COMPLIANCE E STANDARD DE COMPORTAMENTO NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Martim Della Valle1
Raul Longo Zocal2

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é discutir de que modo as boas práticas de integridade e conformidade em empresas (genericamente utilizadas como sinônimos de *compliance*) informam as condutas exigidas dos administradores das sociedades anônimas, na forma da lei acionária.

Na medida em que *compliance*, de um modo geral, e os programas e diretrizes de integridade, mais específicos, ganham importância seja em legislações nacionais, seja na prática empresarial, as condutas passam a ser condutas exigidas dos próprios administradores para que cumpram a contento os deveres fiduciários impostos por força da Lei n° 6.404/76. A observância das regras de *compliance* passa a compor uma parte relevante do cumprimento da legislação acionária – cabe analisar, assim, de que "comportamentos conformes" estamos tratando, como se

[1] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor da International Anti-Corruption Academy (Viena). Coordenador da Comissão de *Compliance* da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor do Centro de Estudos de Ética, Transparência, Integridade e *Compliance* da FGV (FGVEthics). Membro do Conselho Superior do Centro de Arbitragem e Mediação FIESP/CIESP. Advogado.

[2] Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Associado ao Instituto de Direito Privado (IDiP), ao Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) e ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogado.

relacionam com a literatura societária e quais parâmetros (mais ou menos específicos) podem ser extraídos da legislação vigente.

Com esse contexto em vista, este artigo procura identificar a correlação entre, de um lado, a atuação dos administradores de sociedades anônimas, sob a ótica de seus deveres fiduciários, e de outro os parâmetros dos programas de integridade, para verificar os pontos de encontro nas duas esferas, em que a segunda fornece elementos para a concretização da primeira.

Para isso, o artigo (i) aborda a intersecção entre deveres fiduciários e *standards* de comportamento em *compliance*, aproximando-os; (ii) discute alguns riscos presentes nas sociedades anônimas, considerando o contexto brasileiro, com vistas a identificar alguns pontos de preocupação para avaliar comportamentos conformes ao interesse social; e (iii) verifica alguns *standards* de comportamento, a partir da legislação brasileira em programas de integridade, que repercutem na construção de condutas exigíveis dos administradores por conta dos deveres fiduciários a eles impostos.

2. DOS DEVERES FIDUCIÁRIOS AOS DEVERES DE CONFORMIDADE

a) Deveres fiduciários, governança e compliance

O administrador da sociedade anônima, por sua função, está sujeito à observância de diversos critérios legais e que foram trabalhados pela doutrina na condição de *deveres fiduciários*. A Lei n° 6.404/76 organiza os deveres do administrador sob as óticas do dever de diligência,3 de lealdade4 - abrangendo tanto o *agir* com lealdade quanto o não se omitir em prol do interesse da companhia5 –, de informar seus direitos mobiliários relativo à companhia ou afiliadas6 e de prevenção de conflitos entre os interesses de administrador e companhia.7

São conceitos abertos, em especial o dever de diligência, que representa um padrão geral de conduta flexível e que deve ser aferido caso a caso e em relação ao tempo e circunstâncias em que a conduta se insere,8 gravitando este dever em torno da qualificação do administrador para o cargo, qualidade de sua administração à luz do interesse social, obtenção de todas as informações necessárias para tomada de decisão, além de investigar e vigiar as atividades da companhia em acompanhamento geral dos negócios e dos procedimentos internos.9

[3] "Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios."

[4] "Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado: I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; II - omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; III - adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. § 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários". A lei se preocupa, neste ponto, de evitar a utilização de informações no denominado *insider trading*, que gera dever de reparação (TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 407).

[5] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Governança corporativa no mercado de capitais: as antilições da Petrobras. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 9, p. 223-237, mai./jun. 2015.

[6] "Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular."

[7] "Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse."

[8] "O primeiro dos deveres é o de diligência, o qual constitui o mais importante – e de difícil caracterização – de todos. Sua importância reside no fato de constituir, mais que um dever, a transposição de um princípio geral de direito, que sempre acompanha a execução de qualquer obrigação, para o âmbito da gestão das companhias. Sua complexidade deriva da forma como foi inserido na Lei das S.A.: como um *standard*, isto é, como um padrão geral de conduta, uma orientação flexível, cuja aferição não só varia no tempo como também deve ser verificada caso a caso" (EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: volume III. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-116).

[9] EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: volume III. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 120-124.

Evidentemente, a atuação do administrador não está isolada dos interesses dos atores envolvidos nos negócios sociais: a administração precisa empregar padrões de comportamento que observem o interesse social não como uma abstração, mas como conjunção de interesses diversos que se agrupam em torno da denominada "função social da empresa".10

Se, de um lado, o direito societário já reconhece determinados *standards* de atuação do administrador para consecução do objeto social e para observância da lei acionária neste aspecto, a teoria e a prática em torno do *compliance* também já desenvolveu *standards* para o comportamento dos administradores, já que o *compliance* é um dos aspectos dentro de um quadro maior de governança corporativa, gerenciamento e harmonização entre diversos órgãos e *stakeholders* da empresa.

A disciplina do *compliance* não é desconectada dos mecanismos de funcionamento das sociedades, em particular das sociedades anônimas, que é nosso foco de análise. Aliás, o *compliance* se destaca como um aspecto de gerenciamento das atividades corporativas,11 nas quais a figura do administrador é central.12

[10] "Os administradores têm vários deveres para com a sociedade, podendo afirmar-se que o primeiro de todos esses deveres é o de bem administrá-la; deve o administrador agir com a competência, eficiência e honestidade que seriam de esperar de um homem 'ativo e probo' que estivesse a cuidar de seu próprio negócio. O interesse fundamental ao qual se aplica o administrador é o da própria empresa, a cujos funs ele serve, ainda que tenha sido eleito por um grupo determinado de acionistas. O interesse da empresa não corresponde, porém, a uma abstração, pois que nele se resumem as conveniências dos acionistas, empregados e da comunidade [...], tudo isso condicionado pela indicação legal genérica (art. 154) de que devem ser satisfeitas 'as exigências do bem comum e da função social da empresa' " (TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 405-406). Nesse sentido, também relacionando os esforços do administrador ao atingimento da função social da empresa: "O administrador deve atuar com todo o zelo e cuidado que a ciência da administração ensina. Deve aplicar, da melhor forma, todos os métodos, teorias e atos próprios e adequados aos padrões da técnica administrativa com a intenção de realizar a finalidade social da sociedade" (BLOK, Marcella. *Business judgement rule*: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 46, p. 129-162, out./dez. 2009).

[11] "[O]s aspectos levantados como essenciais [ao *compliance*] estão diretamente ligados à gestão, arquitetura organizacional e estratégia da empresa" (RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. *Compliance* como essência da governança corporativa a partir da experiência do *Foreign Corrupt Practices Act*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (org). **Sistema anticorrupção e empresa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 289).

[12] "Os administradores, principalmente aqueles das companhias com capital pulverizado, detêm grande parte do poder empresarial, e muitas vezes o verdadeiro poder, de fato, é exercido na administração da companhia e não na Assembleia Geral, tanto mais por conta do absenteísmo dos acionistas" (CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**: voluma 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1085).

A relevância dos programas da *compliance*, mesmo antes da legislação de 2013, já era nítida para as companhias por sua função de prevenir, identificar e gerenciar as consequências de comportamentos antiéticos ou em descumprimento da lei,13 dentro de um contexto maior de organização e governança corporativa14 e observando as boas práticas de gestão dos administradores.15 A partir de 2013, isso ganha contornos diferenciados na medida em que a legislação passa a prever consequências jurídicas para a manutenção e observância de programas de integridade eficazes.

b) O compliance na legislação brasileira

A discussão sobre a importância de manutenção de programas de integridade pelas empresas vem ganhando importância no Brasil nos últimos anos, acompanhando, ainda que com algum atraso, a evolução do tema nos Estados Unidos e no Reino Unido.

[13] CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. **Why compliance programs fail and how to fix them**. Harvard Business Review, v. 96, n. 2, p. 115–125, 2018, p. 122.

[14] BAINBRIDGE, Stephen. **Corporate governance after the financial crisis**. Oxford: OUP, 2012, p. 2.

[15] Em texto baseado na lei espanhola, Adán Nieto Martín explica que a adoção de um modelo de *compliance* é essencial para cumprir as boas práticas de gestão em companhias de capital aberto, mas também cumpre função relevante às demais sociedades na ótica da diligência do administrador: "[Nas sociedades listadas em bolsa,] não obstante, enquanto o não cumprimento da legalidade implica um importante risco econômico e reputacional para a empresa, não cabe dúvida da obrigatoriedade em contar com um sistema de *compliance*, como ferramenta de gestão de riscos. [...] Para as demais sociedades a obrigatoriedade de implementar um sistema de *compliance* depende, em geral, se se entende que pode ser derivada do dever de diligência dos administradores. [...] Na maioria dos países, incluindo o nosso, vêm acolhendo neste ponto a *business judgement rule*, segundo a qual se estabelece o nível de responsabilidade e o dever de diligência dos administradores. De acordo com tal regra, entraria dentro da margem de discricionariedade de todo administrador decidir se implanta ou não um sistema de *compliance* e, conforme o caso, que características deverá ter". (NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de *compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 232-233.

A importância acentuou-se com a edição da Lei n° 12.846/2013, relativa à responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. Referida lei adota como sanções administrativas a imposição de "*multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos*" (artigo 6º, inciso I) e "*publicação extraordinária da decisão condenatória*" (inciso II).

A existência de programas de *compliance* foi adotado pela lei como um dos fatores de análise no momento de aplicação das sanções administrativas, estabelecendo o artigo 7º que "[s]*erão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*".

Alguns aspectos são elementares para a eficácia dos programas de *compliance*,16 e guiar as boas práticas do administrador em sua promoção: (i) mapeamento de riscos da atividade; (ii) adaptação de ferramentas de *compliance* às particularidades da atividade; (iii) implementação, monitoramento de resultados e atualização periódica.

Do ponto de vista da lei brasileira, o exame sobre quais seriam os padrões e mecanismos adequados para que um programa de *compliance* produza efeitos desejados – seja internamente, seja na sua avaliação para eventual redução de multas administrativas – passa pela regulamentação estabelecida pelo Decreto n° 8.420/2015, cujo artigo 42 elenca parâmetros para avaliar a "existência e aplicação" do programa de integridade, incluindo aspectos como "*comprometimento da alta direção da pessoa jurídica*" (inciso I), "*padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros*" (inciso III), "*análise periódica de riscos*" (inciso V), "*independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento*" (inciso IX), "*monitoramento contínuo do programa de integridade*" (inciso XV).

Apesar do foco específico que a disciplina de programas de integridade dá a determinados fatores de gestão empresarial, existe uma clara correlação entre

[16] Conforme preconizado por: SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts and firms. **NYU Journal of Law & Business**, v. 14, n. 3, Nova Iorque, p. 965-1011, 2018, p. 970.

os comportamentos derivados dos deveres fiduciários dos administradores em sociedades anônimas e os *standards* em matéria de *compliance*. A intersecção é nítida na medida em que os deveres atribuídos aos administradores – em particular o de diligência (incluindo o dever de vigilância) e o de lealdade – consideram, para a sua concretização, comportamentos relevantes à luz da gestão de integridade, voltados a evitar desvios, abusos ou aproveitamento da estrutura da companhia em desacordo a seus interesses ou mandamentos legais.

Em verdade, os elementos de gestão de integridade, especialmente aqueles previstos de forma mais detalhada em instrumentos jurídicos (seja textos legais, infra-legais e guias de boas práticas emitidos por entes estatais ou não) são elementos de "concretização" dos standards de comportamento. Eles fornecem elementos tangíveis segundo os quais ao deveres fiduciários serão aferidos na prática. Assim, a metodologia de *compliance* é relevante para avaliar se os deveres fiduciários dos administradores foram observados a contento. Um aspecto relevante está na estrutura das sociedades anônimas no Brasil e na figura do acionista controlador que, como se verá a seguir, é um centro de interesse e pressão relevante sobre a administração.

Assim, para trabalhar essa intersecção, importa analisarmos alguns riscos inseridos no contexto das sociedades anônimas no Brasil e que repercutem na gestão de programas de integridade .

3. RISCOS NO CONTEXTO BRASILEIRO: PREOCUPAÇÕES PARA UM "COMPORTAMENTO CONFORME" DO ADMINISTRADOR NA SOCIEDADE ANÔNIMA

Embora a lei brasileira e mesmo as diretrizes sobre programas de integridade espelhem certos elementos previstos no direito estrangeiro, como o FCPA nos Estados Unidos e o *Bribery Act* no Reino Unido, é necessário que, para desenvolver o tema à luz do direito brasileiro, estabeleçamos algumas particularidades do contexto nacional.

A primeira particularidade diz respeito às estruturas societárias geralmente adotadas no Brasil em tema de sociedades anônimas. Ainda que esse tipo societário prevaleça em sociedades de médio e grande porte – incluindo casos de

adoção obrigatória do regime da sociedade anônima, como empresas listadas em bolsa e instituições financeiras –, as sociedades anônimas no Brasil possuem tradicionalmente controle acionário concentrado.17

A segunda particularidade é que, ainda que diversas sociedades anônimas não tenham uma pessoa (física ou jurídica) controladora direta, elas se inserem em grupos de sociedades que compartilham atividades e que, na prática, atuam como um todo único, mesmo que cada uma das sociedades do grupo tenham independência jurídica.

A baixa dispersão acionária no mercado de capitais brasileiro induz a um natural alinhamento entre administração e acionistas majoritários, deslocando os principais desafios da governança corporativa para (i) regular os mecanismos internos para impedir abusos e malfeitos de administradores em benefício do controlador e prejuízo à companhia e aos minoritários; e (ii) regular mecanismos internos para contemplar as demandas advindas dos acionistas minoritários – ainda que em seu benefício apenas indireto – e que possam contrariar interesses diretos do acionista controlador.

Um bom exemplo deste "conflito de agência" é o exame de conflitos de interesse entre companhia e controlador. O impedimento de transações em conflito dificilmente partirá de uma administração alinhada com o controlador e organicamente dele dependente. Deverá partir de instâncias de controle que gozem de alguma independência funcional.

Por outro lado, certo deveres fiduciários dos administradores acabam, em algum grau, por se estender aos controladores, na medida em que o acionista controlador passar a exercer de modo direto funções administrativas na estrutura da sociedade.

[17] A exemplo, a título de controle direto (sem considerar acordos de controle), diversas das sociedades anônimas de capital aberto e com maior valor de mercado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras (em que a União Federal detém 50,26% das ações ordinárias), Itaú Unibanco Holding S/A (em que Itaú Unibanco Participações S/A detém 51,71% das ações ordinárias), Banco do Brasil S/A (em que o Ministério da Economia detém 50% das ações ordinárias), Ambev S/A (em que a Interbrew International BV detém 53,62% das ações ordinárias), Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás (em que a União Federal detém 51,82% das ações ordinárias), Gerdau S/A (em que a Metalúrgica Gerdau S/A detém 97,26% das ações ordinárias), Companhia de Saneamento Básico de São Paulo – Sabesp (em que o Governo do Estado de São Paulo detém 50,26% das ações ordinárias). Informações extraídas do sítio eletrônico da B3 em 21.02.2022: https://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/empresas-listadas.htm.

Evidentemente, nem todos os malfeitos a que a companhia está sujeita por atos de seus administradores são relacionados com o poder de controle acionário. Os controladores também podem ser vítimas de condutas lesivas realizadas pela administração – ainda que indiretamente, como reflexo da lesão à própria companhia, em termos financeiros e reputacionais. A companhia será sancionada administrativamente e arcará com as responsabilidades civis relacionadas, em caráter objetivo, como determina do artigo 2º da Lei nº 12.846/2013.

Exemplo disso são a celebração de contratos envolvendo corrupção – sejam eles contratos celebrados para encobrir práticas ilícitas e justificar, ainda que apenas formalmente, o fluxo ilícito de valores; sejam eles celebrados mediante corrupção, como o contrato público obtido mediante pagamento de suborno. Nesses casos, a atuação preventiva de um programa de *compliance* efetivo passa por um fortalecimento de controles internos que não estão diretamente relacionados com a estrutura de controle, mas sim com as ferramentas de supervisão em si – ainda que direcionadas aos administradores, ligados ao controlador.

Dentro disso, o papel de um programa de *compliance* eficaz é analisar periodicamente os riscos, desenhar e implementar controles e medidas de remediação, protegendo essas atividades de interesses que não sejam os interesses diretos da companhia. A eficácia dos mecanismos repercutirá preventivamente (ao impedir a ocorrência de ilícitos sancionáveis nos termos da Lei nº 12.846/2013) e como forma de mitigação de prejuízos para reduzir a extensão do dano civil a ser reparado e a punibilidade administrativa do ilícito.

Para melhor ilustrar a questão, passemos à discussão de alguns parâmetros exigidos por lei para a avaliação da efetividade ao programa de integridade nas sociedades anônimas e que se voltam diretamente às condutas esperadas pelos administradores como modelo de cumprimento de seus deveres fiduciários.

4. OS PARÂMETROS DE CONTROLE NA LEI: NECESSIDADE DE CONCRETIZAÇÃO EM VISTA DOS DEVERES FIDUCIÁRIOS

Como afirmado, a disciplina do direito das companhias abriga deveres fiduciários – em relação ao administrador e, em particular no ambiente corporativo

brasileiro, também em relação ao acionista controlador que se envolve na administração – que em boa parte se realizam pela observância das práticas recomendadas em matéria de *compliance* no cumprimento da lei, em prol dos interesses da companhia. As condutas esperadas à luz da gestão de integridade, que são – ou deveriam ser – objeto dos programas de *compliance* (que a lei brasileira atribui peso relevante no cálculo de sanções) precisam ser avaliadas a partir de uma metodologia que não tem, ainda, uma definição clara.

A metodologia em *compliance* ainda se encontra em estágio inicial de formação. Falta-lhe ainda a densidade acadêmica e legislativa e outras áreas. Essencialmente, foi produzida pela acumulação de textos legais (poucos) e manuais e guia de boas práticas emitidos por entidades estatais (e.g., Departamento de Justiça dos EUA), organizações internacionais (OCDE, Banco Mundial), acadêmicas (International Anti-Corruption Academy) e entidades privadas (Transparência Internacional, Câmara de Comércio Internacional). No Brasil, um exemplo é o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa, editado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Outro exemplo, e que daremos maior atenção a seguir, é o "Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR – Processo Administrativo de Responsabilização", elaborado pelo extinto Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União em setembro de 2018. Tomaremos este segundo documento como ponto de partida para análise, por conter maior detalhamento das referências legais.

O "Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR" emite recomendações direcionadas a avaliar os parâmetros do artigo 42 do Decreto n° 8.420/2015 para a dosimetria da multa aplicável nos termos da legislação. Trata-se de um bom exemplo para avaliar como os parâmetros em *compliance* são abordados no Brasil, para que avaliemos se, a partir desses parâmetros, seria possível extrair condições objetivas de organização (dentro da governança da companhia) ou comportamentos concretos exigíveis da administração. Como recorte, tomaremos como exemplo dois grupos de parâmetros: (i) práticas voltadas a procedimentos internos e que envolvam colaboradores externos; e (ii) práticas para proteção dos mecanismos de *compliance* dentro da própria governança da companhia.18

[18] O "Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR – Processo Administrativo de Responsabilização" agrupa os parâmetros do artigo 42 do Decreto 8.420/2015 em três blocos para avaliar o impacto dos parâmetros sobre o programa de integridade para o cálculo de multa administrativa e eventual redução: (i) "Cultura Organizacional de Integridade" (COI) contemplando os incisos I, II, III, IV e IX do artigo 42; (ii) "Mecanismos, Política e Procedimentos de Integridade" (MPI) contemplando os incisos V, VI, VII, VIII, X, XI, XIII, XIV e XV do artigo 42; e (iii) "Atuação da Pessoa Jurídica em

Os grupos selecionados não esgotam os mecanismos possíveis e mesmo necessários para a efetividade de um programa de *compliance*. No entanto, comportam elementos que ganham importância das sociedades anônimas e permitem um passo a mais na concretização de comportamentos mais eficientes mirando à prevenção de malfeitos e ao atendimento das normas na matéria.

a) Práticas da administração sobre colaboradores externos

Do ponto de vista do primeiro grupo, voltado às práticas internas, o artigo 42 do Decreto n° 8.420/2015 indica como parâmetros:

> "II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
>
> III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
>
> [...] VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões
>
> [...] XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados".

Analisando-se as observações feitas pelo "Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR", os parâmetros são verificados ainda de uma forma genérica, sem fornecer maiores subsídios para a efetivação do programa de *compliance*. Referido Manual avalia: (i) a apresentação de Código de Ética ou Conduta; (ii) a inclusão de da ética e da integridade como princípios do Código de Ética e Conduta; (iii) seu alinhamento com a legislação em vigor; (iv) o oferecimento de canais de denúncia; (v) a realização de treinamentos periódicos.

Relação ao Ato Lesivo" (APJ) contemplando o inciso XII do artigo 42.

Sobre os procedimentos para prevenir fraudes na interação com órgãos públicos, o Manual exige que a pessoa jurídica indique procedimentos e políticas que vedem práticas irregulares, estabeleçam formas de interação com o setor público, além da realização de treinamentos. Não traz, portanto, maior detalhamento de comportamentos exigidos para evitar tais irregularidades.

No que se refere à contratação de terceiros colaboradores, o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR – além de exigir que o Código de Ética ou Conduta traga disposições sobre a sujeição de terceiros às regras da companhia, incluindo treinamento –, também indica ser "*importante que adote verificações apropriadas para contratação e supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados, entre outros, principalmente em situações de elevado risco à integridade*", sugerindo diligências prévias à contratação e a segregação das funções realização a diligência e contratação do terceiro.

Como se nota, mesmo os critérios para avaliação do programa de *compliance* não apresentam medidas concretas com vistas à efetividade do referido programa. Dada a generalidade das previsões e mesmo dos critérios de avaliação propostos pela CGU para eventual redução das multas aplicáveis, as condutas concretas esperadas da administração devem ser alinhadas com os próprios deveres fiduciários, em especial a diligência da atuação, que não engloba apenas o que é financeiramente justificável, mas o que é legal e reputacionalmente mais adequado.

É bem verdade que a tomada de decisões pelo administrador inclui riscos, inerentes à atividade empresarial, considerando que as balizas de sua atuação são em geral verificadas a partir da denominada *business judgement rule*, cuja função é a de "*proteger a discricionariedade decisória de administradores bem intencionados, eximindo-os do dever de indenizar por eventuais prejuízos gerados à companhia*".19 A doutrina aponta que a referida regra foi acolhida pela legislação brasileira, diante da previsão do artigo 159, §6º da Lei n° 6.404/76 de que "[o] *juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia*".20

[19] PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgement rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 953, São Paulo, p. 51-74, mar. 2015

[20] EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: volume III. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 126. Tal regra, contudo, não pode ser estendida a controladores, adotando-se uma leitura restritiva da referida previsão (PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgement rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 953, São Paulo, p. 51-74, mar. 2015).

Mesmo dentro da *business judgement rule*, a atuação proba do administrador deve considerar que

> "[quando] a decisão foi tomada por administradores que têm interesse contraposto ao da sociedade, a deliberação fica sujeita ao rigoroso teste de *entire fairness* da operação – o qual transfere aos administradores o ônus de provar que o negócio atende aos melhores interesses da companhia, observando um 'processo justo' e um 'preço justo', sob pena de responsabilização".21

Em outras palavras: o comportamento íntegro da administração – em linha com os *standards* de *compliance* – se verifica, em sua atuação ordinária, quando observados os deveres fiduciários em sentido amplo, seja na atuação diligente e legal, seja na constante vigilância das atividades da companhia, refletida na atenção aos procedimentos internos. Para tanto, o comportamento deve observar as diretrizes gerais para o "homem ativo e probo", moldada pela *business judgement rule*, verificando-se no caso: (i) uma decisão (ou julgamento) de negócio; (ii) o desinteresse do administrador (do ponto de vista de inexistência de conflito); (iii) o dever de diligência voltado especificamente para a tomada de decisão a partir da adequada colheita de informações relevantes para a decisão; (iv) a boa-fé do administrador; e (v) a ausência de abuso de discricionaridade na decisão.22

Além da categorização jurídica, na prática o exercício do dever dos administradores é aferido por um exame de eficácia e qualidade gerenciais. Em outras palavras, um exame da adequação entre risco existente e medida de controle escolhida e a qualidade da implementação prática da medida. Assim, deve-se aferir (i) se a medida utilizada é adequada para extinguir ou minimizar o risco de integridade que ela visa combater e (ii) se ela foi adequadamente implementada.

Nos casos de análise (due diligence de terceiros), um processo de contratação que não analisa envolvimento pregresso do fornecedor em atos de corrupção é incapaz de minimizar o risco de corrupção na contratação. No caso de um processo que peça a análise (due diligence) mas dela não resulta qualquer recomendação

[21] PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgement rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 953, p. 51-74, mar. 2015.

[22] BLOK, Marcella. *Business judgement rule*: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 46, p. 129-162, out./dez. 2009.

posterior (como não contratação ou exigência de certas garantias contratuais) vê-se que a medida não foi corretamente implementada.

b) Práticas da administração sobre a manutenção dos procedimentos internos

Ainda, o artigo 42 do Decreto traz alguns parâmetros que podemos qualificar como protetivos do sistema gerencial de integridade e sua implementação ao considerar:

> "I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
>
> [...] IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento".

Neste ponto, o Manual Prático de Avaliação de Programa de Integridade em PAR traz previsões com razoável grau de especificidade, como a previsão de uma estrutura organizacional no estatuto social, a disciplina da forma de participação dos membros da alta direção nos órgãos da sociedade direcionados à promoção da integridade, além da formalização de critérios (como o não envolvimento em atos de corrupção) para a escolha dos membros da alta direção.

Porém, também neste caso, as diretrizes de análise emitidas pela Controladoria-Geral da União devem ser acompanhadas de uma análise gerencial de congruência entre risco existente e medida proposta, combinado com a aferição da qualidade da implementação (como, por exemplo, por meio de auditoria específica).

Para garantir a independência da instância responsável pelo *compliance* em determinada companhia – como preconiza do inciso IX do artigo 42 do Decreto e como indica a doutrina em termos de eficácia dos órgãos de *compliance*,

seja do ponto de vista hierárquico,23 seja do ponto de vista funcional24 –, são necessárias algumas medidas para tal garantia: (i) a garantia de recursos financeiros, humanos e autoridade hierárquica para atuação do chefe de *compliance*,; (ii) formalização de de temas em que a aprovação pelo chefe de *compliance* seja necessária e (iii) criação de comitês independentes. Uma outra providência ainda pouco explorada mas que parece adequada quando há sobreposição entre a figura do acionista controlador e a administração é o mandato fixo ao chefe de *compliance*, a evitar retaliações da administração por suas decisões, além de quóruns qualificados para sua destituição, para impedir a interferência solitária do controlador .

Assim, para a efetividade de um programa de *compliance* inserido no campo mais amplo da governança corporativa, a autonomia funcional aparece como elemento essencial da gestão, o que é observado na doutrina como relevante também na prática estrangeira.25

[23] "[A] delegação em matéria de *compliance* é uma delegação particular. Isto é assim porque, além dos requisitos próprios da delegação que estudamos na Lição anterior (idoneidade, transferência do poder necessário para exercer a tarefa), os padrões em matéria de *compliance* costumam recomendar que esta matéria se delegue a uma pessoa ou órgão que seja independente. [...] [E]xistem duas formas muito distintas (área de *compliance* vs. órgão colegiado de *compliance*) de se estrutura os órgãos de *compliance* dentro da empresa, ao menos desde um ponto de vista teórico. Optar por um ou outro órgão depende, em boa medida, do tipo de empresa." (NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de *compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 237-239.

[24] "Além de conferir aos responsáveis de *compliance* o poder necessário, para garantir sua independência funcional deve-se assegurar que em sua atividade não surjam conflitos de interesse. O *compliance* é, por sua natureza, uma função que tende a colidir com outros objetivos, especialmente econômicos, da organização, razão pela qual convém que os responsáveis principais não realizem outras funções operacionais. [...] Com o fim de evitar conflitos de interesses seria conveniente, inclusive, distinguir três funções dentro do *compliance*: (a) o desenho de mecanismos de prevenção, a supervisão de que se aplicam corretamente e a coordenação dos distintos responsáveis de *compliance*; (b) a aplicação ou execução dos controles; (c) a revisão periódica de sua idoneidade. O papel do órgão de *compliance* é, principalmente, a primeira das funções." (NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de *compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 241).

[25] "Infere-se de fontes oficiais sobre o FCPA tratadas nesse artigo que os órgãos reguladores incentivam ou exigem, no caso das condenações, a criação de cargos e definição de sua autonomia, alocação de profissionais e recursos, definição de treinamentos etc. Ora, tais aspectos estão intimamente relacionados à gestão da empresa, o que a princípio deveria ser definido por seus gestores" (RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. *Compliance* como essência

Assim, a administração possui um papel ao mesmo tempo ativo e de distanciamento em relação à atividade da empresa. Ativo porque a atuação vigilante – derivada do dever fiduciário de diligência – é essencial para qualquer programa de prevenção de malfeitos ou de materialização de riscos típicos da atividade em questão. Distanciamento porque a separação das atividades do chefe de *compliance* em relação à atividade da empresa é necessária para que seu julgamento não conflite com interesses econômicos da companhia.

c) Conclusão: uso dos parâmetros de compliance para solidificar condutas frente a riscos empresariais

A avaliação do comportamento adequado a administradores e controladores, à luz das diretrizes de *compliance*, passa por uma verificação das recomendações dos guias na matéria e especialmente por um exame da relação entre riscos e formas de controle (ou remédios adotados), considerando (i) os riscos individuais do negócio em que a companhia se insere, seja, regulatórios, concorrenciais, ambientais etc., (ii) o desenho de controles voltados especificamente aos riscos individuais identificados e (iii) a qualidade de sua implementação prática. Em grande medida, os profissionais de *compliance*, terão, papel central para garantir que os parâmetros adotados em teoria sejam implementados na prática e também para produzir monitoramento independente, atualizações periódicas e desenvolvimento de métricas adequadas para avaliação de efetividade.

5. CONCLUSÕES

Pelos pontos tratados acima, podemos concluir que:

(i) No âmbito das sociedades anônimas, deveres fiduciários e melhores práticas de *compliance* se aproximam e por vezes a observância dos padrões de conduta de *compliance* é a forma de cumprimento dos deveres fiduciários;

da governança corporativa a partir da experiência do *Foreign Corrupt Practices Act*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (org). **Sistema anticorrupção e empresa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 289).

(ii) Os deveres fiduciários são a princípio direcionados aos administradores de sociedades anônimas; porém, no Brasil, considerando a baixa dispersão acionária e a presença frequente de acionistas majoritários e blocos de controle, tais deveres podem em certas circunstâncias se estender aos controladores das companhias;

(iii) Para a verificação do cumprimento dos deveres fiduciários, é necessário empregar metodologia gerencial de *compliance*, que ainda não está de todo desenvolvida; e

(iv) Embora não haja uma fórmula universal para identificação de um programa de *compliance* efetivo, essa avaliação passa necessariamente pela identificação de riscos concretos da atividade empresarial desenvolvida, pela formatação de controles e remédios adequados para o tratamento dos riscos evidenciados e pela adequada implementação do programa.

6. BIBLIOGRAFIA

BAINBRIDGE, Stephen. **Corporate governance after the financial crisis**. Oxford: OUP, 2012.

BLOK, Marcella. *Business judgement rule*: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 46, p. 129-162, out./dez. 2009.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. In: LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Direito das Companhias**: voluma 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHEN, Hui; SOLTES, Eugene. **Why compliance programs fail and how to fix them**. Harvard Business Review, v. 96, n. 2, p. 115–125, 2018.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: volume III. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. A institucionalização do sistema de *compliance*. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes. **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

PARGENDLER, Mariana. Responsabilidade civil dos administradores e *business judgement rule* no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 953, p. 51-74, mar. 2015.

RESENDE, Mariana Barbosa Araújo. *Compliance* como essência da governança corporativa a partir da experiência do *Foreign Corrupt Practices Act*. In: FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina (org). **Sistema anticorrupção e empresa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

SOLTES, Eugene. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts and firms. **NYU Journal of Law & Business**, v. 14, n. 3, Nova Iorque, p. 965-1011, 2018.

TAVARES BORBA, José Edwaldo. **Direito societário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Governança corporativa no mercado de capitais: as antilições da Petrobras. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 9, p. 223-237, mai./jun. 2015.

COMPLIANCE, THE NEW LEGAL WAY FOR HUMAN VALUES: TOWARDS AN *EX ANTE* RESPONSIBILITY

Marie-Anne Frison-Roche[1]2

What is the time in which Responsibility is anchored? The question is so classic that all of the responses to it seem to have been written: while we can more easily be responsible with respect to the past because we can more easily make a link between the situation understood, because it is more detectable, as it is easier to state the consequences to be drawn from this about a person, this does not however exclude articulating responsibility with the future: conceiving of *Ex Ante* Responsibility.

This is possible if we disarticulate the construction of this responsibility with a past event or situation. *The Imperative of Responsibility* of Jonas or the Ethics of Responsibility also let Responsibility travel through time, by a relay between Law and Ethics, which only looks towards the future so that it will still exist. As a principle. But this outlook becomes more difficult to support if we remain solely in the legal order.

We could however support that the Law could make an effort, even affirm that this is not difficult for it because the Law does what it wants. It could thus impute a responsibility to anyone for the time that it would establish, for example designating someone as a bearer of a responsibility, i.e., a bearer of a burden, the person that it would want, if necessary a future person for a future event. The "responsible person" would then be the holder of a sort of "pure weight", who would take it on because the Law wanted it for the time that it desired, for example a duty

[1] Professor of Economic, Regulatory and Compliance Law

[2] This article is based on a digital working document, with hypertext links, footnotes which themselves contain additional developments and technical references. It is available at the following address: https://mafr.fr/en/article/la-responsabilite-ex-ante/