artigo, e utilizará como base de cálculo “o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo” (SOUZA, 2015b, p. 142). Contudo, a jurisprudência admite que faturamento inclua “o produto de todo rol das demais atividades que integram o objeto social da empresa”.

O Min. Cezar Peluso afirmou que o Tribunal estaria sendo instado a definir, de uma vez por todas, o que seria a noção de faturamento constante do art. 195, I, da CF, na redação que precedeu a EC 20/98. Asseverou que a palavra faturamento teria um conceito histórico, e, demonstrando o

confronto entre a teoria que entende faturamento como sinônimo de receita de venda de bens e serviços daquela que o considera resultado das atividades empresariais, reputou a segunda mais conforme ao sentido jurídico-constitucional e à realidade da moderna vida empresarial. Explicou que a expressão teria se originado da prática comercial, correspondendo à receita decorrente da emissão de faturas nos termos da legislação comercial, mas que, ao longo do tempo, com o desenvolvimento das atividades comerciais e sua correlata expansão semiológica, ter-se-ia reconhecido a inaplicabilidade desse conceito primitivo, historicamente situado e extremamente restrito. Salientou que a palavra faturamento nunca teve no contexto da Constituição Federal o significado de vendas correspondentes à emissão de faturas, e que a adoção de faturamento do corpo constitucional não se reduziria a essa definição antiquada e em franco desuso de vendas acompanhadas de faturas. Para o relator, traçando um panorama diacrônico da conotação do termo faturamento, ter-se-ia que, assim como houvera superação do seu conceito como receita decorrente de vendas mercantis formalizadas mediante fatura em favor daquele outro que o toma no sentido de receita advinda de operações de vendas de mercadorias e serviços, seria necessário atualizar essa definição à luz das práticas atuais e empresariais, considerada a multiplicidade das atividades que ora compreenderia. RE 400479 ED-AgR/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, 19.8.2009. (RE-400479). (STF informativo, 2009)

O §4º prevê a impossibilidade de utilizar o critério do valor do faturamento bruto, isso ocorrerá quando o valor máximo da multa em abstrato for menor que a vantagem ilícita obtida, ou os registros contábeis e fiscais da pessoa jurídica não forem confiáveis, ou dada a impossibilidade de aferir o seu faturamento, podendo superar o teto de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

O Decreto traz em seu artigo 20, §1º, critérios para a quantificação da multa, estipulando limites quanto ao mínimo, que será “o maior valor entre o da vantagem auferida e o previsto no artigo 19”, e quanto ao máximo, isto é “o menor valor entre: a) vinte por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou b) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida”.

No mais, é possível que, pactuado o acordo de leniência, a penalidade de multa seja reduzida na fração acordada, desde que respeitado o limite exposto no artigo 16, §2º, da LAC.

▪ Publicação Extraordinária da Decisão Condenatória

Em regra, aplica-se a publicação extraordinária (artigo 6º, inciso II) cumulativamente à penalidade de multa, pois está diretamente ligada à transparência conferida aos atos do procedimento administrativo. Ademais, a publicidade dos atos de corrupção pode interferir diretamente no valor de mercado dessa corporação.

O procedimento a ser seguido resta devidamente especificado no artigo 6º, §5º, da LAC:

§5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

O decreto regulamentador estipula em seu artigo 24 que a decisão administrativa será publicada na forma de extrato de sentença, cumulativamente:

- II – em edital afixado no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, em localidade que permita a visibilidade pelo público, pelo prazo mínimo de trinta dias; e
- III – em seu sítio eletrônico, pelo prazo de trinta dias e em destaque na página principal do referido sítio.

É possível que a publicação seja afastada caso haja a celebração do acordo de leniência, conforme disposição expressa no artigo 16, §2º, da referida lei. Contudo, não há imperatividade nesta norma, uma vez que o poder de discricionariedade cabe à Administração, e a ela facultará prezar pela transparência ou sigilo da sanção, de acordo com o caso concreto.

2.3.4 Programa de *compliance*

Uma das novidades implantadas pelos diplomas normativos anticorrupção em todo o mundo, em especial no contexto brasileiro, sobre o qual versa o presente estudo, é a exigência de autorregulação das pessoas jurídicas, de maneira que o combate à corrupção se fortaleça de dentro para fora. Isto é, que as próprias corporações instituem procedimentos internos de controle e definam um alinhamento comportamental ético a todo o seu corpo de funcionários.

O programa de integridade foi delineado no artigo 41 do decreto regulamentador, inaugurando o Capítulo IV, que trata exclusivamente sobre esse mecanismo. *In verbis*:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Além disso, o artigo 42 estabelece os parâmetros a serem avaliados no momento da dosimetria das sanções administrativas, de acordo com o §4º, do artigo 5º do referido decreto.

O artigo 7º, da Lei n.º 12.846/13, traz os elementos que serão levados em consideração no momento da aplicação das sanções administrativas, dentre eles, no inciso VII, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

Com efeito, o legislador quis atenuar as sanções aplicadas às pessoas jurídicas que adotam esse sistema de autorregulação, estimulando a boa relação dos empresários com a Administração Pública. Ademais, a adesão dessas políticas de ética e integridade estão diretamente ligadas com a boa-fé objetiva das sociedades.

O programa de *compliance* tem como finalidade o regulamento das condutas empresariais, evitando que as instituições adotem comportamentos ilícitos, como corrupção e fraude. Contudo, por ora cumpre encará-lo apenas como uma atenuante das sanções administrativas, visto que sua forma de regimento e implementação será melhor explanada no decorrer deste estudo.

2.3.5 Do processo administrativo de responsabilização

No capítulo IV, artigos 8º a 15, da LAC, o legislador descreveu o rito do processo administrativo, tendo em vista a sua particularização quanto ao processo judicial. Portanto, passa-se à análise dos elementos trazidos pelo ato normativo.

A sua competência é definida no artigo 8º, restando atribuída “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e

Judiciário”. Todavia, convém explorar a quem o legislador se refere com a expressão utilizada, pois o texto legal deixa de mencionar como se determinará a “autoridade máxima”, que será concernente à vítima específica do ato de corrupção.

O §1º permite expressamente a delegação da competência a órgão quando entender conveniente, combinado com o que dispõe o artigo 12, da Lei n.º 9.784/99, a permissão se estende “ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial”.

Ato contínuo, o §2º atribui à Controladoria-Geral da União a competência concorrente para instauração e julgamento quando a vítima for órgão ou entidade relacionada ao Poder Executivo federal.

Outra questão importante é no tocante à oficiosidade ou necessidade de provocação, isso porque o processo administrativo é singular frente ao judicial, pois a Administração é agraciada com o princípio da oficialidade, que lhe permite ingressar ou impulsionar o processo de ofício, em proteção ao interesse público.

Entretanto, a possibilidade de a Administração agir de ofício não exclui o direito a representação da pessoa física capaz, que poderá provocá-la a instaurar o processo, com fundamento nos artigos 9º e 10 da Lei n.º 9.784/99.

No artigo 10, a LAC estabelece que o processo seja conduzido por uma comissão. Em um primeiro momento, é importante definir o que é a “estabilidade do servidor” mencionada no *caput*. Implica dizer que já foi definida pela própria Constituição Federal, em seu artigo 41: “são estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”. Ainda, o outro requisito é a imparcialidade, para o qual se aplica supletivamente as regras elencadas no artigo 18, da Lei nº 9.784/99.

Em seguida, o artigo 11 concede à pessoa jurídica o direito de defesa no prazo de 30 (trinta) dias. O que não poderia ser ignorado, pois, ainda que o processo não aconteça no âmbito judicial, a administração pública é regida pelo princípio do devido processo legal, que compreende a inafastabilidade do princípio do contraditório, ambos positivados no inciso LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Por fim, os atos instrutórios serão providenciados pela comissão, com a elaboração de um relatório, conforme prescreve o artigo 12 da lei. Nessa fase, como a pessoa jurídica já foi citada e tem o direito de acompanhar a instrução, é possível

que intervenha no processo administrativo por si mesma, ou por advogado constituído, e até mesmo requerer diligências. Sendo que estas podem ser deferidas ou não pela comissão, observando os critérios de legalidade e necessidade dessas providências.

Após a instrução, caso a comissão decida pela responsabilização da pessoa jurídica, caberá à autoridade julgadora determinar aplicação das sanções elencadas no artigo 6º, incisos I e II, cumulativamente ou não. Anota-se, ainda, que o procedimento de responsabilização civil (reparação do dano) será julgado separadamente, sem oferecer qualquer prejuízo à aplicação imediata das penalidades administrativas mencionadas.

Nessa ocasião, embora a Lei nº 12.846/13 não mencione a possibilidade de recorrer, o artigo 56 da Lei nº 9.784/99 estabelece que “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”. Combinado com o artigo 59 desta última, o prazo recursal será de 10 (dez) dias.

Quanto ao recurso administrativo, pontua-se que independe de caução e não terá efeito suspensivo da decisão, exceto se a autoridade entender que há risco ou impossibilidade de reparação, podendo concedê-lo de ofício ou mediante provocação. Ainda, como a LAC determina que o julgamento seja realizado pela autoridade máxima, não haverá nenhuma outra acima dela, portanto, a própria autoridade examinará o pedido recursal.

Persistindo o inconformismo, caberá à pessoa jurídica buscar a via judicial. Todavia, o Judiciário não se refere à instância recursal da Administração, de modo que não caberá o reexame da matéria de mérito, mas apenas quando for caso de violação dos critérios legais impostos ao processo administrativo, como as nulidades (total ou parcial). Isso é permitido pela própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

2.3.6 Acordo de leniência

Importado da legislação antitruste, o acordo de leniência não foi exatamente uma inovação trazida pela Lei nº 12.846/13, vez que já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde 2000. A intenção do legislador ao aplicá-lo no

contexto anticorrupção é facilitar a apuração dos atos lesivos contra a Administração Pública, pois a corrupção, em si, é um delito silencioso, que dificilmente chega ao conhecimento geral.

Além disso, o acordo de leniência oferece muitas vantagens não só à Administração, como também às pessoas jurídicas. Isso porque incentiva a denúncia da corrupção no âmbito empresarial; reduz os obstáculos encontrados na apuração dos atos lesivos durante o processo administrativo; reduz os custos da instrução do processo administrativo, evitando longas investigações e diligências onerosas; e, por fim, permite que as corporações tenham suas sanções reduzidas se eventualmente celebrarem o acordo.

Seus requisitos foram elencados no artigo 16 da Lei Anticorrupção. O *caput*, primeiramente, expõe que a colaboração deve ser efetiva e resultar nas situações descritas nos seguintes incisos: “I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração”.

O §1º, traz em seus incisos três requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente. O primeiro diz que a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar, entretanto, trata-se de uma ideia herdada pela lei de Defesa da Concorrência, de modo que não se encaixa adequadamente ao contexto da Lei Anticorrupção, pois não é comum que as pessoas jurídicas nessas situações adotem práticas coletivas.

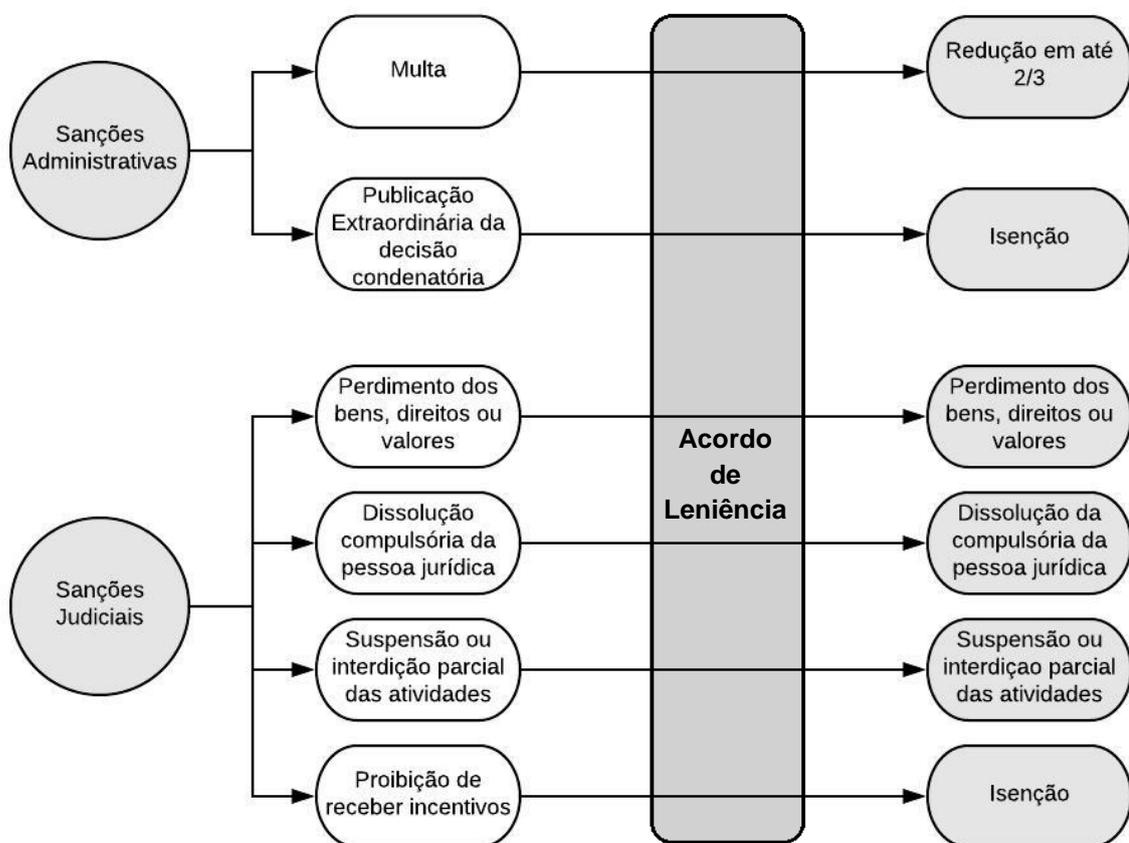
Esse mesmo inciso, no entanto, dá margem para a discussão do momento em que a pessoa jurídica deve se manifestar, se necessariamente deve ser antes da instauração do processo administrativo de responsabilização (PAR). Ocorre que nem sempre o representante legal da corporação terá conhecimento dos atos lesivos praticados, portanto não seria racional deixar de propor, bem como perderia a razão de ser do acordo de leniência. Pois a limitação desse alcance seria seguir em direção contrária ao combate à corrupção.

Entretanto, o decreto regulamentador estabelece esse momento no §2º, do seu artigo 30, estipulando que “a proposta do acordo de leniência poderá ser feita até a conclusão do relatório a ser elaborado no PAR”.

O terceiro inciso impõe como requisito a cooperação plena e permanente da pessoa jurídica na instrução do processo, implicando em atos que demonstrem sua boa-fé e que sejam capazes de comprovar o ilícito apurado.

O §2º designa que “a celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável”. Diante disso, nota-se que o acordo não isenta a pessoa jurídica leniente de todas as penalidades que lhe possam ser aplicadas quando da responsabilização judicial, delimitando seu alcance apenas ao processo administrativo.

FIGURA 1 - Fluxograma Acordo de Leniência



Fonte: Lei Anticorrupção adaptado, 2015

Ademais, denota-se que o acordo pode produzir efeitos também na esfera judicial, uma vez que pode isentar a pessoa jurídica da sanção de proibição de receber incentivos (artigo 19, inciso IV, LAC). No mais, o Capítulo III do Decreto nº 8.420/15 dispõe acerca das formalidades e do procedimento para a celebração do acordo de leniência, pondo fim às lacunas deixadas pela Lei Anticorrupção.

3 SOCIEDADES ANÔNIMAS

A Sociedade Anônima consiste em uma sociedade empresária cujo capital é dividido em ações, distribuídas entre os chamados acionistas, cuja responsabilidade é limitada ao preço de emissão das ações que cada um possui.

Cumprе evidenciar a importância desse tipo societário para a abordagem deste estudo, que se dá em razão do modelo de organização das sociedades anônimas, como a composição por numerosos investidores, possuir estrutura formada por diversos órgãos societários e pela grandiosidade do investimento, são instituições suscetíveis à corrupção. Portanto, trata-se de um exemplo perfeito para o exame da implementação do programa de *compliance* e da subordinação à Lei Anticorrupção.

3.1 Origem Histórica

O embrião das Sociedades Anônimas pouco se distancia do nascimento do capitalismo, pois derivou da necessidade de investimentos estratosféricos às Grandes Navegações. Tamanha era a importância desse novo meio de exploração, somado ao alto grau de retorno dessas aplicações, que a burguesia passou a unir seus capitais a fim de viabilizar sua execução.

Assim, surgiram organizações como as Companhias Holandesas das Índias Orientais e Ocidentais, em 1602. O Estado, por não deter recursos suficientes para o novo meio de exploração, passou a assegurar o investimento, conferindo personalidade jurídica, garantindo autonomia patrimonial e, conseqüentemente, a responsabilidade limitada dos investidores, bem como a possibilidade de transmissão dos títulos aos novos empreendimentos.

No período colonial brasileiro, o direito aplicado na colônia ainda era o português, portanto, as regras seguidas eram determinadas pelas Ordenações lusas. Forçada a deixar Portugal, em 1808, a Família Real se transferiu para o Brasil, ocasionando a abertura dos portos brasileiros a todas as nações. Com isso, foi necessário que se estabelecessem disposições comerciais, ocasionando a criação da Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, estimulando as transações entre as empresas mercantis e conseqüentemente o estudo do direito comercial.

Em 1849 foi introduzido o sistema de autorização. Subsequentemente, em 1882, esse sistema foi substituído pelo sistema de regulamentação. Com isso, a necessidade de autorização governamental passou a ser excepcional, isto é, apenas em situações pontuais, como no caso de sociedades anônimas formadas por intermédio de captação pública de recursos.

O Código Comercial de 1850 passou a mencionar as Sociedades Anônimas em seus artigos 195 a 199, entretanto, eram denominadas Companhias de Comércio e deveriam funcionar por tempo determinado. E apenas com o Decreto nº 2.627/1940 foram inseridas no ordenamento brasileiro.

Ocorre que o aludido Decreto inseriu uma série de novidades no ordenamento jurídico, deixando de levar em conta o método e sistematização adequada para introduzir um enorme acervo de legislação estrangeira no contexto societário brasileiro. Sendo assim, os mecanismos jurídicos por vezes deixavam de ser utilizados, tornando-se uma lei de excessos ou demasias (BULGARELLI, 1986).

Não obstante, no início da década de 1970, houve o chamado “*boom de 1971*”, decorrente da grande especulação nas bolsas dos grandes centros comerciais (Rio de Janeiro e São Paulo). Na tentativa de reverter os prejuízos causados, em 1976 foi criada a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, reformando-se inteiramente as disposições acerca das Sociedades Anônimas.

Assim, as sociedades anônimas que dependessem de subscrição pública passaram a depender de autorização governamental para terem seus capitais abertos, de modo que continuou possível que se mantivesse o capital fechado, por meio de subscrição particular, mediante regulamentação. Com efeito, na atualidade ambos os sistemas foram integrados, de modo que ainda coexistem.

Em 1976, com a Lei nº 6.404, foram reguladas as sociedades por ações, por isso, abrangeu desde as sociedades anônimas às sociedades em comandita por ações, bem como as sociedades de economia mista, dadas algumas especialidades.

No que tange às sociedades anônimas, em um panorama geral, a referida lei reconheceu os variados tipos de acionistas, buscando diferenciá-los e fixar suas responsabilidades; diferenciar as companhias fechadas e abertas; a existência dos órgãos específicos, como assembleia geral, conselho de administração, diretoria, conselho fiscal, etc.

Por fim, segundo sua Exposição de Motivos, a verdadeira finalidade da Lei n.º 6.404/76 era “criar a estrutura jurídica necessária ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no País, imprescindível à sobrevivência da empresa privada na fase atual da economia brasileira”.

3.2 Características e Natureza

A Lei nº 6.404/76 separou seu Capítulo I para estabelecer e determinar tanto as características das Sociedades por Ações, quanto sua natureza. Sendo assim, o artigo 1º prontamente aborda os princípios que caracterizam as sociedades anônimas, são eles: o Princípio da Circulação das Ações, da Limitação de Responsabilidades e da Divisão do Capital em Ações. Contudo, cumpre analisar as terminologias utilizadas, *in verbis*:

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Em primeiro plano, ressalta-se que a própria lei trouxe a expressão “companhia” como sinônimo de sociedade anônima. Embora corriqueiramente se utilize “sociedade por ações” igualmente como sinônimo, é importante pontuar que esse termo, na verdade, se refere a gênero, e não a espécie de sociedade, como é o caso da S.A.

Seguidamente, concerne distinguir a sociedade de capitais (*intuitu pecuniae*) e a sociedade de pessoas (*intuitu personae*). Isso ocorre porque, enquanto a sociedade de pessoas é formada com base em interesses pessoais, a sociedade de capitais independe das pessoas envolvidas, vez que os acionistas são conectados uns aos outros simplesmente pelo capital. Portanto, as sociedades anônimas se enquadram em sociedade de capitais.

Em reverência ao Princípio da Circulação das Ações, o capital é dividido em ações e esses títulos sociais são negociáveis, chamados de valores mobiliários, subjugando-se à fiscalização e todo o sistema de regulamentação imposto pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Nos ditames do artigo 4º da Lei nº 6.404/76, é importante observar que as companhias podem ter tanto o capital aberto, quanto fechado, distinguindo-se tão somente pela forma de negociação desses valores mobiliários.

Fábio Ulhoa Coelho (2012a, p. 91) pontua:

As sociedades anônimas abertas contam com recursos captados junto ao mercado de capitais e, por isso, sujeita-se à fiscalização governamental. O objetivo desse controle é conferir ao investimento em ações e outros valores mobiliários dessas companhias a maior segurança e liquidez possível.

As companhias de capital aberto são assim chamadas porque suas ações são comercializadas publicamente no mercado de valores mobiliários, isto é, bolsa de valores ou mercado de balcão. De modo que não cabe aos demais acionistas vetar ou intervir na aquisição desses valores por terceiros, dada a impessoalidade dos investidores. Por essa razão é classificada como sociedade empresária *intuitu pecuniae* puro.

Já nas companhias de capital fechado as ações só podem ser negociadas ou emitidas mediante distribuição privada. Ou seja, eventuais negociações devem ocorrer apenas entre as partes interessadas. Em razão disso, as sociedades anônimas de capital fechado acabam concentrando maior número de ações e um menor número de acionistas. Por sua vez, sociedade empresária detentora do *intuitu pecuniae* mitigado.

Ato contínuo, em conformidade com o Princípio da Limitação de Responsabilidades extraído do artigo 1º da referida lei, “a responsabilidade dos sócios será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas”, de maneira que os acionistas não devem responder pelas obrigações assumidas em nome da companhia. No mesmo sentido dispõe o artigo 1.088, do Código Civil, *ipsis verbis*:

Art. 1.088. Na sociedade anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço de emissão das ações que subscrever ou adquirir.

O ato constitutivo da sociedade anônima deve ser o Estatuto Social, uma vez que se trata de Sociedade Institucional. Isso implica dizer que, como não se refere a um ato de vontade contratual, não obedece às normas de direito contratual, mas sim puramente o comercial.

Segundo a Lei das Sociedades por Ações, no estatuto deve conter: a denominação social (art. 3º); objeto social (art. 2º, §2º); valor do capital social (art. 5º); o valor nominal das ações (art. 11 e seguintes); a formação da diretoria (art. 143) e do conselho fiscal (art. 161).

A denominação social é um tópico importante, pois é obrigatório que haja menção às expressões “companhia” ou “sociedade anônima”, aceitando abreviações, como “Cia.” ou “S/A”, dado que há proteção administrativa e judicial do nome empresarial. Isso ocorre porque à Junta Comercial é vedado o registro de nomes idênticos ou semelhantes aos que já existem, em respeito ao Princípio da Novidade, elencado no artigo 34, da Lei n.º 8.934/94 (Lei de Registro Público de Empresas Mercantis).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2012b, p. 103), “dependendo do contexto em que é necessário atribuir valor à participação societária, isto é, em função dos objetivos da avaliação, a ação poderá ter, e normalmente tem, valores diferentes”. Portanto, quanto ao Princípio da Divisão do Capital em Ações, deve-se levar em consideração a impessoalidade da titularidade móvel das sociedades anônimas, bem como que essas ações possuem valor de negociação, preço de emissão, valor nominal e patrimonial.

O valor nominal da sociedade empresária deve ser determinado no Estatuto Social, respeitando o mínimo fixado pela CVM. Anote-se, ainda, que esse valor deve ser igual para todas as ações, de acordo com o artigo 11, §2º, da Lei n.º 6.404/76. Para a obtenção desse valor representativo, divide-se o capital social da sociedade pelo número de ações emitidas.

Por outro lado, o patrimonial diz respeito ao valor dos bens que constituem a sociedade dividido pelo número de ações emitidas. Já o preço de emissão corresponde ao valor pago pela ação no momento da aquisição/subscrição. Por fim, o valor de negociação é determinado no momento do pregão, respeitando a lei da oferta e da procura, de acordo com a comercialidade desses títulos, tais como a lucratividade, confiança no investimento e *performance* comercial da sociedade.

3.3 Constituição

Em primeiro plano, cumpre divorciar as duas classificações das sociedades anônimas, de acordo com a motivação dos seus fundadores, isto é, se

são sociedades de capital aberto ou fechado. Entretanto, os requisitos preliminares serão iguais em ambos os casos, elencados no artigo 80 da referida Lei, guardadas apenas algumas peculiaridades. Veja:

Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:

I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;

III - depósito, no Banco do Brasil S/A., ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social

Quanto ao inciso I, é importante pontuar que o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece a constituição de sociedades anônimas unipessoais, apenas em situações excepcionais, como um incidente temporário (art. 206, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 6.404/76) e a subsidiária integral (art. 251 a 253, da Lei nº 6.404/76), sendo que essa última implica que a companhia seja constituída por outra sociedade. Até porque a sociedade anônima, de modo geral, é regida pelo princípio geral da pluripessoalidade, diretamente ligada à razão de existir dessa modalidade de sociedade.

Contudo, observa-se subsidiariamente se a companhia em questão é de capital aberto ou fechado. Caso seja de capital fechado, e, portanto, não possua Conselho de Administração, o mínimo será de dois acionistas. Já no caso de o capital social ser aberto, deve ter no mínimo três pessoas (físicas ou jurídicas) devem estar subscritas nas ações. Isso acontece porque a Lei das Sociedades Anônimas exige que haja o referido órgão e que assim seja composto, em seus artigos 138, §2º, 140 e 146. Textualmente:

Art. 138. A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria.

(...)

(...) §2º As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.

Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer:

I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela

assembléia ou pelo próprio conselho; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

II - o modo de substituição dos conselheiros;

III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

Art. 146. Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País.

§1º A ata da assembléia-geral ou da reunião do conselho de administração que eleger administradores deverá conter a qualificação e o prazo de gestão de cada um dos eleitos, devendo ser arquivada no registro do comércio e publicada.

§2º A posse do conselheiro residente ou domiciliado no exterior fica condicionada à constituição de representante residente no País, com poderes para receber citação em ações contra ele propostas com base na legislação societária, mediante procuração com prazo de validade que deverá estender-se por, no mínimo, 3 (três) anos após o término do prazo de gestão do conselheiro.

O inciso II trata da entrada de pelo menos 10% (dez por cento) do valor das ações subscritas em dinheiro. Atenta-se que as ações podem ser integralizadas de diversas formas, tanto o valor em dinheiro, bens ou crédito, a prazo ou à vista. Ocorre que o legislador não previu a entrada para as outras modalidades de integralização do valor correspondente, de modo que, este requisito trata apenas da modalidade de pagamento a prazo e em dinheiro.

Acrescenta-se outra peculiaridade no tocante às instituições financeiras cujo valor do preço de emissão for parcelado, exigindo o pagamento de 50% (cinquenta por cento), de acordo com o que estipula o artigo 27, da Lei nº 4.595/64.

Art. 27. Na subscrição do capital inicial e na de seus aumentos em moeda corrente, será exigida no ato a realização de, pelo menos 50% (cinquenta por cento) do montante subscrito.

§1º As quantias recebidas dos subscritores de ações serão recolhidas no prazo de 5 (cinco) dias, contados do recebimento, ao Banco Central da República do Brasil, permanecendo indisponíveis até a solução do respectivo processo.

§2º O remanescente do capital subscrito, inicial ou aumentado, em moeda corrente, deverá ser integralizado dentro de um ano da data da solução do respectivo processo.

Por fim, o terceiro requisito, compreendido no inciso III, determina que o valor entregue pertinente ao preço de emissão deve ser depositado em uma

instituição financeira. A lei fala no Banco do Brasil S.A., porém admite que seja realizado em outro estabelecimento autorizado pela CVM. Esse requisito é importante para evitar incoerência entre o preço de emissão assinalado nos atos constitutivos e o verdadeiro montante aplicado pelos acionistas.

3.3.1 Constituição por subscrição pública

Essa modalidade de subscrição cuida da criação de uma sociedade anônima de capital aberto. Certo de que a iniciativa dessa criação se dá por uma pessoa, denominado *fundador*, caberá a ele a obtenção dos recursos necessários e a responsabilidade pelo cumprimento desses requisitos legais.

A subscrição pública se dará de acordo com o artigo 19, §3º, da Lei nº 6.385/76 (Lei de Comissão de Valores Mobiliários), obedecendo três etapas: registro de emissão na CVM; colocação das ações junto aos investidores, e, finalmente, a realização da assembleia de fundação.

O registro de emissão se dá por meio de uma instituição financeira, que analisará o estudo de viabilidade econômica e financeira do investimento (art. 82, §1º), demonstrando à CVM os elementos técnicos obtidos por empresas especializadas, concluindo pela capacidade de atrair o interesse do mercado de capitais.

O pedido de registro de emissão, na CVM, assinado pelo fundador e por uma instituição financeira (*underwriting*), deve ser instruído com o projeto de estatuto, o estudo de viabilidade econômica e financeira do empreendimento e a minuta de prospecto. (COELHO, 2012c, p. 208)

No mesmo sentido, deve-se apresentar um prospecto (art. 84), que consiste em um documento que divulga a perspectiva do empreendimento, submetido à CVM como minuta. Finalmente, o pedido deve ser instruído com o projeto de estatuto social, devidamente elaborado por advogados, delimitando as regras, estrutura da companhia e a regulamentação das relações entre os acionistas.

Ato contínuo, proceder-se-á com a colocação das ações à disponibilidade dos investidores. Nessa etapa, as instituições financeiras, ou os responsáveis pelo mercado de balcão não organizado, oferecem as ações da sociedade como opção de aplicação de capital. Momento no qual se deve analisar o

requisito preliminar de subscrição por pelo menos dois acionistas, especificado no inciso I, do artigo 80, da LSA.

Não havendo a subscrição total das ações lançadas ao mercado, é possível que se tenha dois desfechos: a frustração da constituição da companhia, ou a subscrição das sobras pela instituição financeira que realizou o *underwriting*. Por isso é importante estudar as três modalidades de contratação desse serviço.

A primeira opção é que a instituição financeira estabeleça uma cláusula de melhor esforço, que implica apenas em oferecer as ações disponíveis aos interessados, obrigando-se unicamente a buscar investidores. Nesse caso, caso não haja a subscrição total dos títulos disponibilizados, não será criada a companhia. A segunda modalidade se resume a instituição subscrever as sobras, chamada *stand by*. Por último, há a chamada contratação *straight*, na qual ela se subscreve em todas as ações oferecidas, para subseqüentemente negociá-las.

Finalmente, será realizada a Assembleia de Fundação, respeitando os prazos e as diretrizes arroladas no Capítulo XI da Lei nº 6.404/76. O anúncio da primeira convocação para a assembleia deve respeitar o prazo de 08 (oito) dias de antecedência (artigo 124, §1º), no entanto, caso não seja realizada, deverá proceder com um novo anúncio, obedecendo ao prazo de 05 (cinco) dias de antecedência, como ordena a lei.

O artigo 87 trata especificamente da assembleia de constituição. Passa-se a análise.

Art. 87. A assembleia de constituição instalar-se-á, em primeira convocação, com a presença de subscritores que representem, no mínimo, metade do capital social, e, em segunda convocação, com qualquer número.

§1º Na assembleia, presidida por um dos fundadores e secretariada por subscritor, será lido o recibo de depósito de que trata o número III do artigo 80, bem como discutido e votado o projeto de estatuto.

§2º Cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto; a maioria não tem poder para alterar o projeto de estatuto.

§3º Verificando-se que foram observadas as formalidades legais e não havendo oposição de subscritores que representem mais da metade do capital social, o presidente declarará constituída a companhia, procedendo-se, a seguir, à eleição dos administradores e fiscais.

§4º A ata da reunião, lavrada em duplicata, depois de lida e aprovada pela assembleia, será assinada por todos os subscritores presentes, ou por quantos bastem à validade das deliberações; um exemplar ficará em poder da companhia e o outro será destinado ao registro do comércio.

O *caput* determina que, presentes os subscritores representando metade do capital social, instalar-se-á a assembleia na primeira convocação.

Todavia, havendo a necessidade de uma nova convocação, a instalação se dará com o número de subscritores que estiver presente. Anota-se que “cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, dá direito a um voto”, de acordo com o texto do §2º.

A fundação da companhia se verificará desde que os subscritores que representem mais da metade do capital social não se insurjam (§3º). Contudo, caso o façam, tal oposição deve ser manifestada na própria assembleia, de modo que o silêncio caracteriza aceitação tácita, e qualquer manifestação contrária posterior a este ato será capaz de obstar a constituição da sociedade.

Da mesma forma, caso os subscritores detentores de mais da metade do capital social se opuserem à constituição, os demais não poderão aproveitar os atos até então praticados para formar uma companhia aberta, mesmo que se proponham a reduzir o capital social. O máximo que poderão usufruir dos atos que já foram praticados será a relação de contatos dos subscritores interessados naquele empreendimento.

3.3.2 Constituição por subscrição particular

Também chamado de constituição simultânea, pois os fundadores são captados antes da constituição. Nesse caso, a constituição pode se dar de duas formas: com a realização de uma assembleia de fundação, similar à que acontece na subscrição pública, ou mediante escritura pública lavrada em cartório de notas, obedecendo o que dispõe o artigo 88, §2º, da LSA, em suas alíneas.

Art. 88. A constituição da companhia por subscrição particular do capital pode fazer-se por deliberação dos subscritores em assembleia-geral ou por escritura pública, considerando-se fundadores todos os subscritores. §1º Se a forma escolhida for a de assembleia-geral, observar-se-á o disposto nos artigos 86 e 87, devendo ser entregues à assembleia o projeto do estatuto, assinado em duplicata por todos os subscritores do capital, e as listas ou boletins de subscrição de todas as ações. §2º Preferida a escritura pública, será ela assinada por todos os subscritores, e conterá:

- a) a qualificação dos subscritores, nos termos do artigo 85;
- b) o estatuto da companhia;
- c) a relação das ações tomadas pelos subscritores e a importância das entradas pagas;
- d) a transcrição do recibo do depósito referido no número III do artigo 80;
- e) a transcrição do laudo de avaliação dos peritos, caso tenha havido subscrição do capital social em bens (artigo 8º);
- f) a nomeação dos primeiros administradores e, quando for o caso, dos fiscais.

No mais, a lei prevê as providências complementares nos artigos 94 e seguintes, que dependem da forma de constituição escolhida. Portanto, realizados os atos constitutivos preliminares, os fundadores devem providenciar o arquivamento dos atos constitutivos na Junta Comercial dentro do prazo de 30 (trinta) dias, conforme dispõe o artigo 36 da Lei 8.934/94.

Com efeito, caso a companhia tenha sido criada em assembleia de fundação, devem constar, no ato do arquivamento, os documentos elencados no artigo 95, quais sejam:

- I - um exemplar do estatuto social, assinado por todos os subscritores (artigo 88, § 1º) ou, se a subscrição houver sido pública, os originais do estatuto e do prospecto, assinados pelos fundadores, bem como do jornal em que tiverem sido publicados;
- II - a relação completa, autenticada pelos fundadores ou pelo presidente da assembleia, dos subscritores do capital social, com a qualificação, número das ações e o total da entrada de cada subscritor (artigo 85);
- III - o recibo do depósito a que se refere o número III do artigo 80;
- IV - duplicata das atas das assembleias realizadas para a avaliação de bens quando for o caso (artigo 8º);
- V - duplicata da ata da assembleia-geral dos subscritores que houver deliberado a constituição da companhia (artigo 87).

Na hipótese de a constituição ter se dado por escritura pública, por outro lado, deve-se arquivar apenas a certidão emitida pelo cartório de notas, nos termos do artigo 96, como condição de validade do ato.

As providências complementares, em ambas as modalidades de constituição (sucessiva ou simultânea), dizem respeito ao registro na Junta, à publicação dos atos constitutivos e à transferência da titularidade de eventuais bens conferidos à companhia por subscritor. (COELHO, 2012d)

Anota-se, ainda, a necessidade do acompanhamento por um advogado, consoante determinação da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), também como condição de validade.

Em resumo, a constituição por subscrição particular, ao contrário da pública, independe de apelo ao público e registro prévio na CVM, intermédio de instituição financeira. Nessa modalidade de instituição, os fundadores se confundem com os subscritores.

3.4 Órgãos Societários

Diante da grandeza dos investimentos pluripessoais que envolvem a constituição de uma companhia, é importante que a sociedade a ser formada consiga se organizar administrativa e juridicamente, em busca do progresso do empreendimento. Isso ocorre, pois os atos administrativos atendem objetivos diversos dos jurídicos.

Na esfera administrativa da sociedade anônima, ocupa-se da gerência da divisão de trabalho, compreendendo as funções e a boa comunicabilidade entre os empregados, buscando a economia dos custos para manter melhores lucros ao investimento e a racionalização do fluxo de informações, bem como a garantia da agilidade dos processos decisórios.

No âmbito jurídico, os objetivos envolvem questões como o alcance das responsabilidades de um modo geral, bem como a participação dos acionistas de acordo com o estatuto social, os direitos e deveres das pessoas que trabalham nas companhias, assim como a atenção às formalidades referentes à validade e eficácia dos atos da sociedade.

Contudo, cumpre observar que nem todos os órgãos são interessantes para o direito societário, de forma que o presente estudo versará apenas sobre os necessários, quais sejam: Assembleia Geral, Conselho de Administração, Diretoria e Conselho Fiscal.

Destarte, essa estrutura é dividida entre órgãos divisíveis e indivisíveis. Os indivisíveis atuam somente de forma colegiada, por maioria de votos, são eles a Assembleia Geral e o Conselho de Administração. Por outro lado, os divisíveis podem atuar tanto de forma colegiada quanto por meio de iniciativa individual, como a Diretoria e o Conselho Fiscal. Todavia, notadamente, a Diretoria pode ter sua atividade restringida pelo estatuto, de maneira que apenas poderá atuar colegiadamente.

3.4.1 Assembleia Geral

Normatizada nos artigos 121 e seguintes da Lei nº 6.404/76, no Capítulo XI, disciplina as formalidades que devem ser respeitadas pela Assembleia

Geral, tais como procedimento, competência privativa e para a convocação, entre outros provimentos.

Este órgão consiste na reunião dos acionistas para votar e discutir sobre assuntos de interesse social da sociedade anônima. É o órgão deliberativo no topo da hierarquia estrutural, dado que engloba a maior fração de poderes dentro do quadro social, sendo considerado como última instância decisória.

Possui larga e privativa competência, todavia, embora o objeto de apreciação seja de interesse dos acionistas, se a deliberação for possível por outros órgãos, não será convocada assembleia, de maneira que deverá ser convocada apenas nas hipóteses do artigo 122. Veja-se:

Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembléia-geral, para manifestar-se sobre a matéria.

A sua dinâmica depende do tipo de controle exercido, uma vez que ele pode ser totalitário, isto é, quando um acionista detém quase todas as ações em seu nome, de modo que a assembleia ocorrerá por mera condição legal; majoritário, quando um acionista for detentor de alta porcentagem, porém menos da metade das ações, admitindo certa tensão entre os demais acionistas e admitindo que sua vontade seja superada pela dos demais; e minoritário.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho (2012e, p. 225):

A assembleia geral, de acordo com as matérias a apreciar, pode ser ordinária ou extraordinária. A primeira (AGO) realiza-se uma vez por ano, nos 4 meses seguintes ao término do exercício social, e somente pode

deliberar os assuntos listados no art. 132 da LSA. A outra (AGE) realiza-se a qualquer tempo, e sua competência é irrestrita.

Divide-se em ordinárias e extraordinárias, de acordo com a matéria a ser tratada, consoante o artigo 131 da LSA. As primeiras são anuais, marcadas ao término do exercício social, com quorum para primeira convocação de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do capital com direito a voto, conforme dispõe o artigo 125, a tratar das matérias elencadas no artigo 132. Sendo o caso de segunda convocação, conquanto, o quorum será alterado para qualquer número, em conformidade com o artigo 135.

As extraordinárias, por outro lado, podem ser convocadas sempre que necessário, e o quórum depende da matéria a ser deliberada. Em regra, é suficiente metade dos votos ($\frac{1}{2}$) dos presentes na assembleia.

3.4.2 Órgãos de administração: Diretoria e Conselho de Administração

Pela própria distinção de acionistas em um órgão, e administradores em outro, é possível notar que a sociedade anônima é estruturada a partir da ideia de que administradores e sócios devem ser separados. Isso porque nem sempre os investidores têm discernimento voltado para a gestão do negócio.

As responsabilidades de cada diferem, sendo as atribuições dos sócios reunidas na assembleia geral de acionistas e as atribuições dos administradores nos órgãos de administração. A Lei 6.404 apresenta dois sistemas de administração: unitário e binário.

O sistema unitário prevê somente um órgão de administração chamado Diretoria, que possui atribuições tipicamente executivas. Enquanto o binário divide a gestão em dois órgãos: o Conselho de Administração e a Diretoria.

O Conselho de Administração tem função deliberativa, assim como a assembleia de acionistas, e é obrigatório quando a sociedade anônima é aberta, de capital autorizado ou de economia mista. A sociedade anônima fechada, por outro lado, por utilizar da oferta direta, será, portanto, unitária.

O conselho de administração será ocupado por um número mínimo de três membros, e o máximo será definido pelo estatuto. Deverão ser pessoas físicas, residentes no país ou não, de reputação ilibada, idoneidade e isentas de conflitos de interesse. O mandato terá duração de 3 (três) anos, possível a reeleição, e a

escolha dos membros feita por voto simples ou múltiplo. As competências do conselho são apresentadas no artigo 142 da LSA:

Artigo 142. Compete ao conselho de administração:

- I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;
- II - Eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;
- III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;
- IV - convocar a assembleia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;
- V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;
- VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;
- VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações de bônus de subscrição;
- VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros;
- IX - escolher e destituir os auditores independentes se houver.

A Diretoria é composta por no mínimo dois membros, e o número máximo a ser definido pelo estatuto, assim como o conselho de administração. Nesse caso, os membros devem residir no país e devem ser idôneos. A eleição dos membros da diretoria é dada pelo conselho de administração, quando assim houver, ou pela assembleia de acionistas.

3.4.3 Conselho Fiscal

Órgão de fiscalização, o conselho fiscal, tem como objetivo supervisionar os administradores, prestando serviço diretamente aos acionistas da Sociedade Anônima. “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” (art. 161). O que implica dizer que sua existência é necessária, não depende de previsão estatutária.

O funcionamento do conselho fiscal pode ser requerido pela assembleia dos acionistas, porém, dependerá da provocação de acionistas com, pelo menos, 10% das ações com votos ou 5% das ações sem voto.

A composição do conselho fiscal é de no mínimo três membros e no máximo cinco, definidos pelo estatuto, e suplentes em igual número. As eleições

podem ocorrer em Assembleia Geral, com detalhe e prioridade de escolha pelos acionistas minoritários (art. 161, LSA):

§ 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.

Os membros do conselho fiscal exercerão seus cargos até a próxima Assembleia Geral e poderão ser reeleitos. A função do conselho fiscal é indelegável.

4 COMPLIANCE

A expressão *compliance* se baseia em um substantivo originado do termo inglês *to comply with*, que significa “agir de acordo com”. Martin T. Biegelman (2010, p. 18-19) o conceitua meramente como “estado de estar de acordo”, enquanto CANDELORO, RIZZO e PINHO (2012, p. 30):

É um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários.

No âmbito empresarial analisado, sua definição é interpretada específica e ampliativamente no sentido de buscar satisfazer o que lhe foi imposto, estar em conformidade e cumprir os regulamentos internos e externos, preservando a reputação da entidade e minimizando o risco de sanções regulatórias. Entretanto, o aludido programa não deve ser confundido com o mero cumprimento de regras, uma vez que seu alcance é muito mais abrangente.

O *compliance* consiste em um programa estratégico elaborado a fim de criar mecanismos capazes de evitar a prática de atos ilícitos dentro das instituições. Isso implica dizer que não basta que a empresa em questão cumpra estritamente as regulamentações legais, mas que, ao mesmo passo, implemente uma política que envolva os funcionários, pois não é suficiente basear-se apenas em documentos, mas igualmente gerir as pessoas de forma que internalizem e reproduzam a mentalidade da instituição.

Diante do contexto de combate à corrupção vivenciado na atualidade, faz-se indispensável não só evitar sanções que lhe causem prejuízos financeiros, mas também abalos à reputação da sociedade empresária, uma vez que interfere diretamente em seu valor de mercado.

Devido à importância econômica da reputação da organização, torna-se ainda mais valioso proteger e prevenir sua integridade corporativa, reduzir os riscos de sanções, aprimorar o controle interno promovido pela entidade, assim como combater a corrupção, o desvio de verbas e as possíveis fraudes ocorridas dentro dela, preservando sua relação com a Administração Pública, e, ainda,

estabelecendo padrões desejáveis de comportamento. Para Coimbra e Manzi (2010a, p. 11):

A integridade pressupõe, em primeiro lugar, um compromisso com valores e princípios. Mas isto não basta. É necessária uma coerência entre a comunicação acerca de valores e princípios da organização e a sua ação concreta. Além disso, deve haver consistência entre os valores e princípios da organização e os seus processos. Por fim, a organização deve atuar conforme os valores e princípios de forma continuada.

É possível extrair da passagem em epígrafe que o *compliance* não só é orientado pela integridade, como esta constitui sua razão de ser, portanto, quando aliado aos controles internos e ética empresarial ou organizacional, alcança-se o sistema de integridade corporativa.

Este programa, segundo a ABBI e a FEBRABAN (2003), tem como função: garantir a aderência e o cumprimento das leis, regulamentos e normas; assegurar a existência e observância dos Princípios Éticos e Normas de Conduta, assim como os procedimentos adequados para o controle interno; implementar o Sistema de Informações, Planos de Contingência, o sistema de Segregação de Funções; elaborar políticas internas e o relatório de Gestão de *Compliance*, avaliando os riscos e elencando as informações obtidas no estudo realizado na instituição; prevenir a corrupção dentro da organização; atender os requerimentos dos órgãos reguladores e fiscalizadores, de acordo com a área de atuação da empresa; corrigir os pontos que as auditorias indiquem estar em desconformidade com as leis, regulamentações e políticas da instituição.

4.1 O *Compliance* e os demais pilares da Governança Corporativa

A Governança Corporativa consiste em um sistema de direção, monitoramento e incentivo aplicado às empresas e organizações, enquanto o *compliance* é apenas um dos mecanismos utilizados para atingir o ideal de gerência, juntamente com a Auditoria, Gestão de Riscos e Controles Internos, por exemplo. Há uma linha tênue que confunde os limites mantidos entre o programa de *compliance* e suas funções complementares.

Destarte, é importante considerar a Auditoria Interna como uma atividade independente e complementar desse programa, utilizada para avaliar,

valorar e melhorar as operações da instituição, realizada por amostragens periódicas e revisão do sistema financeiro. Quando analisados em conjunto, a Auditoria identifica as fragilidades nos controles internos, enquanto o *compliance* promove suas devidas correções, acompanhando os pontos falhos até sua regularização.

Outro pilar é a Gestão de Riscos, que, por sua vez, reside em um processo conduzido pelo Conselho de Administração, diretoria e demais membros voltados ao estabelecimento de estratégias, a fim de identificar e mensurar os riscos oferecidos, administrando-os e reduzindo suas surpresas operacionais, mantendo-os compatíveis com a atividade empresarial desenvolvida. Esta função não só é complementar ao programa estudado, como pode chegar a integrá-lo, pois, à medida que a Gestão de Riscos calcula e adequa os riscos operacionais, o *compliance* acompanha todo o âmbito legal e regulatório das atividades, mantendo o estudo de riscos devidamente atualizado e sempre em conformidade com as exigências vigentes.

Por outro lado, o Controle Interno é um plano de continuidade que procura obter resultados operacionais, protegendo o patrimônio e os bens da empresa, garantindo os fluxos das operações e minimizando perdas e riscos. Seus objetivos, segundo Coimbra e Manzi (2010b, p.39-40), são:

Otimizar os processos internos das organizações, com o objetivo de buscar alternativas viáveis para a redução de custos e aumento de receitas;
Desenvolver e implementar processos, para atender aos objetivos de negócios da organização;
Adotar critérios de medição de resultados baseados em resultados concretos e na identificação de vantagens competitivas;
Avaliar o nível de exposição aos riscos dos processos e os respectivos controles existentes, apontando eventuais melhorias nos controles de forma que os riscos estejam devidamente minimizados e gerenciados; e
Racionalizar os processos, visando eliminar eventuais duplicidades, retrabalhos e atividades improdutivas, bem como oportunidades de automatização.

Nesse contexto, o *compliance* se aplica na fiscalização das normas e controles estabelecidos pelo Controle Interno, agindo também como uma espécie de assessoramento da administração no momento da elaboração desse plano de continuidade, guiando os pontos a serem seguidos a fim de evitar riscos reputacionais, qualquer publicidade adversa e, não menos importante, estabelecendo as formas de cumprimento às exigências da Administração Pública, garantindo, assim, uma boa relação entre estas.

Outra aliada ao *compliance* é a repartição jurídica, uma vez que guardam interesses similares e, por este motivo, é comum que seja incorporado à esta. Além dos cuidados quanto ao cumprimento de leis, normas e regulamentos, os profissionais dessa área aproveitam para disseminar a cultura de integridade, minimizando os riscos legais desde as relações pessoais, quanto às trabalhistas e econômicas. Além disso, promove o aconselhamento legal, elaboração e inspeção de contratos, garantindo segurança jurídica aos negócios realizados, exercendo, ainda, uma função consultiva e, quando necessário, contenciosa.

Entretanto, é importante divorciar a repartição jurídica do profissional responsável pelo *compliance*, pois, embora suas funções sejam similares, pode haver conflito de interesses, vez que o jurídico age de dentro para fora, isto é, defende os interesses da empresa (esfera interna), utilizando-se de todos os argumentos possíveis para esquivar-se do que lhe for imputado (esfera externa). O profissional de *compliance*, por sua vez, empenha-se para internalizar as regulamentações externas, ou seja, adequar e preparar a organização aos regimentos externos a ela.

Visto que os pilares da Governança Corporativa exercem funções distintas, entender suas diferenças é fundamental para evidenciar seus pontos de complementariedade e, principalmente, evitar que haja conflitos de interesses e sobreposições indevidas, promovendo o fortalecimento do sistema de gestão adotado pela instituição. O *compliance* é um mecanismo essencial para o bom funcionamento do sistema de governança, pois consegue transitar entre os demais, melhorando, assim, sua conversação.

4.2 Vantagens Expressas

Certo que com a adoção dessas políticas cria-se um ambiente muito mais seguro dentro da corporação em termos de fraude e corrupção. É natural que favoreça a confiança dos investidores e clientes, aumentando a credibilidade dessa entidade no mercado, afastando, portanto, a imagem de “custo” atribuída ao programa.

Sendo assim, instaura-se uma vantagem competitiva desta instituição frente às demais nos momentos de contratação de empresas para terceirização de serviços de representação perante a Administração Pública. Isto pois a empresa

contratante pode ser responsabilizada por atos de terceiros, ainda que não tenha o conhecimento da conduta que gerou a sanção. Protegendo-se de despesas além das estipuladas no momento da contratação, igualmente à sua boa reputação.

O mesmo acontece quanto ao recebimento de investimentos, tendo em vista que a legislação brasileira determina que o fundo de investimento responda solidariamente e, caso tenha participação nas ações da empresa, possa ser responsabilizado integralmente pelos atos ilícitos que lhe forem imputados. Destarte, os investidores financeiros que atuam por meio de *private equity* e *venture capital* têm condicionado sua participação à existência do *compliance* (PAVINI, 2014a).

Ainda, em casos de fusão ou nova aquisição é mais vantajoso que a organização a ser adquirida tenha aderido ao *compliance* para facilitar a mensuração dos encargos que serão adquiridos com essa operação, uma vez que os aspectos trabalhistas e tributários podem ser quantitativos, enquanto as sanções impostas em casos de corrupção não, desfavorecendo o adquirente. Hoje, segundo Ayres (2016), o *due diligence*⁴ pré-aquisição anticorrupção tem sido o primeiro elemento a ser considerado no momento de uma fusão ou aquisição.

É importante considerar que a mentalidade instigada por essas políticas seja de grande relevância para o comportamento mantido pelos funcionários, pois são incentivados a (vulgarmente falando) “vestir a camisa da empresa”, tornando maior a cooperação interna e externa na instituição, uma vez que todos caminham para um bem comum e conseqüentemente desenvolvem a obtenção de lucro de forma sustentável.

Frente ao cenário atual do país é de luta contra a corrupção, e operações dessa natureza, como a Lava-Jato, podem acabar com o renome de uma instituição. A exemplo disso tem-se a Odebrecht e a Petrobrás, que tiveram a reputação manchada devido aos escândalos que se envolveram. Os casos concretos citados evidenciam a importância da boa imagem da organização. Assim sendo, seu reconhecimento é diretamente proporcional ao valor de mercado da instituição, não só à vista dos *stakeholders*, como também da Administração Pública.

Segundo Argenti (2008, p. 39), a perda de reputação se respalda em como os clientes e acionistas contemplam a corporação. Acerca disso, a consultoria

⁴ Tradução livre: diligência prévia. Definição: diligência realizada anteriormente ao investimento.

britânica *Reputation Dividend* em parceria com a brasileira MZ⁵, estabeleceu um *ranking* nacional das empresas com os melhores prêmios de reputação Ibovespa, demonstrando graficamente que o renome de uma sociedade empresária chega a contribuir de 15% (quinze por cento) a 43% (quarenta e três por cento) em seu valor de mercado. Veja-se o *ranking* das 10 (dez) primeiras:

TABELA 1 - As 10 reputações corporativas mais valiosas do Brasil

Corporações	Prêmio de Reputação		Prêmio de Reputação	
	2017 [%]	Ranking 2017	2016 [%]	
AMBEV	45,4	1	42,8	
RAIA DROGRASIL	38,4	2	34,7	
B3	38,1	3	18,3	
ULTRAPAR	38,1	4	35,8	
LOJAS RENNER	37,2	5	22,9	
WEG	36,8	6	37,1	
B. BRADESCO	36,0	7	14,7	
ITAU UNIBANCO	35,7	8	22,0	
L. AMERICANAS	35,6	9	28,1	
NATURA	35,6	10	10,6	

Fonte: CISION, adaptado, 2017

Em contrapartida com os exemplos envolvidos na Operação Lava-Jato, tem-se a Ambev, eleita pela pesquisa supracitada como o primeiro lugar do ranking de “boa reputação” no ano de 2017, com 45,4% (quarenta e cinco inteiros e quatro décimos por cento) de seu valor de mercado determinado por esta razão, famosa por sua responsabilidade ambiental e civil.

Tamanho importância da manutenção da reputação que, após os escândalos, segundo o Relatório Anual de 2017 da Odebrecht, o acordo de leniência pactuado pela companhia para poder continuar contratando com o Poder Público, acarreta monitoramento externo pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos e a Polícia Federal pelos próximos dois ou três anos, a fim de rever sua cultura interna. Nesta situação, a simples implementação do programa de Integridade lhes teria poupado muito mais.

⁵ COMUNICAÇÃO, Makemake. Ranking Reputation Dividend Brasil 2016. Revista da Reputação. 3ª edição. 10 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.revistadareputacao.com.br/single-post/2016/07/10/Ranking-Reputation-Dividend-Brasil-2016>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

4.3 Benefícios Sugeridos

Os textos da Lei nº 12.846/13 e do Decreto 8.420/15 são silentes quanto aos benefícios concedidos à adesão do Programa de Integridade, por isso o presente trabalho levanta hipóteses para beneficiar as instituições que aderirem ao *compliance*, uma vez que demonstra o seu comprometimento com o cumprimento de normas e exigências da Administração Pública. Outrossim, é muito mais interessante incentivar a adoção destas políticas garantindo benefícios do que simplesmente esperar que muitas delas abandonem a corrupção simplesmente visando as vantagens expressas elencadas acima.

Em seu artigo 19, a Lei Anticorrupção prevê a aplicação das punições imputadas, sendo que as condutas elencadas no inciso IV do seu artigo 5º podem atentar diretamente contra as licitações e os contratos administrativos (MAGALHÃES, 2013a). Entretanto, é impossível deixar de notar que os programas de integridade não foram considerados como condição para participação de licitações ou contratações diretamente com o Poder Público, sendo este um importante benefício a ser cogitado a fim de estimular a adoção a estas políticas, propiciando um vínculo mais transparente e legítimo entre o Estado e o empresário.

Não obstante, bastaria uma simples alteração no §2º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que trata das normas para as licitações, para acrescentar o *compliance* como critério de desempate, medida que seria igualmente estimulante, pois favoreceria as instituições que se adequaram devidamente às exigências do poder público, o maior interessado no extermínio da cultura corrupta no país, e, ao mesmo tempo, o próprio Estado, por ter o conhecimento da mentalidade da instituição que lhe prestará determinado serviço. Em outras palavras, atribuir peso de desempate ao *compliance* é uma medida totalmente natural, sendo necessária sua positivação.

De mais a mais, Magalhães (2013b, p. 33) propõe que a Lei deveria ter trazido um Cadastro Positivo, não apenas o CNEP (Cadastro Nacional de Empresas Punidas), mencionado no artigo 22 da Lei nº 12.846/13. Medida que aprimora a aplicação dos benefícios sugeridos acima, pois possibilitaria o registro das empresas no caso de o programa ser adotado como critério de desempate, por exemplo.

4.4 Formas de Implantação

Para implantar uma política de *compliance*, a organização deverá primeiramente elaborar um Código de Ética baseando-se na sua realidade e cultura interna e estabelecendo diretrizes e expectativas a serem alcançadas pelo programa. Além disso, o código deve prever as punições aos eventuais descumprimentos normativos, de forma que indique as ações disciplinares e corretivas que lhe couberem.

Em um segundo momento, deverá ser criado um órgão responsável pelo monitoramento do programa. Poderá ser um comitê de *compliance*, formado por membros da própria instituição, ou o chamado *compliance office*, que consiste em uma equipe terceirizada contratada para colocar em prática o programa. Caso a companhia opte por um *compliance office* ou um profissional externo, serão percorridos os seguintes passos.

Em primeiro plano, é necessário todo o apoio da alta administração da corporação, pois serão necessários recursos físicos, humanos e financeiros, a concessão de autonomia, independência e autoridade ao profissional, além da indispensabilidade do seu comprometimento, ou seja, a alta administração deve alinhar sua conduta aos princípios norteadores do *compliance*, comumente chamado de "*tone from the top*"⁶.

O segundo passo consiste no chamado *risk assessment*⁷. Nesse momento, o profissional deve definir os riscos, estudando a situação concreta da companhia, analisando aprofundadamente situações como: se é obrigada a fazer reporte para o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), se pratica ou corre o risco de praticar cartel ou concorrência desleal ou se contrata com o Poder Público, por exemplo.

Ainda nessa fase de avaliação de riscos, o profissional deve avaliar os processos internos da sociedade anônima, para então identificar onde se concentra o risco humano de prática dos atos lesivos, isto é, onde o risco de fraude ou corrupção pode se materializar. Ato contínuo, o profissional prosseguirá com o estudo de impacto e probabilidade do risco se materializar. Nesse passo são utilizadas técnicas e metodologias específicas. As mais utilizadas são: a norma ISO

⁶ Tradução livre: "o exemplo vem de cima".

⁷ Tradução livre: "avaliação de risco".

31000/2018 Gestão de Riscos; a Norma Internacional de Riscos COSO 2013; e a matriz de impacto e probabilidade.

A *posteriori*, definido o risco em concreto, passa-se a análise da existência de controles internos já definidos pela companhia e se são efetivos para impedir que os riscos se materializem. Caso não haja nenhum, implantam-se os controles considerados mais adequados para a situação pontual. Dessa forma, eliminado o risco inerente, mantém-se apenas o risco residual.

Na última etapa do *risk assessment*, passa-se ao exame do risco residual. Ocasão em que podem ser tomadas quatro medidas: assumir; eliminar; transferir para terceiros; ou mitiga-los, implementando controles. Encerrada a fase de planejamento e prevenção dos riscos, efetivam-se os controles estipulados, criam-se políticas de prevenção para auxiliar as medidas.

Partindo do pressuposto de que as políticas fixadas podem falhar, o terceiro passo é a criação de um canal de comunicação que possibilite eventuais denúncias de quaisquer condutas ilícitas ou imorais que coloquem em risco a integridade da instituição.

De origem sueca, este canal também pode ser chamado de *ombudsman*, ou do inglês, *hotline*, sendo utilizado não só como ferramenta de conhecimento de fraudes, como também para receber críticas e sugestões e encaminhá-las diretamente ao departamento competente para tratar de cada assunto em particular. É de suma importância para o programa de integridade, uma vez que aumenta a transparência e estimula o respeito às normas fixadas pelo Código de Ética (COIMBRA e MANZI, 2010c, p. 37-38).

Ocorrida a denúncia, a sugestão é de que a companhia instaure um procedimento interno de apuração, realizando triagem, busca de provas documentais, levantando os fatos e as pessoas envolvidas, com o posterior encaminhamento para a alta administração, que, por sua vez, decidirá pela instauração ou não do procedimento interno, bem como a aplicação ou não das medidas de sanção apropriadas. Ocasão em que a companhia analisará a conveniência de procurar a administração pública para realizar sua autodenúncia, considerando pela possibilidade de firmar um acordo de leniência.

Todavia, essas medidas não são suficientes sem o treinamento periódico e a constante disseminação da cultura buscada pela instituição. Sendo assim, deve haver monitoramento, educação e verdadeiro incentivo a essa nova

mentalidade adotada, assim como imposição de sanções em caso de descumprimento da conduta pretendida.

4.5 Sugestões de Implantação

Mesmo que a implementação dependa da estrutura, interesses e sistemas adotados por cada instituição, a ABBI (Associação Brasileira de Bancos Internacionais) e a FEBRABAN (Federação Brasileira de Bancos) sugerem formas de colocar o Programa de Integridade em prática, baseando-se nas funções que devem ser atendidas por ele.

Inicialmente, sugere a criação de uma rotina de estudo da legislação aplicada à atividade exercida pela instituição, de forma que o funcionário fique por dentro das regulamentações que se aplicam especificamente à sua empregadora, enviando, periodicamente, um relatório ao Comitê ou à Diretoria, comprovando que se encontra ciente da normatização externa. Ainda, cada funcionário deve ter fácil acesso ao Código de Ética da empresa, encontrando-se igualmente ciente da normatização interna.

A Administração pode disponibilizar o Plano de Contingência acompanhado dos testes e os resultados que o ocasionaram, do mesmo modo que se indica o oferecimento de treinamentos virtuais ou presenciais sobre lavagem de dinheiro a todos os funcionários, pelo menos uma vez por ano. Outra medida interessante sugerida é a elaboração dos perfis dos clientes, de forma que possibilite identificar quais são os que oferecem maior risco no que tange à corrupção (RAMOS, 2017).

Um dos métodos mais eficazes, e ao mesmo tempo simples, é monitorar as transações financeiras realizadas, atentando para qualquer operação atípica. Igualmente de forma periódica e relatada documentalmente aos órgãos responsáveis e de controle interno.

O documento produzido pela ABBI e FEBRABAN (2003) contém diversas sugestões, porém neste tópico optou-se por elencar as mais viáveis de serem colocadas em prática, levando em consideração o seu custo e o envolvimento moderado do funcionário, tendo em vista que sua participação no programa é uma função suplementar ao cargo que exerce.

4.6 Custos de Transação

Os custos de transação são estudados pela Análise Econômica do Direito, o que significa, basicamente, que o sistema jurídico recebe influência da ciência econômica para investigar os elementos valor, utilidade e eficiência. Estes se subdividem em três aspectos: de manutenção, de não conformidade e de governança (RIBEIRO e KLEIN, 2011, p. 17-18).

Os de manutenção são os referentes às ferramentas utilizadas, como treinamento, comunicação, consultoria e pessoal. Enquanto os de não conformidade são os mais extensos e prejudiciais, pois só se aplicam quando a instituição é punida justamente por não estar em conformidade com as exigências legais, percebendo multas, impacto no capital, perda de receita ou produtividade, assim como danos à reputação da sociedade empresária ou da própria marca, entre outros. Por fim, os de governança se referem tão somente às despesas atribuídas a diretoria, aos comitês e custos legais e jurídicos, ou seja, custos obtidos com a contratação da equipe adequada.

Arnold Schilder (2006) realizou uma pesquisa pertinente ao valor comercial despendido com *compliance* em uma instituição, comprovando que a cada US\$ 1,00 (um dólar) gasto com a implantação do programa, economiza-se US\$ 5,00 (cinco dólares), referente a custos de não conformidade. Com base nisso, Andrew Newton (2002) afirma: “*if you think compliance is expensive, try non-compliance*”⁸.

Implementando um programa que evita punições financeiras à organização, ainda que divorciado de uma razão ética, obtém-se certa desobrigação com os custos de não conformidade, que são os maiores geradores de prejuízo da instituição. Com isso, observa-se que as referidas despesas alcançam cinco vezes o valor despendido com os de manutenção e governança juntos, segundo a pesquisa de Schilder. Por essa razão, o *compliance* mostra-se extremamente vantajoso, não só do ponto de vista publicitário ou de *marketing*, mas também econômico.

⁸ Tradução livre: “se você pensa que *compliance* é caro, tente não estar em *compliance*”

4.7 Legislação sobre Programa de Integridade

O estado do Rio de Janeiro e o Distrito Federal já publicaram leis estaduais (Lei nº 7.753/17 e Lei nº 6.112/2018, respectivamente) com a intenção de compelir a adesão dos programas de integridade pelas sociedades que pretendem contratar com a Administração Pública. O estado do Mato Grosso também já deliberou sobre o assunto, elaborando, inclusive, o Projeto de Lei nº 823/2016. O ouvidor-geral do Amazonas, Roberto Amoras, é o presidente do CONACI e já manifestou o interesse do estado em ter sua própria legislação sobre o tema (*LEGAL ETHICS COMPLIANCE*, 2018a, n.p).

A Lei carioca, em seu artigo 1º, determina que qualquer sociedade que queira contratar com o Estado do Rio de Janeiro, em valor igual ou superior ao da modalidade de licitação por concorrência, deverá adotar Programa de Integridade. *In verbis*:

Art. 1º - Fica estabelecida a exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a administração pública direta, indireta e fundacional do Estado do Rio de Janeiro, cujos limites em valor sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias

A Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal dispõe no mesmo sentido, porém, os limites de valor são estimados entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Os demais estados têm se inclinado a adotar a mesma postura, tanto que na 25ª Reunião Técnica do Conselho Nacional de Controle Interno (CONACI) no estado de São Paulo, contou com a participação do prefeito do município de São Paulo, João Dória, e o governador do estado, Geraldo Alckmin. A pauta versou sobre “Gestão de Riscos e Controle Interno como Instrumento de Governança”, restando fixada que a próxima pauta abrangerá o tema “Programa de *Compliance*”.

Sendo assim, as corporações que pretendem contratar com esses estados, deverão observar os seguintes critérios: mapeamento e gestão de riscos; elaboração e respeito ao código de conduta, política e procedimentos internos;

promoção de comunicação e treinamento; disponibilização de canais de denúncias; *due diligence*; monitoramento e auditoria.

As discussões acabam versando também sobre gestão pública, pois a Administração Pública tem que se adequar às novas exigências, preparando órgãos e critérios para sua fiscalização, a fim de evitar que o Estado se conforme com mero formalismo documental. Como a legislação federal é clara sobre a efetividade do programa, é necessário que os entes federativos, como contratantes, exerçam fiscalização adequada, monitorando e assegurando a incontestabilidade do *compliance*.

Levando-se em conta a competência da Controladoria-Geral no tocante ao combate à corrupção, muito se discute sobre considerar tal órgão como opção para o controle, importando, no momento, decidir a esfera, se federal ou estadual. Entretanto, como agora os estados tendem a instituir tais medidas legais, talvez o mais interessante seja manter a atuação estatal, de modo que o monitoramento se dê pela Controladoria-Geral do Estado, adotando um modelo de autocontrole, isto é, que uma instância fiscalize a outra. Federal, estadual e municipal (*LEGAL ETHICS COMPLIANCE*, 2018b, n.p).

Após o debate sobre o órgão fiscalizador, é imprescindível que se discuta sobre como se dará tal fiscalização. Isso porque a CGU aplica as sanções administrativas na esfera federal, guardando competência concorrente para promover o PAR. Todavia, o sistema de controle interno da administração pública é exercido por ela sobre si mesma.

À vista disso, a CGU, CGE e CGM devem exercer o controle entre si, importando que essa supervisão siga o critério de proximidade. Ou seja, se o município está contratando com a companhia X, que ele próprio a fiscalize, porém, que o estado possa fiscalizar o município, e a União possa fiscalizar o estado, e que possa acontecer também no sentido inverso.

A questão versa, ainda, sobre como se realizará a aludida fiscalização nesse caso. A CGU utiliza o critério de sorteio para aplicar a auditoria nos municípios, contudo, segundo a Controladora-Geral do Município do Rio de Janeiro, Márcia Andréa dos Santos Peres, defende uma seleção baseada no risco dos contratos assinados, sem descartar a possibilidade do sorteio das sociedades que oferecem menos risco. Ela acredita, ainda, que entre dois e três anos será possível

realizar a auditoria em todos os fornecedores e prestadores de bens e serviços (*LEGAL ETHICS COMPLIANCE*, 2018c, n.p).

Deste modo, percebe-se que surge uma tendência do Poder Público exigir conduta ética e transparente das instituições com as quais pretende negociar. Fortalecendo ainda mais o programa de *compliance* no âmbito empresarial, uma vez que, seguindo nessa direção, será impossível contratar com a Administração Pública sem tomar essas medidas.

5 CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo foram levantadas as inovações e especificidades trazidas pela Lei Anticorrupção, as características e estruturação das sociedades anônimas, as vantagens e formas de implementação do programa de *compliance*. Os temas foram aliados com o objetivo de conquistar a confiança dos investidores, clientes e do Poder Público, aumentando a credibilidade das companhias no mercado, oferecendo-lhes, ainda, vantagens competitivas na contratação com o Poder Público.

Certo de que há consolidação de uma tendência legal à adoção aos programas de integridade, o principal objetivo do trabalho consistiu em situar as inovações, benefícios e informações jurídicas relevantes no estudo das políticas de *compliance* frente às sociedades anônimas. Assinalando o acordo de leniência como ato administrativo capaz de isentar ou atenuar as penas das pessoas jurídicas envolvidas com condutas ilícitas, acentuando a importância da adesão ao *compliance*, como no caso do Estado do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, que instituíram sua implementação como condição para a contratação com o Poder Público.

A sugestão trazida é que os demais estados da federação insiram no ordenamento estatal a exigência do sistema de autorregulação como condição para contratar com a Administração Pública. Atribuindo a um órgão estatal a fiscalização dos programas de *compliance*, a fim de evitar que sobre ele recaiam irregularidades. O ideal seria que as próprias Controladorias-Gerais dos Estados fiscalizem os programas implantados, uma vez que se no âmbito administrativo estatal é delas a competência no combate à corrupção.

Por fim, o objetivo geral a ser alcançado por este trabalho se concentra em relatar a importância de o legislador pátrio incentivar as sociedades empresárias, com enfoque nas sociedades anônimas, a implantarem as políticas de *compliance* em benefício próprio e da sociedade em geral. Pois sabe-se que empresas honestas, éticas e que zelam pelo patrimônio público contribuem de uma maneira significativa para a diminuição de questões ligadas à corrupção.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBI – Associação Brasileira dos Bancos Internacionais e FEBRABAN – Federação Brasileira de Bancos. **Função de Compliance**, ago. 2003. Disponível em: <http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf>.

ARGENTI, Paul A. apud MANZI, Vanessa A. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas**. São Paulo: Saint Paul, 2008, p. 39.

AYRES, Carlos. **3 VANTAGENS DE UM PROGRAMA DE COMPLIANCE**. 06 de maio de 2016. Direção: LEC News (4min42s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kDyD-kiOASM>>.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. **Foreign corrupt practices act compliance guidebook: protecting your organization from bribery and corruption**. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.

BRASIL. DECRETO n. 348, de 18 de maio de 2005. **Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2005/decretolegislativo-348-18-maio-2005-536880-convencao-28439-pl.html>>.

BRASIL. DECRETO n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

BRASIL. DECRETO n. 8.420, de 18 de março de 2015. **Regulamenta a Lei no 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>.

BRASIL. DECRETO-LEI n. 2.627, de 26 de setembro de 1940. **Dispõe sobre as sociedades por ações**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm>.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional**

e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.112, de 02 de fevereiro de 2018. **Dispõe sobre a obrigatoriedade da implantação do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Distrito Federal, em todas esferas de Poder, e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400>>.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispões sobre as Sociedades por Ações.** Brasília, DF. Disponível em: <<https://guiadamonografia.com.br/como-fazer-citacao-de-lei/>>.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>.

BRASIL. Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994. **Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm>.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l9784.htm>.

BULGARELLI, Waldirio. **Manual das Sociedades Anônimas.** Editora Atlas S.A. 8ª edição. São Paulo, 1996.

CAMPOS, Patrícia Toledo. **Comentários à Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.** Ribeirão Preto, São Paulo. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015. Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2n1p160-185>>.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria B. M. de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão. **Legislação Anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção brasileira, o foreign corrupt practices act norte-americano e o bribery act do Reino Unido**. Souza, J. M.; Queiroz, R. P. Lei Anticorrupção. Bahia: JusPODIVM, 2015. 37p.

CISION - PR Newswire. **As 25 reputações corporativas mais valiosas do Brasil contribuem com R\$590 bilhões em valor para os acionistas**. 2017. Disponível em: <<https://www.prnewswire.com/news-releases/as-25-reputacoes-corporativas-mais-valiosas-do-brasil-contribuem-com-r590-bilhoes-em-valor-para-os-acionistas-660755593.html>>.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de Empresa**. Editora Saraiva. 16ª edição, vol. 2. São Paulo, 2012.

COIMBRA, Marcelo de A. MANZI, Vanessa A. **Manual de Compliance: Preservando a Boa Governança e a Integridade das Organizações**. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2010.

DINO, Nicolao Neto. Prefácio. Souza, J. M.; Queiroz, R. P. **Lei Anticorrupção**. 1ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015. 10p.

Governança Corporativa: Acordo de Leniência. **Relatório Anual de 2017 da Odebrecht**. Disponível em: <http://relatorioanual.odebrecht.com/pt_governanca_corporativa_acordo_leniencia.html>.

LEGAL ETHICS COMPLIANCE. “**No Rio, compliance obrigatório é apenas o primeiro passo para a solução dos problemas**”. 2018. Disponível em: <<http://www.lecnews.com.br/blog/no-rio-compliance-obrigatorio-e- apenas-o-primeiro-passo-para-solucao-dos-problemas/>>.

MAGALHÃES, João Marcelo R. **Aspectos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial brasileira (Lei nº 12.846/13)**.

MAGALHÃES, João Marcelo R. Aspectos Relevantes da Lei Anticorrupção Empresarial brasileira (Lei nº 12.846/13). Revista Controle, p 33.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial. Noções Gerais – Atos de Comércio, Fundo de Comércio, Comerciantes, Sociedades Comerciais**. Editora Forense Rio – 4ª Edição. Rio de Janeiro, 1973.

MELLO, Ministro Celso. **Mandado De Segurança 28.799 Distrito Federal**. Supremo Tribunal Federal. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>> sob o número 11796529.

NEWTON, Andrew. “If you think *compliance* is expensive, try non-*compliance*”. The handbook of *Compliance: making ethics work in financial services*. Mind into Matter, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. “**Direito Administrativo Sancionador**”, p. 269/274, item n. 3.6.3.1, 2ª ed., 2006 *apud* MELLO, Ministro Celso, 2001.

PAVINI, Angelo. **Private Equity: “os private equities são fundos que compram participações em empresas fechadas e procuram melhorar sua gestão e sua estratégia, aumentando sua eficiência e lucratividade para que cresçam e depois sejam vendidas para outras companhias ou abram seu capital em bolsa”**. Revista Exame: Fundos de private equity rendem 17% ao ano. 06 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/>>.

PAVINI, Angelo. **Venture Capital: “caso as empresas sejam de pequeno porte ou comecem do zero, o investimento é chamado de venture capital”**. Revista Exame: Fundos de private equity rendem 17% ao ano. 06 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/fundos-de-private-equity-tem-lucro-de-17-com-empresas-fecha/>>.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Atos de corrupção em relação a licitações e contratos**. 2012, p. 668 *apud* DIAS, Jeferson Aparecido. Atos de corrupção relacionados com licitações e contratos. Lei Anticorrupção. 2015.

PIMENTEL, André Filho. **Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção**. Souza, J. M.; Queiroz, R. P. Lei Anticorrupção. 1ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015. 69p.

PINEL, Sérgio. **Ação contra a corrupção: momento é oportuno para mudanças na legislação**. 23 de março de 2016. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/acao-contra-corrupcao-18937441>>.

RAMOS, Rogério. **Documento institucional com a finalidade de fornecer orientações procedimentais quando da necessidade de mitigação de danos à imagem da organização**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/administracao/_plano-de-contingencia/>. Acesso em 01 de maio de 2017.

Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>.

RIBEIRO; KLEIN. **“A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”**. 2011, p. 17-18.

RIO DE JANEIRO. Lei n. 7.753, de 17 de outubro de 2017. **Dispõe sobre a instituição do Programa de Integridade nas empresas que contratarem com a Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências**.

Rio de Janeiro. Disponível em: < <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>>.

SCHILDER, Arnold. **Banks and the *compliance* challenge. Speech by the Professor Arnold Schilder, Chair of the BCBS Accounting Task Force and Executive Director of the Governing Board of the Netherlands Bank, at the Asian Banker Summit.** Bangkok, 16 Mar. 2006.

SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **Os cinco anos da Lei Anticorrupção.** 23 de maio de 2018. Estadão - Portal do Estado de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-cinco-anos-da-lei-anticorruptcao/>>.

SOUZA, Jorge Munhós. **Da responsabilização administrativa.** Souza, J. M.; Queiroz, R. P. Lei Anticorrupção. 1ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2015. 141 e 142p.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Documento informativo.** Brasília, 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo556.htm>>.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. **Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon sobre o Dia Internacional contra a Corrupção.** Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/09-mensagem-do-secretario-geral-da-onu-ban-ki-moon-sobre-o-dia-internacional-contra-a-corrupcao.html>>.