

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS- GRADUAÇÃO

NATALIA DE MELO LACERDA

**COMPLIANCE EMPRESARIAL
E INTERESSE SOCIAL**

Uma análise crítica da influência da teoria do *shareholder value* na conformidade empresarial
a partir da criminologia econômica

BRASÍLIA

2020

NATALIA DE MELO LACERDA

**COMPLIANCE EMPRESARIAL
E INTERESSE SOCIAL**

Uma análise crítica da influência da teoria do *shareholder value* na conformidade empresarial
a partir da criminologia econômica

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-
Graduação da Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília, linha de pesquisa de Transformações da
Ordem Social e Econômica e Regulação.
Orientadora: Profa. Dra. Ana Frazão.

BRASÍLIA

2020

FICHA CATALÓGRAFICA

LACERDA, NATALIA DE MELO

Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do *shareholder value* na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica/NATALIA DE MELO LACERDA; Orientadora Ana Frazão, Brasília, 2020. 139 p.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, 2020.

1. Interesse social. 2. *Compliance* empresarial. 3. *Shareholder value*
4. Criminologia econômica. 5. Crime corporativo
I. FRAZÃO, Ana, orient. II. Título

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

LACERDA, N. M. (2020). *Compliance Empresarial e Interesse Social: Uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*, p. 139.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Natália de Melo Lacerda

COMPLIANCE EMPRESARIAL E INTERESSE SOCIAL: Uma análise crítica da influências da teoria do *shareholder value* na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação.

Aprovada em: de de

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Ana Frazão (Orientadora, Presidente)

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha (Membro interino, FD-UnB)

Prof. Dr Eduardo Saad-Diniz (Membro externo, UPS-SP)

Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins (Suplente)

AGRADECIMENTOS

A conclusão do mestrado se apresenta como a realização de um sonho que cultivo desde a graduação em Direito, em explorar as perplexidades do mundo jurídico para além da norma e de dedicar parte de minhas reflexões quotidianas ao desenvolvimento da pesquisa acadêmica.

Nesse passo, meu primeiro agradecimento é dirigido a minha orientadora, professora Ana Frazão, pela oportunidade de realizar este trabalho com tamanha parceria e dedicação. Sem a sua liderança, conselhos, inspiradores e diálogos, não poderia ter chegado até aqui.

Agradeço demais professores do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília -UNB, em especial a Márcio Iorio Aranha, Paulo Burnier da Silveira, Amanda Athayde Linhares pelos ensinamentos que transbordam a academia e que me possibilitaram enxergar o mundo por novas lentes.

Ao professor Eduardo Saad-Diniz registro agradecimento pelas reflexões compartilhadas e pelas inquietantes, mas necessárias ponderações, tão cruciais ao alvorecer das ideias abordadas neste trabalho.

A meus amigos Victor Fernandes, Sérgio Ravagnani, Luís Carlos Martins Alves Júnior, Christiane Dias, Larissa Suassuna, Renata Cunha, agradeço pelas imensas contribuições e pelo tão necessário apoio. A meu amado companheiro, Paulo Victor Cabral e a minha família, serei eternamente grata pelo inestimável auxílio e encorajamento diários.

RESUMO

Esta dissertação trata da relação entre *compliance empresarial* e interesse social, sob o ponto de vista da influência que o último exerce no primeiro. O principal objetivo do estudo é estabelecer uma análise crítica à teoria do *shareholder value*, mediante a apresentação de suas possíveis interferências na estruturação de programas de *compliance* empresariais efetivos. O trabalho busca responder a seguinte pergunta de pesquisa: a partir dos aportes da criminologia econômica, em que medida a adoção da teoria do “*shareholder value*” prejudica o *compliance* empresarial, dificultando a constituição de um referencial ético nas corporações? Parte-se da hipótese de que a gestão empresarial orientada pela obtenção da maximização de riquezas dos acionistas cria obstáculos ao *compliance* empresarial, por contribuir para o isolamento moral da classe executiva e para o desencadeamento de outros fatores relacionados à difusão de crimes corporativos identificados pela teoria da associação diferencial, teoria da tensão ou anomia, teoria da oportunidade delitiva, teoria das subculturas delinquentes e neutralização dos crimes. No capítulo 1, é feita uma análise dos aspectos introdutórios do *compliance*, fornecendo-se o seu conceito e examinando-se as suas funcionalidades no contexto da autorregulação regulada. A análise é estruturada em torno do (i) bloco organizacional, (ii) bloco das infraestruturas de prevenção; (iii) bloco de vigilância, nas suas dimensões de monitoramento, relacionamento com terceiros e punição; e do (iv) bloco da avaliação da efetividade dos programas de *compliance*. No Capítulo 2, faz-se uma breve revisão da literatura da criminologia econômica, reunindo insumos sobre os padrões de conduta vinculados à criminalidade, às motivações dos agentes, às formas de vitimização corporativa e ao controle social. No Capítulo 3, é analisado o modelo do “*shareholder value*” situando-o dentro do debate entre as teorias contratualistas e institucionalistas, mediante a análise do nascimento da teoria do *shareholder value* e o seu conteúdo, apresentando-se as perspectivas críticas atreladas. No capítulo 4, articulam-se as influências da “*shareholder value*” com o *compliance* e a criminologia econômica e serão apontadas outras perspectivas para o *compliance* no sentido da constituição de um referencial de gestão ético, a partir das reflexões construídas, propondo-se outros eixos e metodologias de concretização do interesse social alinhado com a função social da empresa. Por fim, a conclusão deste trabalho consolida os resultados da análise, apontando que: (i) existe uma relação silogística entre interesse social, governança corporativa e *compliance*; (ii) a segmentação entre a competência para a geração de lucros e a aplicação da ética nos processos gerenciais fomenta a criação de um ambiente empresarial favorável à disseminação de práticas ilícitas, em facilitação dos processos de associação diferencial e de acesso às oportunidades ilegítimas para o cometimento dos crimes e de formação de subculturas delinquentes; (iii) em um contexto estrutural de pressão pela maximização de lucros, as normas éticas e jurídicas podem ser ignoradas pelos processos de desmoralização ou desinstitucionalização dos meios explicados pela anomia; (iv) em meio ao crescente poder gerencial e ao isolamento, os admiradores se encontram imersos em uma zona propícia para a neutralização do crime e para a literal irresponsabilidade, aprovando políticas agressivas de obtenção de resultados a despeito da possibilidade de elas incrementarem a prática de crimes; (v) o *compliance* empresarial, apesar de suas inúmeras limitações, também pode ser visto como uma estratégia para implementação da concretização do interesse social na dimensão institucional e da função social, mediante o desenvolvimento de metodologias que permitam do ponto de vista procedimental a participação dos *stakeholders* e o compartilhamento das riquezas geradas pela corporação.

Palavras-chave: interesse social; *compliance* empresarial; criminologia econômica, crime corporativo.

ABSTRACT

Esta dissertação trata da relação entre *compliance empresarial* e interesse social, sob o ponto de vista da influência que o último exerce no primeiro. O principal objetivo do estudo é estabelecer uma análise crítica à teoria do *shareholder value*, mediante a apresentação de suas possíveis interferências na estruturação de programas de *compliance* empresariais efetivos. O trabalho busca responder a seguinte pergunta de pesquisa: a partir dos aportes da criminologia econômica, em que medida a adoção da teoria do “*shareholder value*” prejudica o *compliance* empresarial, dificultando a constituição de um referencial ético nas corporações? Parte-se da hipótese de que a gestão empresarial orientada pela obtenção da maximização de riquezas dos acionistas cria obstáculos ao *compliance* empresarial, por contribuir para o isolamento moral da classe executiva e para o desencadeamento de outros fatores relacionados à difusão de crimes corporativos identificados pela teoria da associação diferencial, teoria da tensão ou anomia, teoria da oportunidade delitiva, teoria das subculturas delinquentes e neutralização dos crimes. No capítulo 1, é feita uma análise dos aspectos introdutórios do *compliance*, fornecendo-se o seu conceito e examinando-se as suas funcionalidades no contexto da autorregulação regulada. A análise é estruturada em torno do (i) bloco organizacional, (ii) bloco das infraestruturas de prevenção; (iii) bloco de vigilância, nas suas dimensões de monitoramento, relacionamento com terceiros e punição; e do (iv) bloco da avaliação da efetividade dos programas de *compliance*. No Capítulo 2, faz-se uma breve revisão da literatura da criminologia econômica, reunindo insumos sobre os padrões de conduta vinculados à criminalidade, às motivações dos agentes, às formas de vitimização corporativa e ao controle social. No Capítulo 3, é analisado o modelo do “*shareholder value*” situando-o dentro do debate entre as teorias contratualistas e institucionalistas, mediante a análise do nascimento da teoria do *shareholder value* e o seu conteúdo, apresentando-se as perspectivas críticas atreladas. No capítulo 4, articulam-se as influências da “*shareholder value*” com o *compliance* e a criminologia econômica e serão apontadas outras perspectivas para o *compliance* no sentido da constituição de um referencial de gestão ético, a partir das reflexões construídas, propondo-se outros eixos e metodologias de concretização do interesse social alinhado com a função social da empresa. Por fim, a conclusão deste trabalho consolida os resultados da análise, apontando que: (i) existe uma relação silogística entre interesse social, governança corporativa e *compliance*; (ii) a segmentação entre a competência para a geração de lucros e a aplicação da ética nos processos gerenciais fomenta a criação de um ambiente empresarial favorável à disseminação de práticas ilícitas, em facilitação dos processos de associação diferencial e de acesso às oportunidades ilegítimas para o cometimento dos crimes e de formação de subculturas delinquentes; (iii) em um contexto estrutural de pressão pela maximização de lucros, as normas éticas e jurídicas podem ser ignoradas pelos processos de desmoralização ou desinstitucionalização dos meios explicados pela anomia; (iv) em meio ao crescente poder gerencial e ao isolamento, os admiradores se encontram imersos em uma zona propícia para a neutralização do crime e para a literal irresponsabilidade, aprovando políticas agressivas de obtenção de resultados a despeito da possibilidade de elas incrementarem a prática de crimes; (v) o *compliance* empresarial, apesar de suas inúmeras limitações, também pode ser visto como uma estratégia para implementação da concretização do interesse social na dimensão institucional e da função social, mediante o desenvolvimento de metodologias que permitam do ponto de vista procedimental a participação dos *stakeholders* e o compartilhamento das riquezas geradas pela corporação.

Palavras-chave: interesse social; *compliance* empresarial; criminologia econômica, crime corporativo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	ix
CAPÍTULO 1 – COMPLIANCE EMPRESARIAL: BLOCOS ESTRUTURAIS E DESAFIOS INERENTES.....	14
1.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>.....	14
1.2 BREVE CRÍTICA À ARQUITETURA BRASILEIRA DE INCETIVOS AO <i>COMPLIANCE</i> NA LEI ANTICORRUPÇÃO.....	18
1.3 BLOCOS ESTRUTURAIS: DESAFIOS E RISCOS ATRELADOS AOS PROGRAMAS DE EFETIVIDADE	22
1.3.1 Bloco Organizacional.....	23
a) Do comprometimento da alta administração.....	23
b) Autonomia e independência do setor de compliance	25
1.3.2 Bloco de infraestruturas de prevenção: regras e instrumentos internos preventivos e suas limitações	27
a) Da avaliação e gestão de riscos: multiplicidade institucional e vieses cognitivos	27
b) Códigos de Ética e de Conduta.....	31
c) Treinamento e comunicação.....	33
d) Outras medidas de prevenção	34
1.3.3 Bloco da vigilância e seus parâmetros	37
a) Vigilância e o poder disciplinar interno	38
b) Dever de vigilância nas relações interempresariais e projeção no due diligence	41
1.4 AVALIAÇÃO DOS PROGRAMAS DE <i>COMPLIANCE</i>.....	44
1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	48
CAPÍTULO 2 - ENTRE OS CRIMES CORPORATIVOS E A CONFORMIDADE: CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA ECONÔMICA	49
2.1 CRIME DE COLARINHO BRANCO E A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: AS CONTRIBUIÇÕES DE EDWIN SUTHERLAND PARA A COMPREENSÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	51
2.2 TEORIA DA ANOMIA	55
2.2.1 Teoria da oportunidade delitiva	59
2.3 TEORIA DA SUBCULTURA DELINQUENTE	61
2.4 DA EMERGÊNCIA DO CRIME ORGANIZACIONAL	62
2.4.1 O crime organizacional por John Braithwaite.....	67

2.4.1. Processos de neutralização no crime corporativo e a importância da vitimologia corporativa	69
2.5 MODELO RACIONAL DE DISSUAÇÃO DO CRIME E PERSPECTIVAS CRÍTICAS	73
2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS	77
CAPÍTULO 3 DIMENSÕES DO INTERESSE SOCIAL E “SHAREHOLDER VALUE”	79
3.1 DIMENSÕES DO INTERESSE SOCIAL DAS COMPANHIAS	79
3.1.1 Interesse social sob as perspectivas contratualista e institucionalista.	79
3.1.2 Função social da empresa e formas de operacionalização do interesse social segundo a perspectiva institucionalista: o compliance empresarial como uma via?84	
3.2 D INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS GRANDES CORPORAÇÕES E TEORIA DA AGÊNCIA	89
3.2 TEORIA DO “SHAREHOLDER VALUE”, DESENVOLVIMENTO E PRESSUPOSTOS.....	94
3.4 “ <i>SHAREHOLDER VALUE</i> ” EM CRISE: PERSPECTIVAS CRÍTICAS.....	100
3.4.1 Teoria dos Stakeholders	106
3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	109
4. RISCOS AO COMPLIANCE EMPRESARIAL E INTRESSE SOCIAL: LIMITES E PERSPECTIVAS A PARTIR DE INTERLOCUÇÕES COM A CRIMINOLOGIA ECONÔMICA	111
4.1 RELAÇÃO ENTRE INTERESSE SOCIAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E <i>COMPLIANCE</i> EMPRESARIAL	111
4.2 <i>SHAREHOLDER VALUE</i> E INFLUXOS DA CRIMINOLOGIA ECONÔMICA	116
4.2.1 Shareholder value, associação diferencial e influências no compliance	116
4.2.1 Anomia, oportunidades ilegítimas e subculturas delinquentes: ampliação dos desafios ao compliance em um cenário de maximização dos lucros	119
4.3 ISOLAMENTO MORAL DA CLASSE EXECUTIVA E PROJEÇÕES NO <i>COMPLIANCE</i>	122
4.2.1 Neutralização e infraestruturas preventivas do compliance	128
4.4 FUNÇÃO SOCIAL E IMPLEMENTAÇÃO DA <i>STAKEHOLDER DEMOCRACY</i> : UMA POSSIBILIDADE PARA O <i>COMPLIANCE</i>	130
CONCLUSÕES	138
REFERÊNCIAS	142

INTRODUÇÃO

A última década foi marcada por escândalos corporativos de repercussão nacional e internacional. Operação Lava Jato, cartel de empreiteiras em licitação de linhas de metrô, uso indevido de informações privilegiadas no caso Sadia e Perdigão, desastres ambientais de Mariana e Brumadinho: todos exemplos de crimes corporativos¹ com participação das grandes companhias.

É necessário perceber que muitas das empresas envolvidas nesses casos adotavam programas de *compliance* ou de conformidade² antes mesmo da promulgação da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 2013)³. As irregularidades ocorreram ainda assim porque a mera existência de estruturas internas de controle nas empresas não é suficiente para a coibição de ilícitos nem para a consolidação da ética no ambiente corporativo.

Vive-se em tempos de desconfiança pública das grandes corporações. O sentimento de ilegitimidade decorrente dos crimes corporativos afeta a própria lógica de transações do sistema econômico-financeiro e diminui a performance econômica dos países. Não se pode olvidar que a confiança nas relações eleva a coesão social, diminui os custos de transação no mercado, facilita o cumprimento dos contratos, encoraja a existência de crédito, fomenta a especialização de atividades e a alocação de investimentos em novas ideias e capital humano (KNACK, 2001).

Os prejuízos decorrentes da ausência de uma gestão verdadeiramente comprometida com valores éticos vão além do campo econômico. As atividades empresariais permeiam a maior parte das vidas das pessoas, pois estabelecem as relações de trabalho e a produção de utilidades, viabilizando a disposição de bens e serviços para consumo. Com menor evidência, muitas vezes de interferência subestimada, o exercício empresarial provoca externalidades sobre o meio ambiente, sendo inegável o efeito difuso de suas ações, lícitas ou ilícitas, na qualidade de vida e bem-estar social.

¹ Para os propósitos desta dissertação, a expressão “crimes corporativos” será utilizada para designar as práticas lesivas sociais praticadas por organizações ou por indivíduos agindo em nome das organizações, independentemente de haver tipificação estritamente penal.

² Os programas de *compliance* ou de conformidade correspondem à concepção e à implementação de mecanismos internos para permitir a prevenção, detecção e remediação de infrações, e, assim, contribuir para a aderência da empresa aos padrões éticos e às exigências normativas.

³ Eduardo Saad Diniz (2014) explica que a discussão sobre o criminal *compliance* não é de todo nova no Brasil, não apenas pela introdução das regras do “novo mercado”, mas em virtude da necessidade de responder anteriormente a normativas aplicáveis à lavagem de dinheiro e às práticas anticoncorrenciais.

A resposta tradicional da regulação estatal à problemática é a imposição às empresas de sua faceta ordenadora, apoiada na normatização de coerções externas⁴. Objetiva-se a conformação do comportamento regulado através de sanções para o controle da atividade econômica. Porém, a técnica de coerção externa, amparada na racionalidade econômica, não contempla todas as dimensões das motivações para a atuação em *compliance* ou para além do *compliance*, pois as respostas das firmas à regulação dependem de uma série variáveis muitas vezes negligenciadas pelos reguladores, minando sua eficácia.

Com efeito, partindo-se da realidade complexa em que se desenvolve o comportamento social das empresas, é crucial analisar como as teorias sobre o interesse social - que amparam a gestão das companhias - podem afetar as políticas de governança corporativa e a estruturação dos programas de *compliance* efetivos.

As dimensões do interesse social influenciam na forma como as empresas lidam com o interesse de seus acionistas e de seus *stakeholders* – credores, empregados, fornecedores, consumidores etc. Direcionam os propósitos da empresa, os deveres e responsabilidades dos administradores perante os acionistas e a sociedade. A compreensão do interesse social da empresa deve anteceder a edição dos instrumentos de controle.

Dentre as visões sobre o interesse social das companhias, sobressai-se a teoria do *shareholder value*. Nela prepondera a ideia de que o propósito das empresas coincide com o interesse de seus acionistas traduzidos na maximização do preço das ações. É consequência dessa corrida a inclinação dos administradores de desconsiderarem o interesse de terceiros no escopo das políticas organizacionais. Por outro lado, compreende-se que eventuais externalidades negativas deveriam ser absorvidas pela regulação e pelos contratos.

A análise dos crimes corporativos, no entanto, demonstra que as pressões para obtenção de resultados de curto prazo favorecem o isolamento moral no ambiente das corporações, em afetação dos juízos morais, podendo prejudicar até mesmo seus acionistas. A teoria da maximização de ganhos pode ter efeito nocivo prático na disseminação da cultura de conformidade, sobretudo em seu aspecto ético, com projeções usuais no cometimento de crimes corporativos. Assim, é crucial entender como a segmentação da racionalização de questões econômicas e morais no âmbito empresarial tem a aptidão de ensejar um ambiente propício à criminalidade econômica.

⁴ Para Márcio Iorio Aranha, ora a atividade reguladora se concentra em influenciar o comportamento regulado por disciplina ordenadora apoiada em sanções aflitivas (coerção externa), ora busca moldar o contexto fático da conduta, apoiando-se em coerção interna (ARANHA, 2018a, pp. 442).

A criminologia econômica⁵, diante da riqueza de aportes empíricos para a explicação dos crimes corporativos, é útil à aferição dos impactos das premissas propostas pela teoria da *shareholder value* na conformidade empresarial. Possibilita a análise do perfil dos ofensores, dos processos de vitimização, da verificação das dimensões dos danos e das alternativas de restauração⁶. Oferece um referencial crítico para as plataformas de gestão e avaliação da ética corporativa, porque parte de abordagens empíricas atentas aos referenciais e padrões de comportamento experimentados no ambiente empresarial.

A regulação, compreendida em seu sentido amplo, deve atentar para esse universo de variáveis relacionadas aos crimes corporativos, que se inicia desde o conceito de interesse social e ultrapassa as etapas de vitimização. E é nesse repensar que o presente estudo se propõe a responder a seguinte pergunta: a partir dos aportes da criminologia econômica, em que medida a adoção da teoria do “*shareholder value*” prejudica o *compliance* empresarial, dificultando a constituição de um referencial ético nas corporações?

Parte-se da hipótese de que o interesse social das companhias molda a concretização das políticas empresariais que permeiam a governança corporativa e os programas de *compliance*, tão fundamentais na articulação dos fatores internos e externos que conduzem à conformidade. Por sua vez, supõe-se que a redução do interesse social à maximização dos ganhos dos acionistas muitas vezes pode se chocar com as condições favoráveis à constituição de um referencial ético nas corporações.

Partindo-se das contribuições da criminologia econômica, tem-se que a aplicação prática da teoria do *shareholder value* pode ir de encontro aos objetivos do *compliance* de contenção da criminalidade econômica, por: (i) fomentar o processo de associação diferencial, afastando os administradores e empregados de definições favoráveis a atitude em *compliance*; (ii) facilitar a desinstitucionalização das normas regulatórias e sociais, tornando inidôneos ou mesmo irrelevantes os sistemas de *compliance*, diante da grande tensão entre as metas financeiras e os meios legítimos de atendê-las (iii); ampliar a possibilidade de formação de subculturas delinquentes; (iv) acirrar o isolamento moral da classe executiva e o emprego de recursos de neutralização dos crimes corporativos, implicando a desconsideração pelos administradores de

⁵ A criminologia econômica buscar explicar os crimes corporativos, adotando como premissa maior a verificação empírica das causas e consequências dos comportamentos delituosos, para determinar a análise do crime e da criminalidade a partir da explicação dos fatores que ensejam a conduta desviante (SAAD-DINIZ, 2018)

⁶ Falta uma revisão criminológica do regime brasileiro de prevenção das infrações econômicas, havendo ainda uma deficiência básica da verificação empírica da real necessidade de *compliance*, sobre o perfil dos ofensores, quem e como é vitimizado, quais as dimensões do dano movido pelo comportamento e quais seriam as alternativas de restauração. É a partir disso que a criminologia pode fazer a diferença (SAAD-DINIZ, 2018, pp. 169).

vários interesses sociais relevantes no processo de decisão; (iv) estimular decisões gerenciais intuitivas e irrefletidas, incrementando o cometimento de crimes corporativos.

Como objetivo geral, este trabalho se propõe a repensar os desafios para a efetividade dos programas de *compliance*, considerando o contexto em que as companhias estão inseridas, que é muitas vezes moldado pela maximização de ganhos como padrão de gestão. Uma adequada compreensão das influências do interesse social antecede a articulação dos incentivos públicos aos programas de *compliance* e abordagem das limitações normalmente apontadas para as políticas de conformidade.

Esta dissertação tem como objetivos específicos: i) sistematizar o tema do *compliance* empresarial, organizando as variadas visões sobre os problemas de estruturação e de avaliação dos programas de conformidade no cenário brasileiro; ii) ampliar a pesquisa sobre as motivações e as condições para o engajamento dos agentes econômicos com o crime corporativo, com vistas a fundamentar intervenções regulatórias mais efetivas e atuações profissionais mais atentas às diversas complexidades que permeiam os programas de conformidade; iii) fomentar a pesquisa criminológica na área do *compliance* no Brasil, baseada na verificação empírica da hipótese central firmada.

Este trabalho é realizado a partir de revisões bibliográficas, utilizando o método dedutivo e será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo versa sobre os aspectos introdutórios do *compliance*. É estabelecido o seu conceito e examinada as suas funcionalidades no contexto da autorregulação regulada. Busca-se a análise das principais problemáticas relacionadas ao tema, especialmente no tocante aos desafios identificados pela doutrina para a efetividade dos programas de *compliance*. A análise é estruturada em torno do (i) bloco organizacional, (ii) bloco das infraestruturas de prevenção; (iii) bloco de vigilância, nas suas dimensões de monitoramento, relacionamento com terceiros e punição; e do (iv) bloco da avaliação da efetividade dos programas de *compliance*.

O segundo capítulo se propõe a desenvolver os aportes da criminologia econômica, demonstrando que suas análises prescritivas e descritivas apresentam possibilidades para análise da formação dos processos de decisão gerencial na seara empresarial. Surge a possibilidade, desse modo, da construção de uma avaliação crítica de como a gestão fundamentada na teoria do *shareholder value* pode interferir na deformação da ética empresarial e agravar os riscos ao *compliance* empresarial. É objetivo principal deste Capítulo reunir os insumos da criminologia sobre os padrões de conduta vinculados à criminalidade, às motivações dos agentes, às formas de vitimização corporativa e ao controle social, como forma de alcançar uma verdadeira aprendizagem capaz de lidar com as limitações e com os riscos

relacionados aos programas de *compliance*. Serão analisadas as contribuições da teoria da associação diferencial, da teoria da tensão ou anomia, teoria da oportunidade delitiva, teoria das subculturas delinquentes, desenvolvimentos relacionados aos crimes corporativos e do modelo do crime como uma escolha racional, apresentando-se as respectivas perspectivas críticas.

O terceiro capítulo abordará o desenvolvimento do modelo do “*shareholder value*” situando-o dentro do debate entre as teorias contratualistas e institucionalistas. Para alargar a compreensão do tema, serão analisadas as noções referentes ao contexto de desenvolvimento da teoria do *shareholder value*, que reporta à formação das grandes corporações e ao nascimento da teoria da agência. Ademais, serão analisados o nascimento da teoria do *shareholder value* e o seu conteúdo, apresentando-se os principais debates e perspectivas críticas atreladas.

O quarto capítulo cuidará da articulação entre os postulados da *shareholder value* com o *compliance* e a criminologia econômica. Propõe-se demonstrar como a teoria da maximização de lucros tem aptidão à interferência negativa no *compliance* empresarial, partindo-se da relação existente entre o interesse social, governança corporativa e políticas de *compliance*. Será abordada a interação entre a teoria do *shareholder value* e a conformidade empresarial sob a ótica dos aportes da neutralização, das teorias da aprendizagem, anomia, oportunidade e subcultura delincente no cometimento de crimes corporativos. Por fim, serão apontadas outras perspectivas para o *compliance* no sentido da constituição de um referencial de gestão ético, a partir das reflexões construídas, propondo-se outros eixos e metodologias de concretização do interesse social alinhado com a função social da empresa.

CAPÍTULO 1 – COMPLIANCE EMPRESARIAL: BLOCOS ESTRUTURAIS E DESAFIOS INERENTES

Este capítulo inaugural visa à introdução dos estudos relacionados ao *compliance*, articulando seus conceitos, funcionalidades e perspectivas no cenário contemporâneo de regulação estatal. Presta-se a sistematizar o tema e contempla os principais aspectos a serem considerados no processo de decisão gerencial rumo à estruturação de programas efetivos. Outrossim, apresentam-se os blocos estruturais do *compliance* e os desafios inerentes a sua efetividade. Trata-se de etapa propedêutica ao objetivo do trabalho, de exame das influências da perspectiva *shareholder value* no *compliance*, a partir da criminologia econômica.

1.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE.

Para a compreensão do *compliance*, impõe-se elaborar um entendimento claro sobre a sua consistência e função. Seu conceito é de difícil delimitação: a própria expressão padece de vagueza e imprecisão (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 22). Além disso, o termo situa-se em zonas cinzentas de interferência com outras novas concepções da gestão empresarial, a exemplo da governança corporativa⁷, do gerenciamento de riscos e da responsabilidade social⁸.

No inglês, a palavra *compliance* deriva do verbo “*to comply*” (*with*), podendo ser traduzida singelamente como cumprimento ou conformidade. Em um sentido amplo, o *compliance* pode estar relacionado tanto ao cumprimento pelos regulados das normas

⁷ A governança corporativa é um termo que abarca uma gama variada de conceitos, a depender da visão sobre o propósito das companhias e da definição de suas responsabilidades perante a sociedade. O conceito mais usual de governança corporativa é aquele utilizado pelo Relatório Cadbury (1992), segundo o qual ela corresponde ao sistema pelo qual as companhias são controladas e dirigidas. Nas perspectivas mais modernas, a governança corporativa estuda o sistema de gestão e controle das sociedades, dedicando-se à análise do relacionamento dos diversos sujeitos (stakeholders) e a gestão dos conflitos de interesse nelas surgidos (OLIVEIRA, 2017).

⁸ A esse respeito, Ulrich Sieber (2013) aponta que os termos “*Compliance Programs*”, “*Risk Management*”, “*Value Management*” e “*Corporate Governance*”, assim como “*Business ethics*”, “*Integrity Codes*”, “*Codes of Conduct*” e “*Corporate Social Responsibility*” descrevem novos conceitos da gestão empresarial, embora não se possa estabelecer uma diferenciação precisa e clara entre eles (SIEBER, 2013, pp. 65-66).

legais e regulatórias⁹, quanto das normas internas da empresa e dos padrões de comportamento éticos-sociais esperados (NIETO MARTÍN, 2013b; CUEVA, 2018; ARANHA, 2018a). Em sentido estrito, faz referência exclusiva ao comprimento normativo legal pertinente (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

O termo, além de designar o próprio fenômeno de controle, também pode ser empregado para se referir aos programas de *compliance*. Na lição de Ana Frazão:

Compliance diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações ou, já tendo ocorrido o ilícito, propiciar o imediato retorno ao contexto de normalidade e legalidade (FRAZÃO, 2017a, p. 18).

Eugene Soltes (2018, pp. 974-975) compartilha desta percepção, ressaltando que os objetivos dos programas de *compliance* são consistentes com a evitação e detecção da conduta imprópria, assim como, o alinhamento das atividades corporativas à regulamentação, compreendendo várias iniciativas de conformidade a serem realizadas no apoio desses objetivos.

Leandro Sarcedo (2016) destaca como funções do *compliance* a mitigação de riscos legais e regulatórios ou mesmo relacionados à proteção da imagem e da reputação da empresa, de modo a evitar perdas materiais ou imateriais. Outrossim, serve à conscientização dos gestores, empregados e colaboradores a respeito dos deveres e obrigações, com o escopo de prevenir os riscos existentes (*compliance risk*) e de distribuir as responsabilidades de vigilância entre os indivíduos ao longo das atividades.

Portanto, os programas de *compliance* podem ser sintetizados como instrumentos manejados pelas organizações para o atendimento das normas vigentes e das expectativas de comportamento pró-social, operacionalizados pela instituição de ações, mecanismos e diretrizes de prevenção, controle e correção de condutas no ambiente interno.

Porém, é preciso notar que os sistemas de *compliance* apenas representam uma pequena estrutura interna dentro de uma esfera organizacional mais ampla (PARKER e GILAD, 2011). Juntamente com a governança corporativa e com o gerenciamento de riscos, o *compliance* constitui uma ferramenta essencial de controle interno¹⁰ das corporações e das organizações complexas, mas não se resume a ele (MILLER, 2014).

⁹ Para Pardini (2017), o *compliance* deve ser tratado mais como uma atitude de comprometimento com o atendimento de regras internas e externas, partilhadas por todos dentro de uma empresa, que propriamente como uma atividade ou um departamento.

¹⁰ O COSO (2013) define o controle interno como um processo efetuado pela direção da empresa, administradores e outras pessoas, estabelecido com o propósito de assegurar o atingimento dos objetivos relacionados com às operações,

Embora a ideia de controle seja imanente aos programas de *compliance*, o seu fim último é servir à afirmação de valores favoráveis atuação ética¹¹ da empresa, cuja atuação se faz nos limites entabulados pela legislação, como se pessoa natural fosse. Desse modo, espera-se que as empresas, a partir de iniciativas de *compliance*, levem em consideração o impacto de suas ações sobre a sociedade geral e o meio-ambiente visando ao bem-comum.

Não obstante as suas funções preventivas, os programas de *compliance* não representam uma garantia contra os desvios de condutas e as crises gestadas no interior da corporação, mas podem minimizar as possibilidades de ocorrência dos ilícitos, e uma vez ocorridos, criam ferramentas para sua rápida identificação, estabelecendo como a empresa lidará com os problemas por ela enfrentados (SCHERTEL MENDES; CARVALHO, 2017).

Sob a ótica da organização empresarial, a semântica do *compliance* se constrói a partir da leitura feita pela empresa das obrigações e das expectativas a que visa atender, não necessariamente atreladas a uma imposição legal. Caberá, portanto, aos programas de *compliance* indicar o modo como as organizações irão atender as obrigações por elas reconhecidas como uma política de *compliance* (MILLER, 2014).

Assim, a partir do conteúdo e finalidade dos programas de *compliance*, é possível visualizar a faceta de autorregulação, porquanto caberá às próprias empresas a organização e a definição dos instrumentos, procedimentos e das normas norteadores do cumprimento dos deveres e dos padrões de conduta, incorporando-se para tal fim, as estratégias de afirmação dos valores organizacionais, prevenção, identificação e punição de ilícitos.

Por isso, acertadamente, Ulrich Sieber (2013, p. 65) enxerga no *compliance* um verdadeiro processo de privatização da prevenção do delito e do controle da criminalidade econômica, por meio de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada¹²”. De

relatórios financeiros e *compliance*. Abrange o controle do ambiente, avaliação de riscos, informação e comunicação e o monitoramento de atividades.

¹¹ Para os fins deste trabalho, a ética corporativa é compreendida como a conduta que obedece aos comandos implícitos e explícitos compartilhados na vida em sociedade, levando-se em consideração os interesses de todas as partes interessadas que se relacionam com a empresa. Tal conceito é compartilhado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, para quem (...) *uma deliberação ética é aquela que considera, em todo processo de tomada de decisão, tanto a identidade da organização quanto os impactos das decisões sobre o conjunto de suas partes interessadas, a sociedade em geral e o meio ambiente, visando o bem comum* (IBGC, 2015, p. 17)

¹² A autorregulação regulada é uma expressão que se identifica com a ideia de regulação responsiva desenvolvida por Ayres e Braithwaite (1992), correspondendo à tradução da expressão *enforced self-regulation*. Ela se encontra no ponto intermediário da ilustrativa pirâmide da teoria responsiva da regulação e reflete uma estratégia na qual os agentes são compelidos a normatizarem um plano de atuação de acordo com as peculiaridades e interesses da firma, mediante sua

fato, o tema do *compliance* precisa ser posicionado no contexto contemporâneo de regulação¹³, em que as ênfases são deslocadas para a capacidade de autorregulação dos entes privados e para as estratégias de controle indireto do comportamento¹⁴, distintas daquelas preconizadas pelos modelos de comando e controle¹⁵.

Portanto, a introdução do dever de *compliance* em face das empresas, corporificada nos programas de conformidade, são manifestações claras de um processo que convoca os regulados a idealizarem as políticas de gestão corporativa conectadas aos diversos tipos de conformidade nas searas criminais, regulatória, ética e sociais, transferindo-lhes, por conseguinte, os deveres de autovigilância e os custos de *enforcement*, sob a observação atenta do Estado.

A percepção é a de que o autopolicimento seria um método que otimizaria a regulação, por requerer das empresas um papel mais ativo na garantia do *compliance*, melhorando a efetividade da regulação e a alocação de recursos dos reguladores¹⁶ (RILEY; SOKOL, 2015, p. 29). Por isso, Ana Frazão (2017b, pp. 47-48) percebe a essencialidade da autorregulação para a construção de uma cultura de respeito à legalidade e à ética, em um cenário em que os incentivos deixam de ser externos e impostos pelo Estado para se tornarem internos e desenvolvidos pela sociedade.

Por esse viés, o *compliance* consolida o espaço para a regulação apoiada em normas e pressões sociais, em que a conformidade é também obtida a partir da modulação do ambiente pelo regulador e do aproveitamento das sinergias advindas dos próprios agentes regulados e da sociedade¹⁷.

ratificação pelo regulador (AYRES E BRAITHWAITE, 1992, pp. 101-116). Ver ainda: BRAITHWAITE, 2002; BRAITHWAITE 2006; BRAITHWAITE, 2008 e BRAITHWAITE 2011b.

¹³ Sobre o novo paradigma regulatório, ver BRAITHWAITE, 2000; MAJONE, 1997.

¹⁴ Estratégias regulatórias são mais que tecnologias regulatórias, pois possuem a função de integração de instrumentos/técnicas regulatórias à procura de influenciar o comportamento social. Elas são dotadas de uma ordem sistêmica, que reúnem um esforço de modelagem, mediante integração de instrumentos e técnicas em uma apresentação inovadora (ARANHA; LOPES, 2019, p. 15-17).

¹⁵ A abordagem regulatória de comando e controle parte do pressuposto de suficiência da ameaça de sanções aflitivas para o realinhamento da conduta particular, e, em especial, dos interesses empresariais rumo ao interesse público ou aos interesses de toda a sociedade. Portanto, tal modelo está calcado na suposição de que o sistema jurídico se manifesta por intermédio de atos coercitivos extrínsecos, se aproximando em alguma medida das premissas do positivismo jurídico (ARANHA, 2018a, pp. 442-443).

¹⁶ Para William Laufer (2017a) as estratégias de regulação baseadas em cooperação nunca foram sobre realmente compartilhar as responsabilidades de *enforcement* e os custos do crime corporativo, mas sim vencer o desafio quase insuperável de obter acesso às evidências de culpa de transgressões corporativas, mediante a transferência do peso e dos custos de policiamento para os regulados.

¹⁷ De modo bastante interessante Márcio Iorio Aranha (2018a, pp. 441-449) visualiza no *compliance* social uma certa semelhança com as ideias inerentes ao jusnaturalismo, porque parte-se da compreensão de que a conformidade poderá ser atingida não apenas pela suficiência da coerção extrínseca, mas pelo apoio dos sistemas de coerção internamente desenvolvidos nas esferas sociais.

Nesse cenário, cabe à regulação estatal a modelação do contexto regulado, mormente por meio de incentivos e sanções¹⁸, tirando proveito das pressões geradas pelos *stakeholders* sobre as atividades empresariais, em uma espécie de galvanização da conformidade.

Sem embargo disso, desafios tremendos repousam na contenção do poder corporativo¹⁹ e no estabelecimento da justa medida de articulação da regulação estatal com a autorregulação, mormente diante da ausência de parâmetros objetivos no campo de incentivos e de critérios que busquem avaliar cientificamente à efetividade dos programas de *compliance*.

Destarte, emergem as incertezas quanto à capacidade da regulação estatal, compreendida em seu sentido amplo, de estabelecer um ambiente ótimo rumo à conformidade. Por outro lado, ante aos imensos custos relacionados, é preciso realmente medir e avaliar as prescrições sobre o *compliance*, mormente, diante da dificuldade de traslado concreto dos objetivos pró-sociais nos contextos específicos das empresas e da complexidade atrelada às miríades de explicações para a conformidade ou para a criminalidade econômica.

1.2 BREVE CRÍTICA À ARQUITETURA BRASILEIRA DE INCETIVOS AO COMPLIANCE NA LEI ANTICORRUPÇÃO

Embora iniciada com a Lei contra o Crime de Lavagem de Capitais²⁰ e ampliada nas searas do Direito Antitruste²¹, a tendência de expansão do *compliance* no Brasil se

¹⁸ Para Ana Frazão (2017a), a extensão e a eficácia da autorregulação dependem necessariamente da heterorregulação ou regulação tradicional no sentido de estimular, incentivar, legitimar e conferir segurança para que os agentes econômicos tomem medidas são normalmente custosas e trabalhosas, ainda que possam lhe ser benéficas.

¹⁹ Segundo William Laufer (2016, p. 15-16), o poder corporativo pode ser enganosamente forte em sistemas cooperativos, pois as empresas costumam manter uma vasta gama de informação, incomparáveis recursos para gerir os riscos e podem sempre recorrer aos limites da forma corporativa quando os esforços proativos e reativos falharem no encobrimento de ilegalidades e atos antiéticos.

²⁰ Oficialmente o conceito de *compliance* passou a ter relevância jurídico-penal com o vigor da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998 e da Resolução do Banco Central nº 2.554, de 24 de setembro de 1998. Desde então, as instituições financeiras e as empresas de capital aberto passaram a ter o dever de colaborar com as investigações de lavagem de dinheiro e de criar sistemas de controles internos para a prevenção da prática de corrupção, lavagem de capital e outras condutas capazes de ameaçar o sistema financeiro (SAAVEDRA, 2012, p. 22). Para aprofundar a questão, ver: CARDOSO, 2013, Saad-Diniz (2013).

²¹ Antes mesmo antes da edição da Lei Anticorrupção, já existiam iniciativas em prol do *compliance* empresarial no âmbito do tratamento das infrações à ordem econômica. Ainda sob a égide da Lei nº 8.884, de 1994, a extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça havia editado a Portaria nº 14/2004, passando a estabelecer diretrizes gerais para a elaboração de Programas de Prevenção de Infrações

consolidou com a Lei nº 12.846, de 2013, denominada Lei da Empresa Limpa ou Lei Anticorrupção. A partir dela, uma profusão de normas se seguiu no âmbito do *compliance* no Brasil²², razão pela qual as considerações críticas acerca da estrutura de incentivos se darão em relação a tal instrumento legislativo.

A Lei Anticorrupção teve como um dos principais objetivos suprir uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, impondo o regime responsabilização objetiva civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção²³, de modo a atender as prescrições transnacionais já previstas nas Convenções da ONU (2003, art. 26), da OCDE (1997, art. 2º e 3º, §2º) e de Palermo (2000, art. 10)²⁴.

Assim, a Lei nº 12.846, de 2013, amolda-se à nova estratégia de enfrentamento da criminalidade corporativa, a qual, sob a égide da formação de um direito regulatório global, transfere as incumbências de prevenção da criminalidade econômica para as próprias empresas (NIETO MARTÍN, 2013b, p. 23). O modelo então adotado é fortemente inspirado pelo *Foreign Corrupt Practices Act - FCPA* e pela *UK Bribery Act*, pondo em marcha um sistema policial interno com a finalidade de impedir, detectar e punir os delitos econômicos pelas empresas (NIETO MARTÍN, 2013a, p. 201 e DE CARLI, 2016, p. 131).

As penalidades previstas na Lei Anticorrupção compreendem desde multas pecuniárias à extinção compulsória da pessoa jurídica. Na esfera administrativa, existe a possibilidade de aplicação de multa e da sanção de publicação extraordinária da decisão condenatória, passível de aplicação isolada ou cumulada. Já no âmbito da

à Ordem Econômica (PPI) (OLIVA; SILVA, 2018, p. 36). É inegável a contribuição do Direito Antitruste para o *compliance*. Desde a publicação das diretrizes de *compliance concorrencial* pelo CADE de 2016, o órgão concorrencial assinou 23 termos de compromisso de cessação de condutas (TCC) com companhias que se obrigaram a implementar os programas de *compliance ex-post*. Outrossim, o Guia do CADE é expresso ao afirmar que mera existência dos programas de *compliance* não é suficiente para reduzir as sanções administrativas aplicadas. A despeito disso, o Conselho tende a levar em consideração a existência dos aludidos programas como um sinal de boa fé da empresa, sob o critério fornecido pelo inciso II do art. 45 da Lei nº 12.529, de 2011 (FERNANDES, 2019).

²² Como atos normativos ilustrativos podem ser citados: a Lei nº 13.303, de 2016 (Lei das Estatais); Instrução CVM nº 586, de 2017; Instrução CVM nº 583, de 2017; e, o Regulamento para as companhias listadas no Novo Mercado B3, de 02 de fevereiro de 2018.

²³ A responsabilidade individual, notadamente nos países de *civil law*, é basilar ao Direito Penal. Por isso, muitos países optaram por não prever a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, limitando-a ao âmbito administrativo, embora muito mais em termos de rótulos (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

²⁴ A Convenção da OCDE sobre a corrupção de funcionários públicos estrangeiros (art. 8) e a Convenção sobre a corrupção das Nações Unidas (art. 12) propuseram o estabelecimento de adoção de medidas de prevenção da corrupção ao setor privado. A última convenção recomendou aos países, inclusive, a previsão de sanções civis, administrativas e penais em caso de descumprimento das medidas pelas empresas (NIETO MARTÍN, 2013). As normas internacionais não determinaram a esfera na qual deveria se dar a responsabilização (civil, administrativa ou penal), apenas requereram que as sanções aplicadas às empresas sejam efetivas, proporcionais e dissuasivas (DE CARLI, 2016, p. 140).

responsabilização judicial, as sanções compreendem o perdimento dos bens, de direitos ou valores; a suspensão ou interdição parcial de suas atividades; a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Ademais, a sentença condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo ilícito.

Nesse sentido, é notável o alargamento da possibilidade responsabilização da pessoa jurídica, criando um reforço do dever de vigilância no ambiente corporativo. Daí porque a nova legislação representa um novo do risco regulatório para as empresas, sendo os programas de *compliance* uma resposta a esse risco (BRAGA; NÓBREGA, 2016).

Além disso, considerando-se a possibilidade de aplicação da sanção de dissolução compulsória, a adoção de instrumentos de controle e de inibição de ilícitos passa a ser uma questão de “vida ou morte” para a empresa, mormente quando o grau de exposição às oportunidades para a prática de atos lesivos for elevado (LACERDA, 2019, p. 114).

A Lei nº 12.846, de 2013, não impôs a adoção dos programas de *compliance*, limitando-se a enunciar a possibilidade de sua utilização como critério para mitigação das penalidades a serem aplicadas. Conforme o inciso VIII do art. 7º da Lei Anticorrupção, a existência de mecanismos e de 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 serão levados em consideração na aplicação das sanções.

Dada a opacidade da Lei Anticorrupção em relação à estrutura de incentivos aos programas de *compliance* (sob a denominação programas de integridade), coube ao Decreto nº 8.420, de 2015 fixá-la, sob as influências do modelo de incentivo adotado na *U.S sentencing guidelines* de 1991²⁵. O inciso V do art. 18 da norma regulamentar estabeleceu a possibilidade de redução de um a quatro por cento da sanção a ser aplicada, enquanto que o inciso IV do artigo 37 comanda a inserção de cláusula obrigatória sobre os programas de integridade para celebração dos acordos de leniência.

Não deixa de ser criticável a timidez do legislador no campo dos incentivos ao *compliance*, limitando-os à atenuação das penalidades aplicadas. Isso porque o grau de

²⁵ Segundo Ana Frazão e Rafaela Martinez Medeiros (2018, p. 93), as diretrizes americanas instituem o chamado “*culpability score*”, introduzindo uma espécie de graduação das sanções por pontos, pela atribuição de peso às atenuantes e às agravantes. Assim, com o propósito de estabelecer a dosimetria, o *compliance* figura como elemento atenuante da responsabilidade.

empenho ou de esforço imposto na implementação dos programas de *compliance* não importará para fins de imputação da responsabilidade das empresas, servindo no máximo à mitigação das penas aplicadas.

Aos menos nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, havendo a detecção de ilícitos praticados em benefício da empresa, haverá a punibilidade²⁶. Inclusive, o Manual Prático da CGU (2018, p. 15-18) é claro quanto à possibilidade de a comissão processante poder dispensar a avaliação do programa de *compliance* em situações que ele não detenha condições de afetar o valor da multa, recomendando-se que a comissão realize a análise de incidência dos art. 17 e 18 do Decreto nº 8.420, de 2015, antes de verificar o efeito do programa de integridade na dosimetria.

Isso quer dizer que, em muitas situações, a qualidade dos procedimentos adotados pelas empresas não influenciará de modo significativo na determinação de sua culpabilidade e responsabilidade, e às vezes, sequer os programas serão avaliados. Por outro lado, a imputação automática de responsabilidade, sem a possibilidade de sua exclusão sob a ótica de programas de *compliance* efetivos, justifica uma racionalidade pouco favorável ao real comprometimento da gestão com a destinação de recursos compatíveis para os programas de *compliance*.

Na verdade, se os programas forem robustos, a tendência é a identificação de condutas ilícitas, criando maiores chances de detecção e punição para as empresas que invistam em *compliance*. Sob esse prisma, pode ser mais racional criar programas de fachada ou cosméticos. Assim, o *compliance* acaba por servir de fundamentação da responsabilidade da pessoa jurídica no âmbito punitivo, podendo se converter em uma armadilha²⁷, ao invés de servir como um instrumento de aglutinação de sinergias entre a regulação estatal e da autorregulação.

Não obstante se reconheça a miríade de motivações, aspectos culturais e institucionais que possam interferir no processo de *compliance*, não se pode ignorar o quão importante é a estruturação de incentivos para o alcance de sistemas de

²⁶ A solução adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro acolhe claramente o sistema da *vicarius liability* ou da heteroresponsabilidade (FRAZÃO, 2017b, p. 30). Desse modo, apenas se exige comprovação da prática do ato ilícito e que o ato praticado pelos administradores ou empregados possa beneficiar a pessoa jurídica. No entanto, tal opção pelo sistema vicarial apresenta repercussões negativas de índole constitucionais, sendo necessária a construção de parâmetros para a culpabilidade da pessoa jurídica, a partir de seus próprios atos. Sobre o ponto, ver OSÓRIO, 2019, p. 368.

²⁷ O desenvolvimento do *compliance* parece implicar um paradoxo. Apesar de o seu objetivo ser de prevenção de responsabilização penal, a sua concretização, ao invés de diminuir as chances de responsabilização, cria as condições para que dentro da empresa se verifique uma cadeia de responsabilização, pois a forma com a qual os *compliance officers* têm sido constituídos, acabam por coloca-los em uma posição de garante (SARCEDO, 2016, p.61).

conformidade robustos e efetivos. Portanto, em virtude de tais aspectos, é criticável o tratamento dos incentivos na Lei Anticorrupção, com o potencial para prejudicar a efetividade dos programas de *compliance*.

1.3 BLOCOS ESTRUTURAIS: DESAFIOS E RISCOS ATRELADOS AOS PROGRAMAS DE EFETIVIDADE

Analisar os aspectos estruturantes do *compliance* empresarial é essencial para compreender as fragilidades relacionadas a sua formatação e efetividade. Nesse sentido, para fins didáticos, propõe-se a organização do tema por meio de blocos estruturais do *compliance*, os quais são extraídos a partir do conteúdo e das diretrizes mínimas evidenciadas principalmente pelo Decreto 8.420/2015, por sua vez, bastante influenciado pelos padrões internacionais²⁸.

No Brasil, o *compliance* empresarial vem se estruturando basicamente em torno de quatro blocos principais, formados a partir dos 16 parâmetros de efetividade²⁹ estabelecidos nos incisos do art. 42 do Decreto 8.420/2015: (i) organizacional; (ii) infraestruturas de prevenção, relacionadas às regras e aos instrumentos internos de difusão da ética; e (iii) vigilância interna e (iv) monitoramento. No entanto, é preciso alertar que a divisão em questão de maneira alguma é feita de forma a segregar os temas, porque se reconhece que todos os blocos apresentam características muitas vezes sobrepostas e que interagem de forma recíproca.

Na sistematização proposta, os incisos I (comprometimento da alta administração) e IX (autonomia e independências das instâncias de *compliance*) se relacionam diretamente com a capacidade organizacional. Assim, o exame do bloco organizacional se faz pela análise dos arranjos estruturais dos órgãos societários e da gestão, das regras de governança corporativa estabelecidas, da formatação dos processos decisórios, da cultura organizacional, com grande impacto nas balizas para os programas de conformidade.

Por sua vez, os incisos II ao IIV contemplam as regras, políticas e os instrumentos internos vocacionados à prevenção, os quais se buscam um bom desenho e

²⁸ Ver: OECD; UNODC; World Bank, 2013; REINO UNIDO, 2011 e U.S., 1991.

²⁹ Em virtude da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.650 – DF pelo STF, o parâmetro relacionado à transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos não tem mais aplicação, ante a proibição da prática de doações para candidatos e partidos políticos por pessoas jurídicas.

implementação das ações de *compliance*, mormente no campo da disseminação da ética corporativa, e, portanto, aludem às infraestruturas preventivas. Já os incisos VIII ao XIV estão mais atrelados à temática da vigilância interna, desdobrada no poder monitorar e disciplinar empregados e colaboradores.

O inciso XV diz respeito ao monitoramento contínuo do programa de integridade, requerendo a introdução de mecanismos de autoavaliação da efetividade das políticas adotadas. Trata-se de um aspecto ainda em franca evolução no Brasil, compartilhando das mesmas problemáticas relacionadas à avaliação externa dos programas. Nesse sentido, o ponto do monitoramento será analisado no tópico 1.4, dedicado à avaliação de efetividade dos programas. Os outros três blocos serão trabalhados a seguir.

1.3.1 Bloco Organizacional

Desde já, deve ser destacada a centralidade do bloco organizacional para o desenvolvimento deste trabalho. Em primeiro lugar, ele é bastante relacionado à temática do interesse social. Conforme será aprofundado, em última instância, interesse social é responsável por direcionar os propósitos das firmas, e, por conseguinte, os próprios limites de alcance dos programas de *compliance*, inclusive com reflexo nas outras infraestruturas. Outrossim, considerando-se a interlocução da esfera organizativa com os aspectos que justificam as racionalidades (ou irracionalidades) dos administradores e executivos para o cometimento de crimes, é também em relação a tal bloco que as contribuições da criminologia econômica serão mais incisivas.

a) Do comprometimento da alta administração

Existe uma voz quase uníssona quanto à importância do comprometimento explícito da alta direção da empresa para um funcionamento eficaz dos programas de *compliance*³⁰. Parte-se da compreensão de que, em primeiro lugar, o apoio dos dirigentes e o seu comprometimento público influenciam o estabelecimento das normas e dos valores pelos quais a empresa se pauta (CARLI, 216, p. 226).

³⁰ Ver: OECD; UNODC; World Bank, 2013.

O envolvimento da alta direção compreende a atuação dos proprietários, diretores executivos, conselho de administração ou órgão equivalente e lhes exige o dever de prevenção da corrupção (e de todas as demais infrações) como responsabilidade própria (OSÓRIO, 2018, p. 351). Por isso, os membros da alta direção devem participar da implementação e da supervisão dos programas, endossando publicamente o seu apoio e divulgando-os periodicamente (CGU, 2018, pp. 34-35). É o que se convém resumir na expressão “*tone from the top*”.

O pilar do comprometimento da alta administração permite o direcionamento de recursos necessários ao *compliance*, com a finalidade de possibilitar o funcionamento adequado e a tomada das providências para prevenir, detectar e remediar os atos não conformes (SIMONSEN, 2018, p. 112). Assim, a credibilidade dos programas de *compliance* apenas é garantida com o suporte da alta administração, pois em uma organização com uma forte cultura de *compliance*, os indivíduos serão encorajados ao reporte dos desvios de conduta (RILEY; SOKOL, 2015, p. 32 e SIMONSEN, 2018, p. 112).

Desse modo, é importante que a alta direção contribua para dotar a empresa de capacidade organizacional para a atuação ética, fornecendo a infraestrutura adequada para os programas de *compliance* e estruturando os incentivos para sua aderência³¹.

É preciso que a administração imponha um tom de comprometimento para combater atitudes que não contribuam para a consolidação dos valores éticos. O objetivo ora preconizado não é o manejo de políticas ostensivas e aflitivas de controle e punição, mas sim de estímulo e de confiança na possibilidade de difusão dos valores éticos nos processos de decisão, indicando a importância do agir ético na condução das atividades empresariais ordinárias³².

De fato, o comportamento da alta administração em sintonia com os padrões éticos sustentados pela organização reforça a mensagem de conformidade. Por outro lado, tais

³¹ Também incube à alta administração o desenvolvimento de mecanismos para engajamento dos empregados com o comportamento ético, sendo possível a utilização de mecanismos intrínsecos de motivação. A esse respeito, Riley e Sokol (2015, p. 42) chamam a atenção para os riscos advindos de uma motivação extrínseca. Se os funcionários receberem bônus com base em determinadas métricas de rentabilidade (e particularmente métricas de rentabilidade relacionadas ao desempenho de uma unidade de negócios individual, e não ao grupo corporativo como um todo), isso poderá incentivar os funcionários a buscarem o seu atendimento empreendendo ações que se façam necessárias, incluindo o envolvimento em atos ilegais (anticompetitivos).

³² Em pesquisa conduzida por Kaptein (2011), confirmou-se a capacidade de influência do comprometimento com os valores éticos na diminuição da prática de atos antiéticos. No mesmo estudo, foi verificado que a dimensão do reforço (*reinforcement of ethical behavior*) também influi no comportamento, seja pela punição de quem atue de modo incorreto, seja pela premiação de quem age corretamente. Por outro lado, a tolerância ou encorajamento de comportamentos antiéticos, cria uma impressão entre os infratores de que o comportamento desviante não será punido ou até mesmo incentivado.

padrões podem ser eliminados quando os gerentes e supervisores se comunicam com seus funcionários de forma contraditória ou por meio de sinalizações inconsistentes (KAPTEIN, 2011, p. 848).

Tal ponto é comumente analisado pela criminologia econômica, que aponta para a nocividade de aprovação de políticas corporativa muitas vezes agressivas, sem maiores preocupações dos administradores com os meios que serão adotados pelos empregados para o atendimento dos objetivos econômicos. Nesse passo, a arquitetura complexa da empresa enquanto organização deve ser levada em consideração, porque ela favorece o isolamento moral dos executivos e a literal irresponsabilidade em relação aos crimes cometidos, dificultando a disseminação da ética e das políticas de conformidade³³.

Por isso, ao mesmo tempo em que a alta administração está no coração da efetividade das políticas de conformidade no ambiente interno, ela é também grande parte do problema³⁴. As políticas corporativas aprovadas, as decisões gerenciais e as práticas adotadas pela classe executiva formam grande parte da identidade e da cultura organizacional, e, por isso, detém o potencial de viciar toda a estrutura do *compliance*.

b) Autonomia e independência do setor de compliance

Normalmente, nos programas de *compliance* são criadas estruturas com foco na coordenação de responsabilidades de prevenção, assessoramento e supervisão. Nesse contexto, a prescrição é a criação de unidades que detenham um nível elevado hierárquico e que sejam funcionalmente independentes. Assim, para que as pessoas jurídicas possam mitigar o risco de responsabilidade objetiva por atos de terceiros, necessitam contar com uma estrutura interna dotada de independência, capacidade operacional e autoridade (OSÓRIO, 2018, p. 339).

A identidade do centro de atribuições encarregado das funções de *compliance* irá depender da estrutura e da organização da companhia. Em algumas estruturas, a área jurídica assume a responsabilidade diretamente. Em outras, as funções são estabelecidas no departamento financeiro, dado o papel chave assumido pelas auditorias. Por outro

³³ Ver Capítulo 3, tópico 3.2; 3.3 e 3.3.1.

³⁴ Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 172), critica a visão tradicional de que o *tone at the top* seja a solução para o comportamento antiético, pois na verdade ele é parte do problema. Segundo ele, “o *tone at the top* acaba criando justificativas para a criação de uma elite profissional centrada na figura do líder (*leader-centric*) e no exagero da exemplaridade moral de suas decisões. O “*super líder*” pode viciar toda a tecnologia de *compliance*, desviando a objetividade de sua gestão científica, com base em um injustificado subjetivismo decisório (SAAD-DINIZ, 2019a, pp. 172-173).

lado, cada vez mais se expande a atribuição das competências para os chefes das unidades de ética e de *compliance* (*compliance officers*), subordinados diretamente à alta administração (RILEY; SOKOL, 2015, p. 36).

Conforme esclarece Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 176), com o objetivo de evitar o engessamento e a projeção de estruturas viciadas, o departamento de *compliance* deve incorporar os novos modelos de lideranças, mobilidades internas e externas de seus funcionários e engajamento dos *stakeholders*. Além disso, a sua atuação deve ser submetida a revisão externa e periódica, buscando a respectiva validação científica em relação à consecução dos objetivos propostos.

Mateo Bermejo e Omar Palermo (2013, pp. 182-183), desdobram as atribuições das unidades de *compliance* em três etapas: (i) a primeira delas respeita ao desenho do programa por parte da unidade de *compliance*, sob a aprovação da direção da empresa, segundo os *standards* impostos pela legislação setorial, devendo abarcar a identificação, o controle, o reporte dos riscos implicados na produção; (ii) a segunda etapa é implementação, consistindo no dever de realizar o programa desenhado, assegurando a sua aplicação e difusão em toda organização; a terceira etapa é desempenhada pelo exercício do controle interno em sentido estrito por parte do *compliance officer*.

Portanto, a partir de tais parâmetros, verifica-se que as estruturas de *compliance* precisam estar dotadas de competência para: a) a imposição de medidas disciplinares; b) o manejo de procedimentos para garantir a pronta interrupção de irregularidades e a remediação das condutas; c) a realização de diligências prévias à contratação e a supervisão sob terceiros; d) a verificação da existência de vulnerabilidades em caso de fusões, aquisições e reestruturações societárias; e) o monitoramento e aperfeiçoamento contínuo do programa de integridade (OSÓRIO, 2018, p. 339).

Para avaliação dos programas de integridade, o Manual Prático da CGU (2018) orienta que sejam analisados: existência de dedicação exclusiva de equipe ou da pessoa que se dedique ao *compliance*, garantias para o funcionamento efetivo da área responsável; análise da posição hierárquica da área responsável e a quem ela se reporta; e; área responsável pelo monitoramento da aplicação do programa de integridade.

Não obstante a reconhecida importância dessa estrutura, no Brasil, segundo pesquisa da KPMG, constatou-se que 27% das empresas não possuem estruturas dedicadas para o *compliance*; 36% não possuem recursos adequados e 23% afirmam não possuir autonomia e independência. Ademais, a falta de formação específica em *compliance* por parte dos membros de departamento também é crítica, não somente sobre

a tecnologia básica do programa, mas relação às métricas, às possibilidades de inovação e ao domínio referencial ético ao comportamento pró-social (SAAD-DINIZ, 2019a, p. 178).

Nesse contexto, percebem-se os imensos desafios a que estão sujeitas as unidades de *compliance* no país, principalmente notabilizados na complexidade em si das suas competências e do próprio risco de responsabilização em caso de falhas dos programas de conformidade. A carência de recursos e de conhecimento científico adequado para o desempenho de suas funções representam obstáculos importantes à boa condução do *compliance* no bloco organizacional.

1.3.2 Bloco de infraestruturas de prevenção: regras e instrumentos internos preventivos e suas limitações

a) Da avaliação e gestão de riscos: multiplicidade institucional e vieses cognitivos

A primeira medida apontada como necessária à implementação dos programas de *compliance* diz respeito à identificação, compreensão e avaliação dos riscos³⁵ aos quais a empresa se sujeita, levando-se em consideração aspectos específicos, como o porte, o ramo da atividade e a base territorial. Desse modo, são analisados os riscos legais e de reputação atrelados à ocorrência de ilícitos (DE CARLI, 2016, pp. 221-222).

Em sentido semelhante, García Caveró (2016, p. 231) explica que antes de serem idealizados os procedimentos empresariais internos, será necessário proceder à gestão de riscos em três passos³⁶: a identificação dos riscos usuais derivados da atividade concretamente realizada (*risk assessment*); a definição da atuação frente aos riscos mapeados (*risk management*) e a instauração dentro da empresa de uma estrutura própria para administração dos riscos detectados.

A partir do mapeamento dos riscos, são estabelecidas as regras, políticas e procedimentos, com o fim de prevenção, detecção e remediação da ocorrência de irregularidades. Assim, a idoneidade preventiva de tais medidas será estabelecida em

³⁵ A análise de risco da atividade empresarial deve ser compreendida no contexto de uma sociedade de risco. De acordo com a percepção de Beck Ulrich (1992), o crescimento das opções tecnológicas trouxe consigo a incalculabilidade de suas consequências. Assim, o risco pode ser definido como uma forma sistemática de lidar com os danos e inseguranças introduzidas pela modernização. Na sociedade de risco, o desconhecido e suas consequências atreladas se tornaram uma força dominante na história (BECK, 1992). Por sua vez, John Braithwaite (2000) faz referência a importância de tal percepção para o desenvolvimento do Estado Regulatório, em que se desenvolvem as novas técnicas de regulação do comportamento, como a governança corporativa e o *compliance*.

³⁶ A explicação que o autor faz diz respeito à prevenção de infrações relacionadas aos atos de corrupção, porém, a avaliação se aplica para a evitação de riscos internos e externos, consoante se verá ao logo deste tópico.

função da capacidade de eliminação dos fatores que originam as infrações (GARCÍA CAVERO, 2016, p. 236).

Assim, o *compliance* dependerá de uma avaliação sobre as características dos mercados onde a pessoa jurídica atue; a cultura local; o nível de submissão à regulação estatal; o histórico de infrações; a frequência da participação em licitações e o número de contratos administrativos firmados; e o impacto de eventuais atos lesivos em suas operações (CGU, 2018, p. 43).

Destarte, a depender do setor onde a empresa atue ou do grau de concentração do mercado, as preocupações concorrenciais podem ser elevadas, ante os riscos de envolvimento com atos de colusão ou da prática de atos unilaterais. Do mesmo modo, o maior grau de envolvimento com o poder público, requer um cuidado redobrado com a prevenção de atos de corrupção³⁷ (FRAZÃO; MARTINEZ MEDEIROS, 2018, p. 96).

Assim, a avaliação de risco serve para medir o nível de detecção do comportamento socialmente danoso e determinar o âmbito de sua responsabilidade, atendendo a determinados padrões como a fixação do objeto, identificação de possíveis infrações, probabilidade do risco, avaliação, tratamento e revisão dos riscos e até mesmo a produção do mapa de riscos (SAAD-DINIZ, 2019a).

A NBR ISO 31000:2018 parte do pressuposto de que a gestão de riscos³⁸ requer uma análise integrada, personalizada e dinâmica de todas as atividades empresariais, por meio de uma abordagem estruturada e abrangente dos riscos. Para tanto, preconiza o envolvimento apropriado e oportuno das diversas partes interessadas, para permitir a consideração dos vários pontos de vista e percepções, devendo a análise ser inclusiva. Além disso, a gestão de riscos deve se basear em informações históricas e atuais, para além de abarcar expectativas futuras, tendo-se em conta as limitações e incertezas a elas inerentes, como por exemplo as influências do comportamento humano e da cultura³⁹.

Destarte, a avaliação e o gerenciamento de riscos devem considerar os aspectos internos e externos, atentando-se para a interação deles com a identidade organizacional,

³⁷ Assim, análise de conjuntura do mercado e do grau de aproximação do setor público é um importante vetor no balanceamento de riscos, porque quanto menor for a competitividade e maiores as barreiras de entrada (inclusive fomentadas pelos processos de obtenção de autorizações e licença), maior a oportunidade de ganhos (*economic rent*) para agentes públicos e privados a partir de fraudes e atos de colusão (*rent-seeking*) (LEWIS, 2014).

³⁸ Segundo a ABNT NBR ISO 31000, o risco é o efeito da incerteza sobre o alcance dos objetivos empresariais, sendo que o efeito é o desvio (positivo ou negativo) em relação ao esperado.

³⁹ Nesse ponto, o Guia do CADE (2016, p. 21) oferece sugestões para a identificação dos riscos, como: (i) entrevistas com funcionários, (ii) visitas às unidades da empresa e ao mercado, (iii) abertura para a revisão das estratégias adotadas e dos riscos identificados, (iv) canal de comunicação aberto com os colaboradores mais expostos aos riscos específicos.

cultura de negócios, comportamento de empregados, de terceiros colaboradores e *stakeholders*. Trata-se de uma análise complexa, contínua e contextual sobre os fatores ambientais e internos que expõem a empresa ao risco de infrações e aos dilemas éticos.

Além disso, a diversidade de riscos existentes, especialmente relacionados às infrações anticorrupção (mas não somente), impõe uma análise verdadeiramente multidisciplinar, requerendo uma investigação científica elaborada por criminólogos e penalistas, auditores, contadores etc. (GARCÍA CAVERO, 2016, pp. 232-233). Por isso,

Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 145) rechaça análises meramente formalistas de risco que se contentem com a realização de um mero inventário de normas ou com a produção de um repertório de informações que, de tão genérico, não ofereça a menor utilidade para a atividade empresarial.

Com efeito, a partir da identificação dos riscos serão desenvolvidas as regras, políticas e os procedimentos para prevenção, detecção e remediação de condutas, em um processo que se concretiza de maneira periódica, até mesmo para possibilitar incorporação de mudanças internas e externas.

Diante das características expostas, é possível perceber que a abordagem baseada no risco é imposta pela escassez de recursos, pois as empresas não possuem condições de fiscalizar todas as operações, setores e clientes de modo efetivo e com o mesmo grau de intensidade. Por isso, a abordagem baseada no risco é central para a elaboração de qualquer programa de *compliance* (CARLI, 2016, p. 225).

Não obstante isso, a seleção e o inventário de riscos adequados impõem um grande desafio à efetividade dos programas de *compliance*⁴⁰. Na verdade, o juízo de ponderação sobre as áreas mais sensíveis é uma atividade extremamente delicada e limitada, entre outros fatores, pela multiplicidade institucional dos avaliadores e de seus critérios⁴¹ e pelos vieses e heurísticas do processo de decisão humana.

⁴⁰ The inability or failure to identify such risks impacts company behavior. If, however, a company fails to address *compliance* issues, then over time, behavior that is illegal or potentially illegal may become embedded as part of the organizational norm. At some point (and this process may be gradual) an organization may reach a tipping point in its culture in which illegal activity (whether in antitrust non-*compliance* or in other areas) becomes one of the defining elements of the organization (RILEY; SOKOL, 2015 p. 12). Tradução livre: A incapacidade ou falha em identificar tais riscos afeta o comportamento da empresa. Se, no entanto, uma empresa falhar em resolver problemas de conformidade, com o tempo, comportamentos ilegais ou potencialmente ilegais poderão se incorporar como parte da norma organizacional. Em algum momento (e esse processo pode ser gradual), uma organização pode atingir um ponto crítico em sua cultura, na qual atividades ilegais (seja por não conformidade antitruste ou em outras áreas) se tornam um dos elementos definidores da organização.

⁴¹ Vinícius Marques de Carvalho, Marcela Matituzzo e Bruno Silva e Souza (2018, p. 365-368) explicam que o campo de combate à corrupção e às infrações à ordem econômica de maneira ampla envolve uma multiplicidade institucional, constatada pela pluralidade de instituições exercendo funções alinhadas e com múltiplas possibilidades de sancionamento. Sendo assim, autoridades com esferas não privativas se debruçam sob um mesmo fato, podendo gerar

De fato, as próprias limitações inerentes à racionalidade humana podem impactar a avaliação e gestão de riscos. Conforme indica a economia comportamental ⁴², existe uma tendência humana de confiar em heurísticas e vieses cognitivos para reduzir o esforço de raciocínio⁴³ no processo de decisão⁴⁴. Nesse sentido, a heurística da disponibilidade e o viés do enquadramento são especialmente importantes para a avaliação de riscos.

Conforme a heurística da disponibilidade, os sujeitos tendem a fazer a avaliação da probabilidade de riscos de um acontecimento de um fato de acordo com os exemplos mais ativos na memória, independentemente de a conclusão extraída a partir deles se comprove estatisticamente. Como resultado, os humanos podem adotar comportamentos negligentes em um nítido descompasso entre a ação e as reais probabilidades de acontecimento de um fato (ALEMANNO; SIBONY, 2015).

Segundo o viés do enquadramento, a forma de apresentação da informação impacta o comportamento humano mais que a qualidade em si das opções. Por exemplo, a probabilidade de os sujeitos aceitarem passar por um procedimento cirúrgico é maior se for enfatizado que a taxa de sobrevivência é de 90%, em vez da taxa de mortalidade de 10%. Assim, a informação vívida e saliente usualmente tem mais efeito no processo de decisão que dados estatísticos e abstratos (SUNSTEIN; THALER, 2009).

Com efeito, é possível que a percepção quanto à existência de um determinado risco seja distorcida pela heurística da disponibilidade e enquadramento. Em primeiro lugar, em razão do viés da disponibilidade, os riscos podem ser negligenciados ou incorretamente selecionados pela vivacidade dos últimos acontecimentos que a empresa tenha enfrentado ou pela difusão de notícias de infrações veiculadas em seu mercado, sem

sobreposições. Apesar de haver ganhos em especialização e em complementariedade, cada um dos atores possui um entendimento diverso e objetivos tenuamente diferentes, podendo transmitir sinais trocados ao setor privado (MARQUES DE CARVALHO; MATIUZZO; SOUZA, 2018, pp. 365-367). Nesse contexto, percebe-se que a multiplicidade institucional apresenta impactos diretos na estruturação do compliance empresarial e na capacidade de interpretação dos parâmetros normativos, com foco na incorporação deles nos códigos de conduta e nas diretrizes factuais de comportamento. Desse modo, a própria complexidade de exigências multissetoriais é um aspecto que agrega desafios na avaliação de riscos e para a realização de um inventário regulatório apropriado.

⁴² Sobre o tema, ver: KAHNEMAN, 2012, KANEMAN; TWERSKY, 1974, THALER; SUNSTEIN, 2009 e ARIELY, 2008.

⁴³ Conforme explica Kahneman (2012), o raciocínio humano é conduzido por dois sistemas de pensamento: o primeiro deles é automático (sistema 01), incumbido de avaliações básicas e intuitivas; o segundo é reflexivo e intencional (sistema 02), responsável pelas construções mentais mais elaboradas e demoradas. Dada a impossibilidade de o cérebro processar todas as experiências pela ativação do sistema reflexivo, o sistema automático termina por orientar a maioria das decisões humanas. Os pesquisadores apontam que essa dinâmica pode prejudicar a qualidade racional das decisões, pois o processo de pensamento está submetido a uma série de heurísticas e de vieses cognitivos.

⁴⁴ KAHNEMAN; TWERSKY, 1974, pp. 1124-1131.

atentar para as características próprias que aumentem ou diminuam a probabilidade de exposição.

Além disso, por interferência do viés do enquadramento, a abstração dos dados de risco⁴⁵ e a própria forma de apresentação deles na organização pode afetar diretamente a priorização de medidas a serem adotadas ou a assimilação por parte de administradores, trabalhadores e colaboradores da real gravidade deles. Como resultado, toda concepção e implementação da política de riscos podem ser seriamente afetadas, levando a resultados ineficientes.

Por isso, para a maturação da avaliação e gestão de riscos, é necessário que todos os envolvidos reflitam sobre as possíveis falhas cognitivas no processo de seleção e de assimilação, não se bastando análises generalistas, formalísticas ou desatreladas da consideração cautelosa e realista dos impactos concretos das ações empresariais. Portanto, uma prescrição importante para esse momento deve ser a discussão pública (na extensão do possível) e ponderada dos riscos a serem considerados, de modo a permitir a interação e o engajamento das lideranças, colaboradores e *stakeholders*, considerando-se o real impacto das políticas empresariais sobre a trabalhadores, comunidade e o meio ambiente, com o propósito de abrir margem para a uma verdadeira aprendizagem e inovação em *compliance*.

b) Códigos de Ética e de Conduta

Caberão aos códigos de ética e de conduta estabelecerem as diretrizes aptas a guiarem o comportamento de dirigentes e empregados. Não basta, porém, uma mera repetição dos deveres já enunciados na legislação, sendo necessário que os códigos deem um passo a mais na orientação da atividade empresarial, estipulando concretamente a condutada a ser observada.

Assim, mediante os códigos de ética (e de conduta) a empresa adequará o desenvolvimento de suas atividades aos postulados do bom governo corporativo e fomentará uma atitude interna de respeito as exigências de legalidade vigentes entre seus sócios, gerentes e empregados (GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 129). Daí porque os programas de conformidade constituem, em primeiro lugar, um sistema de normas vinculantes para todos os empregados e administradores, cujo desrespeito pode

⁴⁵ Para Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 145), “*análises meramente formalistas podem obstruir a necessidade de detecção das estruturas mais sensíveis a infrações econômicas e pressupor uma falsa percepção de certeza para a tecnologia de compliance*”.

configurar uma infração individual, para além da responsabilidade da própria empresa (LASCURAÍN, 2013, p. 129).

Ao delimitar o conteúdo dos programas de integridade, a CGU (2018 pp. 46-47) indica que os códigos internos poderão estabelecer regras de conduta que expressamente prevejam: (i) a vedação de concessão de vantagens a agentes públicos; (ii) a disciplina do oferecimento de brindes, presentes e hospitalidades; (iii) a prevenção de conflitos de interesse; (iv) orientações sobre as reuniões a serem realizadas entre agentes da empresa e agentes públicos; e (v) normas de cooperação com investigações.

É importante salientar que os valores que inspiram a atuação ética da empresa possuem uma grande relevância, porém, é crucial que a orientação do comportamento se estabeleça concretamente, oferecendo parâmetros para a decisão dos membros da empresa, principalmente nas situações em que a regulação não determine o curso concreto da ação. Por outro lado, não basta uma mera enumeração de valores, sendo necessário que a organização conte com estruturas que se ajustem a tais valores (GARCÍA CAVERO, 2016, p. 239).

Nesse ponto, a falta de clareza quanto aos padrões de comportamento esperados na organização pode ser capaz de influenciar o comportamento antiético, razão pela qual as diretrizes especificadas no código de conduta devem remeter às experiências cotidianas de todos os seus destinatários e ao que realmente importa para a organização. Desse modo, a percepção quanto aos propósitos das companhias – conseqüência da ideia de interesse social - também exerce grande influência na orientação prática do comportamento.

Na verdade, a utilização de códigos de conduta tende a não ser efetiva caso eles se limitem a resumir normas abstratas, complexas e desconexas com as atividades dos agentes⁴⁶. Por isso, é importante que as organizações modelem as suas normas internas e os processos decisórios para permitir a consideração dos impactos éticos da conduta individual e empresarial, ampliando as oportunidades para que administradores e empregados pensem antes de agir⁴⁷. Tal aspecto também é relevante sob o ponto de vista

⁴⁶ No âmbito dos códigos de conduta na administração pública, a questão foi tratada por Natalia Lacerda Macedo Costa, 2017.

⁴⁷ Experiências conduzidas por Dan Ariely (2012) demonstraram a importância da introdução dos lembretes morais no processo decisório. Num dos testes, foi pedido aos participantes que se recordassem dos dez mandamentos bíblicos antes de iniciarem a tarefa para a qual foram chamados e, a partir de então, foi constatada a diminuição das trapaças, embora nenhum deles se tenha efetivamente lembrado dos mandamentos prescritos. Por outro lado, verificou-se a pouca utilidade para estimular a honestidade da realização de cursos e de palestras sobre os códigos de ética, pois as pessoas necessitam de lembretes curtos precisamente antes de estarem submetidas à tentação (ARIELY, 2012).

da necessidade de mitigar as técnicas de neutralização dos crimes corporativos, capazes de incrementarem as tendências de isolamento moral no ambiente corporativo⁴⁸.

Além disso, a seleção de empregados pode apresentar um fator crucial para a adesão das normas versadas nos códigos de ética e de conduta. Conforme exemplifica Eugene Soltes (2018, p. 980), as empresas podem apoiar a prevenção de más condutas observando a atuação dos indivíduos nos processos de contratação ou nos estágios iniciais. Assim, as verificações de antecedentes e questionamentos focados podem ajudar na avaliação do entusiasmo do indivíduo com as regras de conformidade.

Outra questão da maior relevância diz respeito à possibilidade de estabelecer uma participação ativa de todos os *stakeholders* na avaliação dos códigos de ética e de conduta da empresa. A interlocução com terceiros cujos interesses possam ser afetados pela atividade da empresa é um primeiro passo para a consideração ética das condutas individuais e empresariais. Além disso, pode ser conferida maior legitimidade e poder de difusão à cultura de conformidade na orientação dos negócios.

c) Treinamento e comunicação

O treinamento, a capacitação contínua e a comunicação eficaz são imprescindíveis para conferir concretude às aspirações gerais das políticas de conformidade. Conjuntamente, eles podem transmitir de maneira mais clara os objetivos e as regras dos programas, permitindo a sensibilização e a compreensão dos valores reconhecidos pelas empresas, fomentando a formação da cultura corporativa (CADE, 2016, pp. 21-23).

Assim, a capacitação serve para facilitar a identificação de situações de risco e, a partir disso, orientar o comportamento individual e coletivo. Por isso, é relevante que a pessoa jurídica disponha de uma estrutura mínima dotada da competência para o planejamento e oferecimento periódico de treinamentos relacionados à integridade (CGU, 2018, p. 42). Outrossim, o órgão recomenda que a empresa implemente mecanismos para a retenção da compreensão das informações e aplicação de treinamentos a parceiros.

Porém, a capacitação por si não garante a sua utilidade no enfrentamento das questões cotidianas. Por isso, outra dimensão relevante para o reforço do comportamento ético, também aferida empiricamente, é a constituição de um ambiente favorável à abertura para trocas de experiência entre os gerentes e os empregados, no sentido de favorecer a discussão sobre os dilemas éticos (KAPTEIN, 2011, p. 858).

⁴⁸ Vide capítulo 3, tópico 3.3.1.

Por isso, o assessoramento, assim como a facilidade a seu acesso pelos empregados (*decision advisory hotline*) também pode ser uma medida bastante importante. Quando as pessoas encontram uma situação não familiar cujas repercussões regulatórias sejam difíceis de entender ou com implicações de dilemas éticos, o indivíduo pode ser muito beneficiado por orientação (SOLTES, 2018, p. 981).

Assim, *a formação em ética negocial é indispensável para elaboração, implementação, maturação e aperfeiçoamento contínuo dos programas de compliance* (SSAD-DINIZ, 2019, p. 165). Para tanto, a educação executiva deve se dedicar ao conhecimento dos padrões de comportamento racionais e aprimorar o processo “*moral reasoning*” especialmente nas situações irracionais (SAAD-DINIZ, 2019a, p. 165).

Não obstante isso, ainda há um longo caminho a ser perseguido no amadurecimento da educação executiva no Brasil, ainda mais porque as iniciativas de formação ainda são muito baseadas em experiências generalizadas e formalistas, sem a busca mais profunda de conhecimento sobre os processos de criminalização empresarial. Nesse ponto, a criminologia econômica tem muito a oferecer ao *compliance*, ao aclarar os padrões de conduta, os fatores de racionalização e as formas de vitimização, temáticas essenciais para melhorar a aprendizagem executiva e mitigar as causas que originam as infrações.

d) Outras medidas de prevenção

Outra questão central nas políticas de prevenção, diz respeito aos mecanismos e controles dos registros contábeis, mormente porque as práticas ilícitas muitas vezes envolvem a maquiagem contábil. Não se pode olvidar, assim, que boa parte dos escândalos corporativos historicamente vieram acompanhados de fraudes na contabilidade ou por uma contabilidade agressiva, em desconsideração dos reais riscos tomados nos investimentos⁴⁹.

⁴⁹ O paradigmático caso Enron foi marcado por estimativas sobrevalorizadas de lucratividade e das inevitáveis perdas. Foi alarmante perceber que todos os elementos de governança haviam falhado, expondo cada componente da infraestrutura do capitalismo americano disfuncional. As companhias de contabilidade estavam perdidas, seus auditores estavam agindo com conivência, os advogados estavam conspirando, as agências de rating dormindo e os reguladores agindo de modo inadequado (CLARKE, 2004, p. 15-16). Como resposta à crise gerada, em 2002, foi aprovada a Sarbanes-Oxley Act (SOX), que obrigou administradores, delegados e diretores financeiros a incluírem o compromisso de retidão das informações nas declarações semestrais e anuais, sob pena de cometimento de crime de falsidade, punível com reclusão de até 20 anos (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015).

O controle financeiro é uma das primeiras formas de controle interno das fontes de risco, e se centra no estado patrimonial da sociedade. É efetuado particularmente pelo controle da documentação mercantil, pela observação da congruência e coerência das operações. Desse modo, como prescrição, toda operação deve ter sua contrapartida, estando proibida, quando não a tenha (GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 128).

Por isso, com o propósito de direcionar as empresas ao atendimento deste componente, a CGU (2018, p. 49) orienta a análise sobre a elaboração dos lançamentos contábeis; a existência de segregação de funções; a definição de níveis de aprovação das receitas e dispêndios; existência de mecanismos para detecção de receitas e despesas fora do padrão; a existência de regras condicionadoras do pagamento à verificação do adimplemento do objeto do contrato; e a formalização de auditoria interna e a submissão dos reportes financeiros à uma auditoria contábil independente.

Por todos esses aspectos, percebe-se que a documentação será fundamental para a empresa, principalmente quando necessitar demonstrar a efetividade do *compliance* para fins de obter as atenuações nas penas. A esse respeito, o Guia Prático da CGU de 2018, é claro no sentido de salientar necessidade a comprovação das várias medidas de *compliance*, inclusive no tocante aos treinamentos realizados, quantitativo de pessoal capacitado; registro das denúncias internas recebidas e tratamento das informações, aos processos de investigação instaurados, às sanções aplicadas; às atualizações periódicas e respostas às vulnerabilidades.

Outrossim, na articulação de todas as políticas preventivas encontram-se disponíveis as novas matrizes tecnológicas, que auxiliam na difusão e no controle da informação. Por outro lado, elas criam riscos relacionados aos ataques cibernéticos e apresentam possíveis interfaces com as normas de proteção de dados.

Todavia, apesar da importância de agregar as novas ferramentas para análise de dados em *compliance*, a pesquisa da KPMG (2018), realizada no Brasil, indicou que 68% dos respondentes não conhecem ou não aproveitam as tecnologias para o apoio das iniciativas de *compliance*. Desse modo, é importante que os investimentos sejam aportados em tecnologia, até porque os instrumentos tecnológicos podem facilitar a atividade de controle e a geração e tratamento das informações, possibilitando, inclusive a aferição de efetividade das políticas preventivas e a melhoria da geração de conhecimento científico no campo de *compliance*.

Diante de todos esses critérios, percebe a dificuldade em não tornar a empresa excessivamente burocrática, com custos operacionais altíssimos em virtude da assunção

das funções de *compliance*. A estruturação do *compliance* não deve ter como princípio a burocracia, com procedimentos e controles excessivos, mas sim, a partir de uma atuação independente, fomentar a integração com as áreas dos negócios que aperfeiçoem os processos, procedimentos e práticas, adequando-os aos riscos de *compliance* (SIMONSEN, 2018, p. 111).

Outro grande limitador à implementação das medidas de *compliance* diz respeito aos seus custos. Conforme explica Eugene Soltes (2018, p. 969), as estimativas dos custos diretos agregados nos programas de conformidade estão rotineiramente na casa das centenas de bilhões de dólares. No entanto, os custos indiretos são ainda maiores devido às muitas horas de tempo dos funcionários consumidas em treinamento e outras atividades relacionadas à conformidade.

Por sua vez, Laufer (2017a, p. 394)) aponta que orçamentos regulatórios corporativos crescem cada vez mais, e, em alguns em grandes bancos, eles representam até vinte por cento da base de custos operacionais, fazendo com que alguns orçamentos dos departamentos policiais em grandes cidades pareçam pálidos, se não anêmicos quando comparados com aqueles dos entes privados.

Sem embargo disso, os vultosos gastos não têm gerado necessariamente uma cultura de conformidade, mas podem indicar apenas que as iniciativas de *compliance* setoraram produtos comerciais cada vez mais consumidos pelas empresas, sem que sejam desenvolvidas medidas estruturais e específicas para o enfrentamento adequado dos desafios à efetividade de tais programas.

Diante deste cenário, a ponderação entre as medidas a serem adotadas sem maiores sacrifícios da eficiência econômica, a correta estruturação das políticas e a análise de custo benefício para a seleção de riscos estão marcadas pela incerteza quanto à suficiente estruturação da organização para lidar com os riscos e as situações cotidianas enfrentadas pela empresa. Tal incerteza não diz respeito apenas à inibição dos ilícitos, mas a possibilidade de a organização demonstrar a suficiência de suas medidas para os reguladores e para a sociedade⁵⁰, uma vez que haja o descumprimento das políticas de conformidade por quem quer que seja.

⁵⁰ Eduardo Saad-Diniz (2019, pp. 165-166) recomenda na interpretação (judicial) do *compliance* a consideração da autoavaliação cientificamente comprovada e o fato de que os programas de *compliance* não são fórmulas fechadas, mas um processo de aprendizagem contínua, não podendo ser ignorada a possibilidade de erro.

1.3.3 Bloco da vigilância e seus parâmetros

A empresa se realiza concretamente a partir da delegação de funções⁵¹, o mesmo se operando em relação ao dever de vigilância. Com efeito, as funções de vigilância são atribuídas primariamente à alta direção, e, apenas de modo derivado às unidades de *compliance* e demais agentes com poder de supervisão⁵². É dizer: mesmo quando delegada a competência de prevenção ilícitos para os *compliance officers*, o dever de evitá-los permanece com os administradores⁵³.

Conforme esclarece Silva Sánchez (2013, p. 81), a delegação de competência é a um só tempo um mecanismo de transferência e de transformação de posição de garantia. É de transferência porque o delegante faz surgir uma posição de garante. É de transformação, pois a posição de garantia do delegante não desaparece, apenas se transforma. Ao delegante não se transfere o dever de controle direito dos focos de riscos, mas se incube uma série de outros deveres, como a dotação de meios adequados para o cumprimento das funções, a coordenação da atuação de diversos delegados, e, sobretudo, o dever de vigilância.

Nesse contexto, o desafio que se impõe é conhecer a medida concreta dos deveres de vigilância para fins de esclarecer as hipóteses de imputação de responsabilidade por omissão e até mesmo para fixar os critérios para avaliação das condutas dos denominados garantes. Trata-se de uma questão crucial não somente para imputação de responsabilidade para as empresas e seus agentes, mas para orientar a ações esperadas na estruturação dos programas de *compliance*.

O dever vigilância não significa uma revisão total de todos os atos dos subordinados, porque se eliminaria a própria utilidade da delegação, mormente em estruturas muito complexas. Por outro lado, no bojo da estruturação de uma relação hierárquica, não se pode esperar uma conduta meramente passiva ou reativa dos superiores no aguardo de um indício de uma atuação defeituosa do subordinado (SILVA SÁNCHEZ, p. 90)

Nessa quadratura, Jesús-María Silva Sánchez (2013, 88), ao tentar esclarecer os fundamentos e o conteúdo do dever de vigilância, leva em consideração a qualidade

⁵¹ Uma empresa com um grau de organização mínima depende de um bom sistema de delegação de atribuições e que estabeleça responsabilidades claras de controles das condutas para evitar os delitos (LASCURAÍN, 2013, p. 134).

⁵² ver BERMEJO; PALERMO, 2013, p. 178.

⁵³ O dever de garante permanece sob a competência dos superiores hierárquicos, que possuem o dever de controlar a conduta de seus subordinados (BÔAS CUEVA, 2018, p. 64)

hierárquica do sujeito na esfera organizacional. Nas relações hierárquicas, pautadas pelo princípio da desconfiança, os administradores detêm o dever prévio de obter informações sobre o modo de atuação dos subordinados em sua esfera de competência e um dever posterior de instar a correção do comportamento defeituoso. Noutra giro, outros atores com poder de gestão sobre outros subordinados têm o dever prévio de obter informações sobre as condutas e o dever subsequente de transmiti-las aos superiores.

Para Jesús-María Silva Sánchez a relação entre *compliance* e dever de vigilância, é, em certa medida, uma relação de gênero a espécie. Em primeiro lugar, o *compliance* tem um objetivo mais amplo que a mera evitação de delitos. Além disso, cuida de obter seus objetivos por medidas que vão além da imposição de deveres de vigilância. Em terceiro lugar, a mera implantação formal do *compliance* não induz automaticamente ao cumprimento cuidadoso do dever jurídico de vigilância por parte de seus administradores (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 100).

Nesta senda, percebe-se a importância de implantação do programa de *compliance*, procedendo-se à sistematização e à formalização *ex ante* dos deveres de vigilância. Uma vez tomada tal providência, um programa de *compliance* efetivo tem o poder de convolar o princípio da desconfiança nas relações hierárquicas no princípio da confiança, reduzindo-se a intensidade do monitoramento direto, salvo quando existirem indícios da prática de atos lesivos (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 102).

a) *Vigilância e o poder disciplinar interno*

A vigilância é uma das estratégias utilizadas pelas empresas para assegurar a efetividade das normas estabelecidas internamente em suas políticas de prevenção à prática de infrações⁵⁴. É consectária, portanto, do dever de estruturação adequada da organização, imposto às empresas e a seus sócios em um contexto de autorregulação regulada⁵⁵.

Para Juan Antón Lascuraín (2013, p. 131), a efetividade da norma se consegue pela detecção de violações e pelo sancionamento de uma porcentagem razoável delas. Assim, a transferência destes objetivos aos programas de conformidade implicará, de pronto, a instauração de sistemas específicos de controle - dentre os quais se destacam os formativos e informativos -, além da implementação de um canal suficiente de

⁵⁴ Ver: LASCURAÍN, 2013, p. 131

⁵⁵ O controle das fontes de riscos penais da empresa deve ser levado pela própria empresa, compatível com a marcha de mecanismos de mecanismos de controle interno ou de autorregulação (GÓMEZ MARTÍN, 2013, p. 129).

reclamações e um protocolo interno de investigação. O primeiro deverá atentar para a facilidade de acesso e a garantia de anonimato ou de confidencialidade para o denunciante de boa-fé⁵⁶. O segundo cuidará de toda instrução, procurando a eficácia da investigação, sem prejuízo das garantias de defesa.

Para Adan Nieto Martín (2013, p. 33), os programas de *compliance* podem se firmar em torno de dois grandes modelos: o primeiro deles busca desenvolver um clima de respeito à legalidade e aos valores éticos por meio da formação. Apesar de dispor de medidas de controle, elas se centram em procedimentos usuais como medidas contábeis, critérios de seleção de provedores e de pessoal, controle de fluxo efetivo, *due diligence* e etc. Portanto, o elemento central desse programa de *compliance* é a orientação pelos valores éticos.

Por seu turno, o segundo modelo se baseia em vigilância. Ele aposta em medidas de controle como o acesso aos correios eletrônicos, registro de chamadas eletrônicas, acessos aos dados de utilização da internet, vigilância eletrônica, contratação de investigadores privados, serviços de *corporate intelligence*, com análise sofisticadas de *data mining*, utilizando *know-how* próprios de serviços secretos (NIETO MARTÍN, 2013, p. 33).

Pela ótica da vigilância, canais de denúncia baseados em denúncias anônimas, tendem a fomentar um programa de *compliance* focado no controle, pois, com o anonimato, os abusos podem ser crescentes. Por outro lado, confidencialidade supõe que os responsáveis pelo programa de *compliance* tenham se esforçado para garantir a confiança e o respeito dos possíveis denunciadores, e, que por sua vez, são conscientes de que não se pode denunciar de maneira irresponsável. Nesse caso, canais de denúncias regidos pela confidencialidade e proteção aos denunciadores de boa-fé são coerentes com um sistema de *compliance* baseado em valores (NIETO MARTÍN, 2013, p. 34).

No Brasil, não existe um direcionamento claro quanto ao modelo a ser seguido. No que respeita o canal de denúncias, o Decreto nº 8.420, de 2015 exige a proteção aos denunciadores de boa-fé. Por sua vez, o Manual Prático da CGU (2018, p. 54) recomenda a abertura para o recebimento de denúncias anônimas, com proibição de regras de retaliação de denunciadores e a obrigatoriedade de disposições de confidencialidade. O

⁵⁶ A descoberta dos atos lesivos pode ser feita por meios de mecanismos de controle e supervisão (vigilância e auditorias) ou também pela instituição de um canal de denúncias de irregularidades, por meio do qual os empregados e colaboradores poderão estar comprometidos com a manutenção da conformidade. Quanto a esse aspecto, é necessário que os informantes possam fazer consultas e denúncias sem o temor de sofrer punições. (DE CARLI, 2016 p. 227).

Nesse ponto, o guia emitido pelo DOJ (2019) estabelece a necessidade de que seja avaliado se as empresas estabelecem processos que emitam imagens proativas para criar uma atmosfera sem o medo de retaliação e processos apropriados de submissão das denúncias e para a proteção de denunciantes (*whistleblowers*).

Desse modo, fica clara a dificuldade em se balancear os mecanismos de vigilância com uma política baseada em valores, havendo, a partir das medidas de investigação e de punição, um grande risco de afastar os ideais colaborativos e éticos a partir de iniciativas que inculcam uma atmosfera de medo nos colaboradores e empregados.

Por isso, conforme adverte Adan Nieto Martín (2013, p. 35), é preciso cuidar para que as sanções disciplinares sejam vistas como última *ratio*, assegurando-se as garantias essenciais de um processo justo e sancionamento proporcional. Além disso, um *compliance* pautado em valores busca conferir segundas chances e aposta em medidas ressocializadoras. Por seu turno, as medidas disciplinares são utilizadas para os casos mais graves ou para quem ocupe posições mais elevadas.

Outro aspecto que pode agregar valores em uma perspectiva de controle é a integração dos representantes dos trabalhadores e dos *stakeholders* em órgãos de supervisão, outorgando uma maior efetividade e credibilidade às políticas de conformidade pela implementação da *stakeholder democracy* (NIETO MARTÍN, 2013, p. 36).

Nota-se, portanto, que embora o controle do ambiente interno seja extremamente importante para a efetividade dos programas de *compliance*, é preferível que as empresas se estruturam sob o prisma de valores a partir da formação, porquanto o excesso de vigilância pode dar ensejo a um clima de denunciamento e desconfiança, particularmente nocivo à disseminação dos valores éticos e ao fim último dos programas de conformidade.

Em uma pesquisa realizada pela Deloitte no Brasil, verificou-se que 32% das organizações entrevistadas experimentaram algum evento de fraude ou irregularidade entre os anos de 2012 a 2017. Em 57% dos casos, a ocorrência foi descoberta por meio de denúncia interna ou por processos de controles internos (DELLOITTE, 2018). Desse modo, a tendência de impor investigações e punições internas merece ser examinada com cautela.

Com efeito, um dos grandes desafios relacionados aos sistemas internos de vigilância e disciplina diz respeito às próprias limitações de um particular impor sanções em face de outro, mesmo quando a sua relação tenha como esteio a subordinação.

Conforme explica Ulrich Sieber (2013), os direitos de personalidade impõem limites à vigilância técnica dos trabalhadores. A problemática dos “*checks and balances*” nos sistemas privados de regulação se manifesta quando as empresas, pela via da autorregulação, assumem uma quantidade de funções estatais, especialmente na imposição de normas e no estabelecimento de sanções de infrações. Também deve se questionar em que medida as garantias penais clássicas (como o princípio da culpabilidade, da presunção de inocência ou da não autoincriminação) podem se transferir para a via da autorregulação regulada.

Em primeiro lugar, embora algumas empresas possam dispor de melhores tecnologias e infraestruturas para a detecção de condutas, elas não gozam do mesmo aparato policial de que se serve o Estado. Aliás, o poder sancionador do Estado se constrói sob a égide de um regime jurídico próprio que lhe possibilita exercer atividades investigatórias mais intrusivas, porém revestidas da legitimidade que o ordenamento jurídico lhe confere, e ainda, sim, bastante limitadas pelas garantias constitucionais.

Por outro lado, as empresas não dispõem dos mesmos mecanismos e regramentos que legitimam a atuação investigatória tal qual o Estado. Assim, várias questões podem ser suscitadas, como os limites do controle das comunicações de funcionários, o grau de proteção de dados⁵⁷, a necessidade de preservação da intimidade e da privacidade e a necessidade de observância das normas de direito de trabalho⁵⁸.

Não se pode olvidar, ainda, do direito a um procedimento que confira aos empregados meios imparciais de investigação e de julgamento e a observância da ampla defesa. De toda sorte, uma via a ser seguida repousa na condução da imposição de sanções por um processo suficientemente disciplinado e que preserve as garantias mínimas aos investigados. Destarte, deve-se ter em mente que o direito do trabalho e a proteção dos dados implicam limites ao *compliance*.

b) *Dever de vigilância nas relações interempresariais e projeção no due diligence*

⁵⁷ Deve haver respeito à proteção de danos dos investigados, principalmente quando o transcurso da investigação requer a transferência, com as investigações transfronteiriças e nos casos de cooperação. A esse respeito, ver: MOOAMAYER, 2013, p. 140. Tal questão ganha especial relevância, a partir da Lei 13.709, de 2018, denominada de Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

⁵⁸ Para Victor Gómez Martín (2013, p. 126), em ambos os instrumentos de apuração de infrações (investigações encarregadas pelas próprias empresas ou por meio dos canais de denúncia) resulta frequente uma tensão entre o direito (incluído o dever) de a empresa conhecer, denunciar ou evitar o cometimento dos ilícitos, e de outro, alguns direitos fundamentais de trabalhadores, especialmente os direitos da intimidade e o segredo das comunicações.

Desde a consolidação da autovigilância no ambiente empresarial, muitas discussões se aprofundam sobre o teor do dever de diligência (*due diligence*) e de suas repercussões práticas. Sob a égide do *compliance* empresarial, é intensificada a necessidade de os administradores estruturarem a organização de forma compatível com as atividades desenvolvidas e com os riscos por ela assumidos⁵⁹.

Assim, como um dos pilares do dever de diligência, posicionam-se estrategicamente as políticas preventivas de *compliance* para permitir que a organização detenha condições de adotar contracautelas não apenas internamente, mas também externamente, como ocorre na contratação de terceiros, até mesmo como medida de proteção dos riscos de responsabilização administrativa, incrementados a partir da Lei nº 12.846, de 2013 (Lei Anticorrupção) (FRAZÃO, LACERDA, 2019).

O risco trazido pela contratação de terceiros estará sempre presente, independentemente da atividade, daí porque surge a necessidade de envolvimento da área de conformidade nos procedimentos de *know your vendor* (procedimentos de aprovação/monitoramento de fornecedores) (OLIVEIRA, 2018, p. 257).

Nesse sentido, as diligências para a contratação e a supervisão de fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados se insere como um dos critérios de efetividade dos programas de integridade, conforme o inciso XIII do art. 42 do Decreto 8.8420, de 2015.

Tal medida se faz acertada dentro de um contexto de expansão da contratualização dos processos produtivos (*outsourcing*) e de fronteiras cada vez mais tênues para a definição das empresas (FRAZÃO; LACERDA, 2019b). Ante a ausência de uma estrutura hierárquica para a coordenação dos processos produtivos e da celebração de um amontoado de contratos relacionais, é provável a ocorrência de falhas e de ilícitos, resultando em danos às próprias empresas contratantes e a terceiros⁶⁰.

Nesse contexto, o *compliance* se apresenta como um mecanismo para mitigação dos riscos envolvendo a contratação dos processos produtivos, podendo, em alguma medida, funcionar como um sucedâneo das soluções verticais (por meio da empresa) apresentadas para a organização das atividades de prestação de bens e serviços. Com efeito, as diligências prévias à contratação e a posterior supervisão dos parceiros de

⁵⁹Ao analisar o efeito do *compliance* sobre o dever de diligência, Ana Frazão (2017c) explica uma tendência de ampliação do seu núcleo essencial. Para além do dever de agir bem informado, há um reforço na dimensão organizacional, pois requer-se dos controladores e administradores a estruturação da organização empresarial de forma compatível com as atividades desempenhadas pelas companhias e com o risco por elas assumidos.

⁶⁰ Ver: COSTA, 2016 e Frazão, 2015.

negócios são fundamentais para garantir não somente a qualidade dos bens e serviços ofertados, como também o fomento da ética negocial, a proteção do meio ambiente e dos interesses de partes muitas vezes hipossuficientes, como trabalhadores e consumidores (FRAZÃO; LACERDA, 2019b).

Nesse sentido, o novo manual prático da CGU (2018) recomenda que as organizações procedam à prévia verificação do envolvimento de terceiros em casos de corrupção e fraudes contra a administração, e, também, analisem a existência de programas de integridade. Por oportuno, o Guia direciona a realização de profundas análises anteriormente à pactuação de novas parcerias, como consórcios, associações, *joint ventures* e sociedades de propósito específicos.

Para a CGU (2018), as seguintes medidas servirão para demonstrar o atendimento do comando prescrito no inciso XIII do art. 42 do Decreto 8.8420, de 2015: (i) estímulos para integridade entre os parceiros de negócios, (ii) existência de cláusulas que obriguem a observância das normas éticas e das práticas de integridade nos contratos firmados; (iii) a previsão de aplicação de penalidades ou da rescisão contratual em caso de irregularidades; e (iv) medidas de mitigação de riscos.

Além disso, a entidade contratante passa a deter o dever de fomentar e de manter uma cultura de integridade também para os terceiros com quem se relacione, de modo que ela deve se estruturar para reger a conduta ética de seus colaboradores, podendo aplicar o seu Código de Ética ou de Conduta ou criar um código específico. Para tal mister, é primordial a realização de treinamentos específicos.

Não obstante, trata-se de uma tarefa extremamente complexa. Na fase pré-contratual, pode ser difícil analisar as condições internas dos contratados com relação às políticas de conformidade, até mesmo porque a avaliação de tais questões implica acessar informações muitas vezes sigilosas, por questões comerciais, concorrenciais ou por envolverem dados de terceiros protegidos pelo direito à intimidade e privacidade.

Por sua vez, na fase contratual, é bastante delicada a implementação de redes de monitoramento de terceiros, sobretudo, em virtude das assimetrias de informação e dos enormes custos atrelados com a instituição de mecanismos de vigilância. Ainda que sejam adotadas as medidas de monitoramento, não há uma zona confortável de imunidade contra infrações e para os problemas de reputação possivelmente advindos, mormente em grandes organizações. Por isso que, mais que vigilância e monitoramento em sentido

estrito, é de todo recomendável que se formatem soluções inteligentes de governança nas redes contratuais, induzidas pelas empresas líderes⁶¹.

Outrossim, as fusões, aquisições ou outras operações societárias também costumam trazer imensos riscos relacionados à higidez patrimonial e à assunção de passivos (inclusive com impactos na reputação), sendo prudente a avaliação sobre o histórico de infrações e o grau de maturidade dos programas de *compliance*. Para além desses aspectos, um outro bastante crucial deve ser destacado: a dificuldade na acomodação de culturas organizacionais muito distintas pode contribuir para o cometimento de condutas antiéticas.

Por isso, o inciso o inciso XIV do art. 42 do Decreto nº 8.420, de 2015 inclui como parâmetro para aferição da efetividade dos programas de integridade *a verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas*. Por sua vez, o Manual Prático da CGU (2018) recomenda que seja observada existência de regras e procedimentos formalizados sobre a realização de verificações prévias em tais operações.

Nas operações de fusões, aquisições e reestruturações societárias a troca de informações sensíveis pode vir a implicar a infração ao art. 108, § 2º da Lei 12.529, de 2011. Embora nos processos de *due diligenge* sempre haja algum nível de troca de informações, deve-se evitar a troca de informações que apresentem sensibilidade para fins de concorrência, pois o abuso na manipulação de certos dados pode configurar a prática lesiva conhecida como *gun jumping* (CADE, 2015, p. 7).

Por todas essas questões, percebe-se que os profundos processos de verificação e o controle das relações interempresariais atraem muitos riscos, custos de transação e contracautelas, tornando ainda mais complexa a efetividade dos programas de *compliance* e ampliando as chances de responsabilização das empresas por falhas na vigilância da atividade de terceiros.

1.4 AVALIAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

⁶¹ Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 168) destaca um caso importante de modificação do comportamento ético pela construção de redes de governança ou articulação de redes contratuais: é o que se conhece como novo efeito Wal Mart, em que uma empresa líder se vale de seus recursos para provocar melhorias em toda sua cadeia positiva.

Uma das mais emblemáticas questões relacionadas à efetividade dos programas de *compliance* diz respeito à avaliação de sua efetividade, seja internamente pela própria empresa (compreendida na esfera do monitoramento), seja pelos reguladores e o Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, os programas de *compliance* envolvem características bastante dinâmicas e inerentes ao próprio contexto organizacional. Assim, a dificuldade em estabelecer parâmetros de avaliação impacta a habilidade de as empresas compreenderem o regime de incentivos, e, conseqüentemente, moldarem a sua conduta e as suas estruturas rumo ao desenho de programas de *compliance* efetivos⁶². Esse aspecto é ainda mais complexo quando somado à inconsistência em relação aos critérios e às metodologias a serem utilizados na avaliação do *compliance* pelos reguladores.

Ademais, ainda que existam diretrizes para avaliação, diante da própria natureza dos programas de *compliance*, muitos dos componentes de avaliação não são de fato suscetíveis de gerar um padrão avaliativo uniforme e aplicável universalmente a diversos setores (FRAZÃO; LACERDA, 2019a).

Programas de *compliance* efetivos são dinâmicos e estabelecidos segundo o porte da empresa, indústria, cultura organizacional, normas informais, estilo de liderança, ambiente negocial e legal, condições financeiras. Portanto, medidas efetivas para uma empresa não são necessariamente efetivas para outras (STUCKE, 2014, p. 802).

Para Maurice Stucke (2014, p. 802), há várias implicações advindas dessa constatação. Em primeiro lugar, as cortes não podem comparar o programa apresentado em Juízo com um programa modelo. Segundo a efetividade pode não estar presente, apesar da verificação de componentes objetivos específicos dos programas. Terceiro, como os programas precisam ser específicos para cada realidade organizacional, é contraproducente a utilização de listas para avaliar a respectiva eficácia.

Assim, não há garantias de que, a partir de um modelo baseado em *checklists* de medidas, haverá de fato o compromisso da empresa com a conformidade efetivamente traduzido em suas práticas. Desse modo, a apresentação formal de atendimento das diretrizes emanadas pelos *guidelines* pode não ter muita significância na determinação de um programa de *compliance* de fachada ou de fato efetivo.

⁶² Conforme anota Maurice Stucke (2014, p. 815) o valor dos incentivos previstos nas diretrizes contidas na *sentencing guidelines* diminui ainda mais a dificuldade inerente à avaliação objetiva, precisa e confiável quanto à minimização de risco de má conduta específica.

Aliás, de nada adianta a comprovação da realização de análise de riscos, da adoção de códigos de ética, da realização de treinamentos, da comprovação de divulgação do programa com endosso público da alta administração, se não houver o desenvolvimento de ferramentas científicas que permitam avaliar a idoneidade das medidas adotadas para influência na cultura organizacional. De certa forma, é relativamente fácil comprovar a adoção de providências que caibam em uma planilha de avaliação, todavia, é difícil acessar a efetividade delas na caracterização de um programa de *compliance* efetivo.

Inobstante as dificuldades apontadas, um caminho necessita ser trilhado: é preciso que a avaliação dos programas de *compliance* se dê por meio de medição empírica, para aumentar a clareza e reduzir a discricionariedade na interpretação (SOLTES, 2018, p. 993).

Porém, a modelagem da investigação científica necessita transcender a mera verificação de atendimento em relação aos itens relacionados nas diretrizes para avaliação de programas ou em relação à comparação entre empresas. Outrossim, não se pode colocar os programas de *compliance* em uma situação binária, porque mesmo programas de conformidade efetivos podem não ser suficientes para coibir condutas desviantes (SOLTES, 2018, p. 1000).

Por isso, Eugene Soltes (2018, p. 1002) propõe um modelo de avaliação flexível, baseado no atendimento de duas condições necessárias pelas empresas: (1) a existência de iniciativas para apoiar cada dos três objetivos (prevenção, detecção e alinhamento dos objetivos regulatórios) de um programa eficaz e (2) uma rigorosa evidência científica para apoiar a eficácia de cada uma das iniciativas de *compliance*. Trata-se de uma abordagem reconhece que diferentes empresas irão projetar seus programas de maneiras diferentes, necessitando de uma avaliação flexível nos componentes específicos de um programa.

Para alcançar uma eficácia mínima, um programa precisa ter pelo menos uma iniciativa de conformidade que apoia cada um dos três objetivos. Ademais, para cada uma das iniciativas de conformidade, a empresa deverá ser capaz de fornecer os dados colhidos para apoiar sua análise, e desse modo, indicar como ela contribui para prevenir, detectar, ou alinhar políticas (SOLTES, 2018, p. 1002).

Descrições qualitativas, *benchmarks* e análises quantitativas métricas que não estejam vinculadas a resultados não podem ser interpretadas como eficazes, uma vez que tais as avaliações não medem o impacto da iniciativa (SOLTES, 2018, pp. 1002-1003). Notavelmente, a falta de rigor na medição não apenas inibe pessoas de fora (por exemplo,

promotores, tribunais ou órgãos reguladores) de verificar a eficácia de uma iniciativa de conformidade, bem como a própria empresa de determinar o impacto do programa (SOLTES, 2018, p. 1003).

Em meio a tantas incertezas, William Laufer (2017a, pp. 409) alude a um jogo de faz de contas no *compliance* (*compliance game*), em que são realizados gastos vultosos pelas empresas com o fim de minimizar os riscos de responsabilização, quando na verdade, os recursos são aplicados sem a evidência da sua capacidade de promoverem a integridade entre os empregados, de mudar o comportamento corporativo, de melhorar a cultura organizacional e de facilitar a decisão ética.

Nesse jogo, os reguladores gozam de uma capacidade muito limitada de determinar a efetividade ou a seriedade dos programas de *compliance* ou de diferenciar as firmas, resultando muitas vezes na visão do programa como um produto, não se prestando ao controle da criminalidade empresarial. Por isso, a construção de parâmetros de efetividade empiricamente construídos é crucial para a implementação mínima do *compliance* (LAUFER, 2017a, p. 409).

Para além da mera percepção moral dos conflitos éticos, é crucial encontrar bases de comportamento que possam servir de referência para elaboração de métricas consistentes e evidências científicas. Não obstante isso, o mercado brasileiro parece ainda bastante refratário, e, em grande medida desorientado, a respeito da cultura de *compliance* e da métrica de efetividade (SAAD-DINIZ, 2019, 2019, p. 102).

Por isso, Eduardo Saad-Diniz (2019) propõe a submissão da profissionalização da gestão negocial ao crivo de evidências científicas como condição para o desenvolvimento de uma ética negocial menos agressiva e mais inteligente na livre competição, com o propósito de refinar o poder corporativo e de endereçar as necessidades sociais a partir de mecanismos verificáveis de compartilhamento dos benefícios da atividade empresarial com os *stakeholders*.

Portanto, percebe-se que o incremento das rotas de responsabilização das empresas e a concessão de os benefícios pela implementação dos programas de *compliance*, sem ter em conta a o conhecimento científico sobre comportamento esperado dos regulados, pode dar um senso de incredulidade, especialmente quando se depositam todas as esperanças na autovigilância empresarial e não há embasamento métrico para qualificar um programa como efetivo (FRAZÃO; LACERDA, 2019a).

Nesse passo, para compreender com maior segurança a efetividade do *compliance* no Brasil, será necessário acompanhar de perto dados sobre a aplicação do

instrumento pelas próprias empresas e pelos órgãos que detenham a competência para efetivação do processo administrativo sancionador nas searas econômicas. Por isso, os órgãos de *enforcement* precisam encontrar meios de divulgarem e consolidarem a interpretação dos aspectos considerados na avaliação de efetividade dos programas.

Esses aspectos são cruciais não só para academia, mas, sobretudo, para garantir a transparência da efetividade da política regulatória para a sociedade. Enquanto tais questões não evoluírem, buscar a concretização de programas *compliance* efetivos será como andar em meio a uma corda bamba.

1.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

Diante das ponderações efetuadas, percebe-se que, em um cenário de regulação autorregulação regulada, o bom direcionamento do *compliance* vai muito além estruturação de sanções e incentivos. Além da necessidade de submissão das políticas de conformidade ao escrutínio científico, é preciso também enfrentar os intrincados fatores que contribuem para o comportamento irracional, o isolamento moral dos administradores e para o senso de irresponsabilidade pelos crimes cometidos. A esse respeito, a criminologia econômica tem muito a contribuir.

Outrossim, é necessário transcender a análise meramente formal dos blocos estruturais dos programas de *compliance* ou enunciadas em *checklists* porque elas dizem muito pouco sobre a efetividade das estratégias de prevenção e de controle interno. Para esse propósito, é crucial a análise crítica dos parâmetros de gestão das companhias para a compreensão dos critérios a serem analisados pelos atores na formatação das políticas de *compliance* empresarial, isso porque existe uma relação de dependência direta da concretização diária da conformidade com as estratégias gerenciais idealizadas, sendo imprescindível entender as teorias que as fundamentam sob o ponto de vista do interesse social.

CAPÍTULO 2 - ENTRE OS CRIMES CORPORATIVOS E A CONFORMIDADE: CONTRIBUIÇÕES DA CRIMINOLOGIA ECONÔMICA

A criminologia pós-clássica adota como premissa maior a verificação empírica das causas e consequências dos comportamentos delituosos, para determinar a analítica do crime e da criminalidade a partir da explicação dos fatores que ensejam a conduta desviante (SAAD-DINIZ, 2018, pp. 169-170).

Desde dos anos trinta, a criminologia contemporânea buscou a superação das teorias patológicas da criminalidade, fundadas na busca de características biológicas e psicológicas diferenciadoras dos sujeitos tidos como normais e anormais. A novidade encontra-se no estabelecimento de novas formas de confronto da criminalidade, dentro de zonas circunscritas ao universo social (BARATTA, 2000, pp. 21)

Por esse prisma, a autonomia da disciplina não se funda no conceito jurídico de crime, mas na individualização das causas da diversidade de comportamento delinquente e dos fatores a ele inerentes (BARATTA, 2000, pp. 21-22)

Por sua vez, a criminologia econômica dedica-se ao estudo da criminalidade corporativa atrelada fundamentalmente aos crimes de colarinho branco, detendo grande relevância para estabelecer a investigação científica sobre as causas, controles e estratégias de regulação (SAAD-DINIZ, 2018, pp.173-174).

De fato, ainda hoje a principal referência para explicação dos crimes empresariais encontra-se no conceito de crime de colarinho branco de Edwin Sutherland, que possibilitou o desenvolvimento, por aproximação, do conceito de crime corporativo, compreendido como aquele que se comete no interior de um ente coletivo em seu favor (NIETO MARTÍN, 2018, pp. 40-41).

Com efeito, por estudar as causas e os fatores relacionados ao cometimento de crimes cometidos dentro da realidade empresarial, a criminologia econômica aporta conhecimentos que permitem analisar e criticar a formatação dos processos de decisão gerencial, possibilitando, desse modo, a construção da avaliação crítica de como a gestão fundamentada na teoria do *shareholder value* pode interferir na deformação da ética empresarial e agravar os riscos ao *compliance* empresarial.

Como objetivo principal deste Capítulo, buscaram-se os insumos da criminologia sobre os padrões de conduta vinculados à criminalidade, às motivações dos agentes, às

formas de vitimização corporativa⁶³ e ao controle social⁶⁴, como forma de alcançar uma verdadeira aprendizagem capaz de lidar com as limitações e com os riscos relacionados aos programas de *compliance*.

Desse modo, parte-se do pressuposto de que modelo dissuasório racional não basta para explicar a criminalidade na seara empresarial, porque outros fatores - não relacionados à equação de custo e benefício - exercem influência no direcionamento das políticas corporativas e nos processos de motivação individual e coletiva no ambiente negocial.

Assim, o estudo das escolas de pensamento criminológico pode oferecer um referencial teórico consistente sobre a causalidade vinculada à criminalidade corporativa e também sobre os parâmetros para a expressão moral dos comportamentos.

Para esse propósito, é crucial abordar as noções relacionadas aos crimes de colarinho branco até o desenvolvimento do conceito de crimes corporativos, perpassando sobre os aspectos relacionados aos processos de aprendizagem, à anomia, às diferentes condições de acesso às oportunidades ilegítimas, à formação de subculturas delinquentes, aos mecanismos de neutralização. A seleção dos referenciais teóricos parte do seminal texto de Braithwaite (1989), que aglutina vários aspectos das teorias acima mencionadas para a consolidação das bases para a criminologia corporativa.

No desenvolvimento deste Capítulo, optou-se por abordar mais de uma das correntes de pensamento criminológico, com base nos modelos explanatórios e prescritivos na avaliação da criminalidade. Outrossim, porque a criminologia é imensamente vocacionada à interação interdisciplinar⁶⁵, buscou-se a interação com outras contribuições importantes advindas da sociologia e dos estudos no campo da ética corporativa tão essenciais à compreensão dos juízos morais que permeiam a prática dos crimes corporativos.

⁶³ Falta uma revisão criminológica do regime brasileiro de prevenção das infrações econômicas, havendo ainda uma deficiência básica da verificação empírica da real necessidade de *compliance*, sobre o perfil dos ofensores, quem e como é vitimizado, quais as dimensões do dano movido pelo comportamento e quais seriam as alternativas de restauração. É a partir disso que a criminologia pode fazer a diferença (SAAD-DINIZ, 2018, pp. 169).

⁶⁴ O controle social é um conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitárias, por meio do controle informal (sociedade civil) e formal (aparelho estatal) (SHECAIRA, 2012, p. 53).

⁶⁵ A criminologia se ocupa do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito, partindo de um objeto empírico e interdisciplinar (SHECAIRA, 2012, p. 40).

2.1 CRIME DE COLARINHO BRANCO E A TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: AS CONTRIBUIÇÕES DE EDWIN SUTHERLAND PARA A COMPREENSÃO DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Analisando a criminalidade empresarial, Edwin Sutherland cunhou pela primeira vez a expressão crimes de colarinho branco⁶⁶ (*white-collar crimes*) no final da década de trinta (NIETO MARTÍN, 2018, p. 41). A expressão foi utilizada com a finalidade de nominar os delitos praticados por pessoas conhecidas basicamente pelas suas carreiras legítimas e respeitáveis, no exercício de suas atividades, com o propósito de chamar atenção para crimes ordinariamente excluídos do escopo da criminologia (SUTHERLAND, 2016, p. 33-34).

Como ponto de partida, foram refutadas as premissas tradicionais da criminologia até então vigentes, as quais relacionavam os crimes às patologias físicas (anomalias biológicas e inferioridade intelectual) ou sociais, geralmente associadas à marginalidade, pobreza, falta de escolaridade e ao rompimento de laços familiares (SUTHERLAND, 2016, pp. 30-33).

Para Edwin Sutherland (2016, p. 33), as pessoas de classes mais altas também estariam engajadas em comportamentos criminosos, porém, seriam distintos apenas os procedimentos utilizados para lidar com os infratores. Nota-se, portanto, que o conceito de crime de colarinho branco foi desenvolvido para distinguir atos criminais relacionados às ofensas monetárias não tradicionalmente vinculadas à criminalidade. Trata-se, portanto, de uma categoria que se distancia dos crimes praticados por grupos socioeconômicos de camadas inferiores, sendo punidos de modo preponderante por penas administrativas e civis (CLINARD e YAGER, 2017).

A partir da pesquisa empírica produzida, Sutherland (2016, p. 333-350) concluiu que os crimes de colarinho branco possuem natureza deliberada e organizada, apresentando uma unidade relativamente consistente, muitas vezes implicando a reincidência. Com efeito, os crimes de colarinho branco não cuidariam de violações discretas e involuntárias a regulamentos técnicos.

⁶⁶ A obra “White Collar Crime” foi publicada em 1949, resultado de 17 anos de pesquisa com dados colhidos das 70 maiores empresas americanas. O autor não indica a origem da expressão, porém, historicamente, sabe-se que as indústrias possuíam uma divisão entre os portadores de colarinho azul (trabalhadores braçais e operários) e os de colarinho branco (trabalhadores intelectuais e de classes privilegiadas (LEMOS, 2016, pp. 7-13).

Alguns outros aspectos fundamentais foram percebidos por Sutherland (2016, pp. 333-350), a saber:

- i) as empresas costumam cometer crimes contra consumidores, concorrentes, acionistas e outros investidores, inventores, funcionários e o Estado;
- ii) a ação criminosa pelos empresários não costuma implicar a perda de *status* entre os seus parceiros comerciais;
- iii) os empresários costumam sentir e expressar desprezo pela lei, pelo governo e por seus funcionários;
- iv) os crimes de colarinho branco apresentam relevantes níveis de organização informal⁶⁷ e formal (acordos de cavalheiros, blocos de investidores, práticas de associações comerciais, acordos e patentes e cartel);
- v) os homens de negócio se enxergam como cidadãos respeitáveis, e, normalmente são assim considerados pelo público;
- vi) o criminoso de média e alta classe não é tratado com os mesmos procedimentos oficiais empregados para outros criminosos de baixa classe;
- vii) o sigilo das práticas criminosas de colarinho branco é facilitado pela complexidade dos processos e pela ampla dispersão dos seus efeitos no tempo e no espaço.

Para Sutherland (2016, p. 351), os dados disponíveis sugerem que o crime de colarinho branco tem sua gênese no mesmo processo geral condutor de comportamentos criminosos, podendo ser explicado pela teoria da associação diferencial. Com efeito, o comportamento criminoso é aprendido em associação do indivíduo com aqueles que definem de forma favorável o comportamento criminoso e em isolamento com relação a quem define a prática de modo desfavorável.

Corolário disso, o engajamento com o crime somente ocorre se os pesos das definições favoráveis ao delito excederem o peso das definições desfavoráveis ao seu cometimento⁶⁸ (SUTHERLAND, 2016, p. 351).

⁶⁷ Segundo Sutherland (2016, p. 337), os homens de negócio (...) *não estão dispostos a suportar os encargos da concorrência ou a permitir que o sistema econômico se regule de acordo com as leis de oferta e procura, adotando assim o método de planejamento e manipulação.*

⁶⁸ Nas sociedades diferenciadas o choque de valores é inerente ao sistema, o que produz conflitos culturais em relação a tais códigos. Desse modo, a associação diferencial só é possível porque a sociedade se compõe de vários grupos com culturas diversas (SHECAIRA, 2012, p. 174). Conforme explica Sérgio Salomão Shecaira (2012, p. 175): *“A cultura criminosa é tão real como a cultura legal e prevalece em muitas circunstâncias, dependendo apenas da preponderância de fatores favoráveis em relação aos desfavoráveis”.*

Por sua vez, os homens de negócio se encontram protegidos e isolados contra as definições desfavoráveis aos crimes de colarinho branco. Nota-se, por exemplo, a proteção deles contra a crítica dos ocupantes de cargos governamentais, inclusive evidenciada por uma postura menos severa no tratamento dos crimes. Destarte, as relações pessoais e as relações de poder acabam por proteger os homens de negócio contra as definições críticas por parte do governo (SUTHERLAND, 2016, pp. 366-368).

Outrossim, mediante análise de biografias e autobiografias, Sutherland (2016, p. 358) percebeu os indícios do processo de aprendizagem dos crimes de colarinho branco a partir da observação de que muitos dos infratores vieram de “boas famílias” e de “bons bairros”, não possuindo registros prévios de delinquência juvenil.

Assim, os homens jovens seriam introduzidos nos crimes como um processo de aprendizagem da prática negocial. Muitas vezes eles recebem ordens de seus gerentes para a prática de atividades que consideram antiéticas ou ilegais, e, em outras oportunidades, aprendem a obter sucesso com aqueles que possuem o mesmo nível. Nesse passo, os agentes aprendem técnicas específicas de transgressão da lei e de identificação das situações em que elas possam ser utilizadas (SUTHERLAND, 2016, pp. 358-359).

A difusão das práticas ilegais no mercado é um outro tipo de evidência da associação diferencial⁶⁹. Quando uma empresa desenvolve um método para aumentar os lucros, outras empresas também o adotam, mesmo que não sejam competidoras diretas, sendo a difusão de práticas ilegais muitas vezes facilitada pela centralização da indústria nos bancos de investimento e pela reunião de interesses em associações comerciais (SUTHERLAND, 2016, p. 360).

Em síntese, o engajamento com a criminalidade é em grande medida determinado por um processo de aprendizagem conduzido pela frequência e intimidade dos contatos do infrator com o comportamento delituoso. Por sua vez, o processo de aprendizagem transmite para os agentes: (i) as técnicas de cometimento do crime, (ii) as motivações favoráveis às condutas ilícitas e; (iii) as formas de racionalização das condutas. Uma vez aprendido o comportamento desviante, o indivíduo se aparta de contatos frequentes com atitudes de conformidade e do escrutínio crítico em relação às definições desfavoráveis ao crime.

⁶⁹ O comportamento criminal das corporações ou indivíduos muitas vezes é resultado da difusão de práticas ilegais e políticas dentro da indústria, em uma atmosfera em que os participantes aprendem os motivos, valores, racionalizações e técnicas favoráveis aos tipos particulares de crimes (CLINARD e YAGER, 2017).

Segundo Sutherland (2016, p. 373-375) a desorganização social na comunidade também é uma explicação hipotética da criminalidade a partir do ponto de vista da sociedade. A desorganização pode ser fruto tanto de uma anomia (falta de normas para orientação do comportamento)⁷⁰ ou do conflito de regras específicas dentro de uma sociedade. Além disso, a definição prévia da ilegalidade do comportamento é pré-requisito para o crime de colarinho branco, porém, é necessário que a sociedade esteja organizada para impor força ao seu combate.

Sem embargo disso, os estatutos legais têm pouca importância no controle do comportamento criminoso e a administração pública não se empenha em enfrentá-lo, salvo se houver um apoio público na busca da aplicação da norma. Por outro lado, não há uma oposição clara entre governos e o público de um lado e os criminosos de colarinho branco de outro, sendo tal fato uma prova da falta de organização social (SUTHERLAND, 2016, p. 375).

John Braithwaite (1985b, pp. 3-5) critica a imprecisão do conceito de crime de colarinho branco, mormente diante do requisito estabelecido em torno da configuração da respeitabilidade e da ausência de uma limitação legal em relação às condutas estudadas empiricamente. Além disso, o criminólogo aponta para a generalidade da explicação fornecida para a teoria da associação diferencial, pouco esclarecendo sobre as situações em que as associações efetivamente aconteceriam.

Por sua vez, Sérgio Salomão Shecaira (2012) destaca importantes críticas à teoria da associação diferencial. Em primeiro lugar, a teoria não considera a importância de fatores individuais de personalidade na associação e dos demais processos psicossociais.

O crime nem sempre decorre de padrões racionalizados e utilitários, existindo, também, uma certa simplificação na explicação do crime a partir de um processo mecânico de aprendizagem. Além de outros pontos, a teoria não explica a razão pela qual uma pessoa cede ao modelo desviante enquanto outras não, mesmo que em iguais condições (SHECAIRA, 2012, p. 184-186).

Porém, em que pesem as críticas tecidas, não se pode negar a importância dos ensinamentos de Sutherland para o desenvolvimento da criminologia econômica (SHECAIRA, 2012, p. 186), inclusive com repercussões nos temas da governança corporativa e do *compliance*, consoante será melhor abordado no Capítulo 4.

⁷⁰ Uma forma de anomia percebida por Sutherland (2016, p. 374) diz respeito à mudança do antigo sistema de livre concorrência e de livre iniciativa para o sistema de regulação governamental.

2.2 TEORIA DA ANOMIA

A teoria da anomia, embora desenvolvida no âmbito da sociologia, corrobora para a compreensão da criminalidade econômica. A teoria se situa dentro das famílias denominadas funcionalistas⁷¹, posicionando a compreensão empírica das consequências do fenômeno na centralidade de sua forma analítica.

Os autores funcionalistas veem o delito como um fenômeno normal da sociedade, inclusive havendo um caráter progressista em alguns tipos de crimes, permitindo a reflexão da sociedade sobre a definição de sua ordem moral. Desse modo, o conceito de função permite compreender a sociedade como um processo, afastando-a de abordagens mecânicas das ciências naturais (SHECAIRA, 2012, pp.188-201).

Émile Durkheim é considerado o principal teórico da anomia, qualificando-a como uma verdadeira desordem social, capaz de irromper uma crise com efeito desorientador para o indivíduo, podendo levar a sua destruição (SABADELL, 2005, p. 80). As primeiras referências ao tema da anomia encontram-se na obra “Divisão social do trabalho” de 1893, porém, o conceito apenas foi desenvolvido no trabalho denominado “O suicídio”, publicado em 1987 (DURKHEIM, 2000).

Durkheim (2000) buscou contraditar a ideia de que o suicídio tenha correspondência com doenças psíquicas ou com a geografia, propondo a tese de que o fenômeno estaria relacionado a fatores sociais, cuja causalidade seria determinada conforme o grau de coesão social (SABADELL, 2005, p. 80-81). Com base em tal critério, o sociólogo classificou o suicídio em quatro classes: egoísta; altruísta, fatalista e anômico (DURKHEIM, 2000).

É na formulação do suicídio anômico que vem a grande contribuição para a compreensão da sociedade em sua dimensão reguladora e controladora do comportamento social.

Para Émile Durkheim (2000, pp. 311-313) a felicidade e a sobrevivência se estabelecem conforme a possibilidade de adequação das necessidades individuais com os meios disponíveis. Porém, a natureza humana é orientada por desejos incessantes, não

⁷¹ Os funcionalistas consideram a sociedade como uma grande máquina, que distribui papéis e recursos a seus membros. A finalidade da sociedade é a sua reprodução por meio do funcionamento perfeito dos seus vários componentes. Isso pressupõe a integração dos indivíduos ao sistema de valores da sociedade e dos mesmos objetivos, pela aceitação das regras sociais vigentes e comportamento adequado (SABADELL, 2005, p. 75).

havendo sociedade em que os indivíduos estejam igualmente satisfeitos nos mais diversos graus de hierarquia social.

Portanto, se as necessidades são ilimitadas, o prosseguimento de um fim inacessível implica a condenação individual a um estado de perpétuo descontentamento. Por isso, para ordenamento do indivíduo, faz-se necessária a limitação de paixões, apenas realizada pela sociedade enquanto força moral externa⁷² (DURKHEIM, 2000, pp. 314-319).

Porém, quando a sociedade é perturbada, seja por crises desoladoras ou por transformações favoráveis, mas repentinas, ela é incapaz de exercer a sua ação reguladora sobre os desejos insaciáveis dos indivíduos. As bruscas ascensões na curva de suicídios provêm de tal estado de anomia, refletindo um verdadeiro estágio de desagregamento dos indivíduos (DURKHEIM, 2000, p. 320).

De acordo com tal percepção, percebe-se em Durkheim a essencialidade da emergência de uma consciência coletiva reguladora da moralidade para assegurar o controle social, sem o qual, cede-se espaço para o comportamento desviante e para a configuração da anomia (SAAD-DINIZ, 2019b, p. 28).

Para Durkheim (2004, pp. 95-104), assim como o suicídio, o crime também pode ser analisado um fato social, caracterizado pela normalidade expressada em uma generalidade de comportamentos que podem ser explicados socialmente. Por sua vez, o crime retrata atos que ofendem sentimentos coletivos e que sempre existirão em alguma medida em sociedades sãs, apresentando uma função indispensável à evolução da moral e do direito.

Com efeito, o crime também remonta a uma consciência coletiva bem definida e apresenta uma função social dentro de sua normalidade, possibilitando diferenciar entre o aceitável e o inaceitável, tolerável e intolerável, normal e patológico (SAAD-DINIZ, 2019b, p. 29). Com efeito, a anormalidade só surge quando ultrapassados determinados limites de criminalidade, levando a um estado de desorganização ou de desagregação social (SHECAIRA, 2012, pp. 191-192).

A interpretação funcional de Émile Durkheim apresentou um avanço significativo para o pensamento criminológico, porquanto o crime passa a ser visto como

⁷² “É preciso que uma força reguladora desempenhe para as necessidades morais o mesmo papel que o organismo para as necessidades físicas. Isso significa que essa força só pode ser moral. (...) na medida que os apetites não são automaticamente contidos por mecanismos fisiológicos, eles só podem se deter diante de um limite que reconheçam como justo” (DURKHEIM, 2000, p. 315).

um fato social, interpretado dentro da dinâmica da sociedade (SAAD-DINIZ, 2018, p. 170).

Por meio da construção dos conceitos de que o crime é “normal” e “funcional”, “antecipação moral de futura” e da ideia de anomia, a interpretação funcional abriu espaço para a compreensão da regulação de comportamentos e da fundamentação moral das modernas formas jurídicas (SAAD-DINIZ, 2018, pp. 170-171).

Em 1938, Robert King Merton retomou a ideia de anomia, buscando determinar como a estrutura social geraria uma pressão favorável ao comportamento socialmente desviado sobre as pessoas. (MERTON, 1970, pp. 192-193). A estrutura social é definida segundo o conjunto organizado de relações sociais no qual os membros da sociedade ou grupos estão implicados. Já a estrutura cultural é um conjunto de valores normativos capaz de governar a conduta comum dos membros de determinada sociedade ou grupo (MERTON, 1970, p. 236).

Assim, as estruturas sociais e culturais são elementos de suma importância na compreensão do problema apresentado pelo sociólogo, e, embora sejam conceitos analiticamente separados, se misturam em situações concretas (MERTON, 1970, pp. 204-205).

Um primeiro elemento da estrutura cultural define os objetivos a serem atingidos pelos indivíduos, se referindo aos propósitos e aos interesses mantidos como objetivos legítimos para todos ou para os membros diversamente localizados na sociedade (MERTON, 1970, pp. 204-205).

O segundo elemento da estrutura cultural define, regula e controla os modos aceitáveis de atender aos objetivos culturalmente definidos. Desse modo, os grupos culturais ligam seus objetivos aos regulamentos enraizados em costumes e instituições, os quais disciplinam os procedimentos permissíveis para a obtenção deles. As normas reguladoras não são necessariamente idênticas às normas técnicas ou de eficiência e detêm a aptidão de limitar a obtenção dos objetivos sociais (MERTON, 1970, p. 205).

Para Merton (1970, p. 206), as sociedades podem ser diferenciadas em dois tipos limites conforme a integração dos objetivos com os controles estabelecidos institucionalmente. Em um deles, a sociedade é caracterizada pelo equilíbrio entre a ênfase sobre os objetivos culturais e as práticas institucionalizadas, constituindo sociedades estáveis e integradas. A conformidade absoluta se torna um valor central, sendo as finalidades originais esquecidas e aderência à conduta institucionalmente recomendada é quase um ritual.

Em um outro tipo extremado, há uma tensão muito pesada em relação ao valor dado aos objetivos particulares e a pouca preocupação com os meios institucionalmente recomendados para a consecução deles. Desse modo, havendo uma cultura mal integrada, são permitidos o emprego de todos os procedimentos para atingir os objetivos importantes. Um equilíbrio efetivo entre os dois tipos opostos, é mantido enquanto as satisfações proporcionadas aos indivíduos se ajustam as duas pressões culturais (MERTON, 1970, p. 206).

Nas sociedades em que há ênfase em relação aos objetivos em detrimento dos procedimentos, os comportamentos podem ser viciados pela tensão em alcançá-los, e, em muitos casos, os indivíduos ficarão sujeitos a questões de conveniência técnica, sendo orientados pelo processo disponível mais eficiente para se apossar do fim pretendido, quer culturalmente legítimo ou não⁷³ (MERTON, 1970, p. 206).

A partir do momento que existe um amaciamento das normas, a sociedade torna-se instável, instaurando um processo de anomia já qualificado por Durkheim (Merton, 1970, p. 207). (MERTON, 1970, p. 206). A anomia é concebida por Merton (1970, pp. 236-237) como uma ruptura na estrutura cultural, ocorrendo quando há uma disjunção aguda entre as normas e as metas culturais e as capacidades socialmente estruturadas dos membros de agirem conforme as primeiras.

Com efeito, a exaltação de um fim gera uma literal desmoralização, provocando a desinstitucionalização dos meios. Nesse ponto, a crítica especial é dirigida à sociedade norte-americana, na qual se enfatiza com bastante força a acumulação da riqueza como símbolo de poder⁷⁴ (MERTON, 1970, pp. 208-212).

Robert Merton (1970, pp. 214-231) propõe a análise dos tipos de adaptação individual para avaliar o controle social dos padrões de comportamento nas sociedades integradas e não integradas. Os critérios por ele desenvolvidos se estabelecem em termos conformidade, inovação, ritualismo, retraimento e rebelião, segundo a relação que se estabelece entre as metas culturais e os meios institucionalizados.

Para a compreensão da criminalidade, interessam principalmente os tipos de conformidade e de inovação. Na primeira, a engrenagem de expectativas é sustentada pelo comportamento modal dos membros da sociedade, representando a conformidade

⁷³ Para Merton (1970, p. 203), implicitamente, a conformidade é um cálculo utilitário ou um condicionamento não racional.

⁷⁴ Segundo Merton (1970, p. 211), a cultura norte-americana impõe a aceitação de três axiomas: todos devem se esforçar para atingir os mesmos objetivos; o aparente fracasso momentâneo é apenas uma estação no caminho para o sucesso; e o fracasso genuíno consiste apenas na destruição ou retirada da ambição

com os padrões culturalmente definidos. Desse modo, a estabilização da sociedade é explicada porque o comportamento é tipicamente orientado aos valores da sociedade, compartilhados de tal modo que influenciam reciprocamente as relações sociais (MERTON, 1970, p. 204).

Na inovação, a grande ênfase na meta de êxito estimula a adaptação do comportamento do indivíduo por meio de métodos proibidos, mas frequentemente eficientes para o atingimento do sucesso, da riqueza e do poder. O indivíduo assimila os objetivos sem, no entanto, absorver as normas institucionais que governam os meios. Em termos psicológicos, pode-se esperar grande interesse emocional do indivíduo por determinado alvo, de modo a emergir uma maior inclinação para aceitar os riscos. Trata-se de um comportamento que pode ser adotado por todas as camadas da sociedade (MERTON, 1970, p. 218-222).

Assim, se instala uma tendência à anomia e ao comportamento divergente (MERTON, 1970, p. 231), sobretudo quando a estrutura social age atraindo oportunidades para o rompimento de normas ou o seu completo desprezo. Em suma, a teoria de Merton é vista como uma evolução do pensamento de Durkheim, porque o crime, em certa medida, passa a apresentar uma manifestação de certa anormalidade dentro de uma sociedade, tendo em vista ser fruto de uma disfunção do sistema social (SHECAIRA, 2012, pp. 201).

Porém, algumas críticas comuns são dirigidas a Merton e a Durkheim. A anomia em ambos repousa na determinação do consenso coletivo. Porém, em sociedades diferenciadas, o consenso coletivo pode significar um critério imposto arbitrariamente por grupos detentores de poder, traduzindo uma simplificação das divergências em benefício de seus próprios interesses. Também se imputa às teorias funcionalistas o conservadorismo, por buscarem a solução criminal nos limites da funcionalidade social, propiciando a defesa da ordem assim como ela é (SHECAIRA, 2012, pp. 202-203). Em que pese as críticas, não se pode ignorar a importância da teoria para a compreensão das relações estabelecidas no mercado, e, a sua grande potencialidade para explicar os crimes econômicos. Tais aspectos serão melhor desdobrados no Capítulo 4.

2.2.1 Teoria da oportunidade delitiva

A partir das contribuições de Robert Merton (1970), difundiu-se a importância de se estudarem as estruturas de oportunidade existentes na sociedade para a explicação da criminalidade. Com efeito, Richard Cloward e Liody Ohlin (1960) foram pioneiros no

desenvolvimento da tese sobre a disponibilidade de acesso aos meios legítimos e ilegítimos para explicar a delinquência juvenil.

Os autores buscam explorar as razões pelas quais as subculturas da delinquência⁷⁵ emergem de forma tão distintas em meio as estruturas sociais existentes, pressupondo, dessa maneira, as limitações das explicações para comportamento desviante baseadas nas motivações e pressões sociais. Segundo eles, elas não bastam para o cometimento do crime, pois é necessário que o indivíduo tenha acesso aos mecanismos de aprendizagem⁷⁶, e, uma vez treinado, encontre as condições necessárias para performar o seu papel (CLOWARD; OHLIN, 1960, pp. 144-148).

Isso implica assumir que o comportamento conformista, assim como o não conformista, é limitado por condições variáveis de disponibilidade, influenciada por série de fatores, como as condições socioeconômicas, idade, sexo, características de personalidade, dentre outros aspectos. Desse modo, o acesso aos meios ilegítimos não estará disponível igualmente a todos, existindo limitações quer sociais quer psicológicas (CLOWARD; OHLIN 1960, p. 148).

A novidade da análise de Richard Cloward e Liody Ohlin (1960) está em assumir que os indivíduos ocupam uma posição particular na sociedade em termos de diferentes acessos a oportunidades legítimas e ilegítimas. Por esse prisma, tal qual proposto por Merton (1970), a delinquência é resultante do bloqueio de acesso aos meios legítimos para atingimento das metas culturais, porém existe um segundo requisito: é preciso haver a disponibilidade dos métodos ilegítimos (BRAITHWAITE, 1989, p. 336)

Desse modo, o indivíduo deve ser posicionado em relação ao sistema de oportunidades legítimas e ilegítimas, não sendo olvidadas as diferenças estabelecidas em relação às cruciais distinções existentes na organização social em diversas áreas (CLOWARD; OHLIN, 1960, pp 150-152).

Não obstante dirigida ao estudo da delinquência juvenil, a teorização das oportunidades para os delitos se tornou um referencial importante para o desenvolvimento do crime organizacional. No âmbito do *compliance*, isso significa que as políticas de conformidade precisam estar atentas para os mecanismos que estruturam as

⁷⁵ Um ponto de partida adotado pelos autores está no conceito de subcultura desenvolvido por Albert Cohen (CLOWARD; OHLIN, 1960, p. 159). A constituição das subculturas criminais representaria a reação de minorias desfavorecidas e a tentativa de se orientarem dentro da sociedade (BARATTA, 2003, p. 67).

⁷⁶ A oportunidade abarca, ao menos em parte, estruturas de aprendizado. Assim, o comportamento criminoso é aprendido em interação com as pessoas em um processo de comunicação (CLOWARD; OHLIN, 1960, 148-149).

oportunidades legítimas e ilegítimas do cometimento de infrações no ambiente empresarial.

Desse modo, as estruturas de oportunidade devem ser analisadas e exploradas no contexto organizacional específico, para acessar os fatores que bloqueiam ou que permitem o engajamento com a criminalidade. Embora seja uma abordagem complexa de ser empregada e que requer um estudo multidisciplinar, a geração deste conhecimento, mormente na fase de avaliação e gestão de riscos, pode conferir ao *compliance* condições mais realísticas de concepção de políticas efetivas de inibição da disponibilidade de acesso às oportunidades ilegítimas.

2.3 TEORIA DA SUBCULTURA DELINQUENTE

Albert Cohen (1955) foi o precursor do desenvolvimento da teoria da subcultura delinquente, com a obra “*Delinquent boys: the culture of gang*”, dedicada ao estudo da comunicação da subcultura delinquente em relação aos jovens. A preocupação principal da teoria foi a identificação das situações em que surgiriam as normas desviantes e as denominadas subculturas relacionadas aos delitos.

Parte-se da concepção de que a criminalidade surge como uma solução para os problemas partilhados por uma pluralidade de indivíduos situados em uma determinada estrutura social, que, mediante interação comunicativa, estabelecem novas crenças e valores como forma de lidar com a falta de ajustamento, especialmente quando a cultura dominante não fornece alternativas satisfatórias (COHEN, 1955 e COHEN; SHORT, 1958).

Nessa dinâmica, a manipulação do *status* se apresenta de modo crucial, diante da importância da referência buscada aos olhares dos outros na formação da autoestima do indivíduo. Nesse caso, é problemático que os valores incorporados pela sociedade se estabeleçam em torno de parâmetros quase inatingíveis para determinadas classes, conduzindo os indivíduos aos problemas de ajustamento. A intangibilidade dos objetivos enseja frustrações e tensões, cuja reação é a emergência da subcultura (COEHN, 1955, pp. 66 e ss).

Assim, entende-se que a maioria dos comportamentos violentos e destrutivos de uma coletividade partem de uma série de tensões não resolvidas e da maturação de sentimentos elaborados e reforçados em uma esfera coletiva em razão da falta de um *status*. Portanto, a solução coletiva é a formatação de um novo sistema de normas e

valores que não destrói a moralidade dominante, mas simplesmente transforma a referência moral de avaliação (ideia de inovação)⁷⁷.

Desse modo, a subcultura exerce pressões de conformidade em relação aos comportamentos dissociados, mas partilhados pelo grupo social. A grande contribuição de Cohen está na identificação da diversidade de normas na sociedade, a partir da percepção de que há grupos que criam “subculturas” derivadas dos padrões normativos da identidade cultural hegemônica (SAAD-DINIZ, 2019b, pp. 35-36).

Para Eduardo Saad-Diniz (2019b, pp. 36-37), a teoria geral da subcultura tem o grande mérito de aperfeiçoar o modelo de Merton ao identificar a subcultura como manifestação coletiva, e, não, puramente individual. Por sua vez, Alessandro Baratta (2003, pp. 66-67) afirma que a teoria da subcultura delinquente permite a elaboração de uma perspectiva integradora do crime com a teorias funcionalistas, possibilitando a consideração de variados modelos de explicação da criminalidade, inclusive relacionados à aprendizagem.

Portanto, a aplicação da teoria é ampla, também se destinando à explicação dos crimes corporativos, tal qual abordado de forma bastante inteligente por John Braithwaite (1989). A subcultura delinquente permite explorar na criminalidade econômica na integração das técnicas de aprendizagem e com estruturas de oportunidades ilegítimas, porém, tal aspecto será desenvolvido no próximo tópico, dedicado às especificidades do crime organizacional.

2.4 DA EMERGÊNCIA DO CRIME ORGANIZACIONAL

Especialmente a partir das décadas de 60 e 70, o estudo dos crimes de colarinho branco começa a centrar as análises nas ilegalidades cometidas pelas organizações empresariais ou por instituições estatais ⁷⁸ (BARAK, 2015, p. 107). Tal percepção faz abarcar dentro da criminologia o interesse por estudar as peculiaridades relacionadas aos

⁷⁷ Para Alessandro Baratta (2003, p. 71), a teoria da subcultura do crime nega que o delito possa ser considerado uma expressão contrária a valores e expressões sociais gerais, pois o que existem são as normas e valores específicos dos diversos grupos sociais (subculturas). Outrossim, a subcultura apresenta três aspectos: (i) a ação não é utilitarista; (ii) existe uma malícia ínsita à conduta e (iii) o seu negativismo (SHECAIRA, 2012, p. 269- 271).

⁷⁸ O início do século XXI foi acompanhado pelo crescimento do interesse na investigação do crime praticado pelos poderosos. Para Barak (2015, p. 105), o interesse não estava focado em violações atomizadas em indivíduos, mas em crimes da economia ou crimes de acumulação de capital e de reprodução.

crimes cometidos pelas grandes corporações, emergindo uma categoria própria de investigação⁷⁹.

Para tal propósito, a obra “Corporate Crime” de Marshall Clinard e Peter Yeager, publicada pela primeira vez em 1980, é um importante marco teórico para desenvolvimento do conceito de crime organizacional. Ela compreende um estudo seminal sobre as mais diversas práticas desviantes praticadas pelas maiores companhias americanas listadas na Fortune 500⁸⁰. Desse modo, a partir do estudo empírico, os criminólogos conseguiram conceituar, contextualizar e fornecer uma delimitação mais clara das práticas criminosas emergidas no ambiente corporativo.

Para Marshall Clinard e Peter Yeager (2017), o crime corporativo é um crime de especial de colarinho branco. É um crime organizacional porque ocorre no contexto de relacionamentos complexos e de diversas expectativas entre o conselho de administração, executivos, gerentes de classes intermediárias e supervisores, além de outras corporações e formas estruturais relacionadas.

Para os criminólogos, o crime de colarinho branco pode ser dividido em dois grandes tipos: crimes ocupacionais e corporativos. O crime ocupacional é cometido por indivíduos ou pequenos grupos de indivíduos em conexão com suas ocupações e atividades. Por sua vez, os crimes corporativos são cometidos por coletividades ou por um agrupamento discreto de indivíduos no interesse da corporação (CLINARD e YAGER, 2017).

Desse modo, se um agente da corporação viola a lei agindo no interesse dela, haverá um crime corporativo, mas se ele obtém um benefício em detrimento da própria organização, o crime é ocupacional. Porém, os autores assumem que tal distinção pode parecer ocasionalmente arbitrária em virtude da dificuldade em determinar o intento individual dos agentes para proceder a tal delimitação (CLINARD e YAGER, 2017).

Por sua vez, John Braithwaite (1984, p. 6) define o crime corporativo como a conduta de uma corporação ou de seus empregados – atuando em seu lugar - proibida e punível pela lei. As condutas podem ser punidas com prisão, liberdade condicional, multas, revogação de licença, serviços comunitários, disciplinas internas ou outras

⁷⁹ O desenvolvimento do estudo dos crimes corporativos, a partir de Sutherland, foi aprofundado Donald R. Cressey (SAAD-DINIZ, 2019b, p. 91).

⁸⁰ Eduardo Saad-Diniz (2018, p. 176) aponta a existência de um certo pioneirismo em Marshall Clinard e Peter Yeager no empenho em proceder a uma análise detalhada do comportamento corporativo socialmente danoso.

punições impostas pelas cortes, não sendo necessário que os crimes sejam efetivamente punidos, mas que sejam puníveis.

É importante observar que os conceitos de crimes organizacionais aqui tratados não estão circunscritos à tipificação estritamente penal, mas abarcam condutas ilícitas cometidas por corporações ou seus administradores, gerentes ou empregados – atuando no interesse da organização – consistentes em violações do direito civil, criminal ou administrativo.

Na contextualização do crime corporativo, é preciso atentar para a diversidade dos crimes organizacionais praticados por entes detentores de um imenso poder econômico e de controle da vida individual e social. As corporações podem influenciar preços, tendências de inflação, qualidade de bens, taxa de desemprego, manipular a opinião pública pelos usos da mídia de massa, e, de forma manifesta, impactar o meio ambiente. Seus comportamentos podem moldar a política externa e comprometer o processo democrático por meio de contribuições políticas ilegais (CLINARD e YAGER, 2017).

Apesar de os crimes organizacionais corresponderem a uma categoria própria, o comportamento ilegal da corporação não poderá ser totalmente explorado sem a compreensão das teorias que analisam o comportamento individual. No entanto, a análise requer a compreensão da empresa enquanto pessoa, porém, compreendida como uma organização complexa (CLINARD e YAGER, 2017).

Por sua vez, para Marshall Clinard e Peter Yeager (2017), a realidade complexa da empresa deve ser entendida sob a égide da divisão de tarefas e da especialização de suas atividades, características muitas vezes capazes de insular os altos executivos da responsabilização pelos comportamentos desviantes na organização:

(...) corporations delegate decisionmaking and disperse their operating procedures in order to produce efficiently. (...) These factors—size, delegation, and specialization—combine to produce an organizational climate that allows the abdication of a degree of personal responsibility for almost every type of decision, from the most inconsequential to one that may have a great impact on the lives of thousands. At all levels of the corporation there may be an institutionalization of irresponsibility that permits the corporation to function as if encumbered by blinders and may allow individuals in the corporation to remain largely unaccountable, often legally so well as morally.⁸¹

⁸¹ (...) as empresas delegam a tomada de decisões e desviam seus procedimentos operacionais para produzir com eficiência. (...) Esses fatores, tamanho, delegação e especialização - combinam-se para produzir um clima organizacional que permite adicionar um grau de responsabilidade pessoal a quase todos os tipos de decisão, desde a mais inconsequente até a que possa ter um grande impacto na vida de milhares.

Nesse clima organizacional complexo, os executivos nos níveis mais altos podem se exonerar da responsabilidade, em termos pragmáticos e morais, por um processo de racionalização em que se argumenta a ausência do conhecimento em relação meios ilegais por vezes empregados para obtenção dos objetivos fixados. A criticidade surge porque muitas vezes são fixadas as metas pelos superiores facilmente percebidas pelos níveis mais baixos como exigências capazes de justificar a adoção de qualquer procedimento para o seu atingimento (CLINARD e YAGER, 2017).

Quando Clinard e Yager (2017) analisam o contexto do crime corporativo, chamam atenção para a importância dos objetivos econômicos para as corporações. Embora eles sejam enfáticos no reconhecimento de uma diversidade de motivações para a criminalidade, chamam a atenção para os riscos à ética corporativa da ênfase excessiva nos lucros, porquanto algumas políticas corporativas podem encorajar tendências criminais nas corporações.

Outra relevante característica dos crimes organizacionais se apresenta no campo das sanções quando feita a comparação com os crimes comuns (*blue-collar crime*). Normalmente, o crime corporativo não é percebido socialmente da mesma maneira que os crimes comuns⁸², sendo bastante difícil a responsabilização dos executivos seja em razão do perfil socioeconômico, sejam por questões processuais e legais (CLINARD e YAGER, 2017).

Os executivos muitas vezes são líderes em sua comunidade, contando com um bom histórico educacional e um elevado *status* social e são percebidos como geradores de riqueza para a sociedade. Diante disso, o uso de sanções criminais acaba por ser limitado, salvo se os crimes cometidos relevem uma inegável má-fé e irresponsabilidade. Ademais, a divisão de tarefas e a complexidade dos crimes criam muitas dificuldades à efetiva responsabilização no campo processual e legal, sobretudo porque os efeitos das violações são extremamente difusos, raramente deixando vestígios materiais⁸³ (CLINARD e YAGER, 2017).

De fato, o crime corporativo apresenta um custo nem sempre bem identificado e muitas vezes difuso. Assim, apesar dos incalculáveis danos causados ao meio ambiente,

⁸² Sally Simpson (200, pp. 2-4) destaca que progressivamente a visão da opinião pública tem sido modificada, abrindo espaço para o crescimento da intolerância aos crimes corporativos. De qualquer forma, ela adota uma postura crítica, ao apontar as limitações do sistema de justiça criminal como uma instância primária para prevenir e lidar com o crime corporativo.

⁸³ O crime corporativo apresenta um custo nem sempre bem identificado e muitas vezes difuso. Assim, apesar dos incalculáveis danos causados ao meio ambiente, à base moral da sociedade e dos custos sociais gerados, as vítimas do crime corporativo nem sempre não estão conscientes do seu processo de vitimização (CLINARD e YAGER, 2017).

à base moral da sociedade e dos custos sociais gerados, as vítimas do crime corporativo nem sempre não estão conscientes do seu processo de vitimização (CLINARD e YAGER, 2017).

De um modo geral, a resposta dos governos às violações corporativas não são as mesmas se comparadas aos crimes comuns. Geralmente as penalidades são muitas vezes lenientes, particularmente se comparadas à gravidade das ações. Poucos membros das corporações acabam na prisão, e, quando condenados, geralmente ficam em liberdade condicional. Por outro lado, se os executivos vão para prisão, ficam por pouco tempo nelas (CLINARD e YAGER, 2017).

Existe, assim, uma imensa disparidade de tratamento entre os criminosos de colarinho branco (*white-collar offenders*) e os criminosos comuns (*blue-collar offenders*) (CLINARD e YAGER, 2017). Em suma, os executivos corporativos correm um baixo risco de condenação e de prisão por suas ações ilegais ou em nome da corporação. Além disso, facetas complexas sociais e dos vieses do sistema contribuem para um insulamento deles em relação às consequências das ações danosas (CLINARD e YAGER, 2017).

Nos dias atuais, William Laufer (2017a, p. 418) destaca que a discrepância de tratamento entre os crimes corporativos e os crimes comuns é revelada pela priorização da ação governamental na alocação de recursos em relação aos últimos. Porém, a ausência de maiores investimentos na capacidade pública para combater os crimes corporativos contribui para inconsistências regulatórias, ineficiências e às vezes, injustiças. Ademais, as estratégias de combate do crime comum são apoiadas em muitas evidências produzidas pela criminologia, não havendo equivalentes construções para a identificação, investigação e predição das ofensas corporativas e de seus ofensores, e, tampouco para o conhecimento da vitimologia corporativa.

Nesse ponto, é preciso alertar que a limitação da criminologia econômica apontada por William Laufer (2017a), especialmente no campo empírico, reduz em muito a possibilidade de realização concreta do *compliance* enquanto instrumento de contenção da criminalidade econômica. Sem conhecer profundamente o desdobrar das condutas corporativas, das ofensas perpetradas e de suas vítimas, não se pode diagnosticar corretamente os fatores que determinam a criminalidade, e, assim, desenvolver políticas consistentes para a prevenção de infrações.

2.4.1 O crime organizacional por John Braithwaite

Outro marco importante para o desenvolvimento teórico dos delitos organizacionais foi fornecido por John Braithwaite (1989), que compatibilizou várias das ideias já lançadas pela criminologia e pela sociologia para explicar os ilícitos cometidos por corporações.

Partindo da teoria da oportunidade, Braithwaite (1989, p 338) explica que o crime organizacional será mais fácil de ocorrer quando a organização ou as suas subunidades estiverem mais suscetíveis a bloqueios de oportunidades legítimas para conseguir o atingimento de suas metas e objetivos. Além disso, a probabilidade de ocorrência do delito corporativo será maior quando as oportunidades ilegítimas para atingir os objetivos organizacionais estiverem mais facilmente disponíveis para os atores organizacionais.

Por sua vez, reconhecendo as limitações da teoria da oportunidade, Braithwaite (1989, pp. 338-339) propõe a sua complementação com a teoria da subcultura delinquente, principalmente com a finalidade de precisar as condições em que os sujeitos elegem as oportunidades ilegítimas ou, às vezes, as criam. A partir de tal fusão, formula-se a tese de que o bloqueio de oportunidades legítimas impulsiona a formação de subculturas de delinquência nos ambientes organizacionais.

Por seu turno, a maior parte das oportunidades ilegítimas toma a forma de subculturas capazes de transmitir o conhecimento de como os atores organizacionais podem trabalhar conjuntamente para infringir a lei. Assim, a subcultura socializa os novos executivos a operarem por meio de práticas ilegais e a racionalizarem o seu comportamento como bom, necessário ou inevitável⁸⁴. Entre outras coisas, a subcultura também ensina sobre a adoção de procedimentos que irão sustentar as estruturas ilegítimas (BRAITHWAITE, 1989, p. 339).

Desse modo, percebe-se que a subcultura explica as formas de controles sociais informais que impedem as empresas de agirem em conformidade. Diante disso, como prescrição, Braithwaite (1989, 339-340) adota a formulação da teoria da associação diferencial e alerta sobre a importância de a teoria organizacional do crime apontar o

⁸⁴ *The formation of a subculture is itself probably the most universal and powerful of techniques of neutralization, for nothing is so effective in allaying doubts and providing moral reassurance against a gnawing superego as the repeated, emphatic, and articulate support and approval of other persons* (COHEN; SHORT, 1958, p. 21). Tradução livre: A formação de uma subcultura é provavelmente a mais universal e poderosa das técnicas de neutralização, pois nada é tão eficaz para dissipar dúvidas e fornecer garantias morais contra um superego atormentador quanto o apoio e a aprovação repetidos, enfáticos e articulados de outras pessoas (COHEN; SHORT, 1958, p. 21).

contexto em que as condições sociais sejam favoráveis ou não ao *compliance* (BRAITHWAITE, 1989, 339-340).

Segundo Braithwaite (1989, pp. 340-341), a compreensão do processo de “*shaming*” é a chave para tal mister. O processo de “*shaming*” corresponde a uma forma de controle social da conduta pela sua desaprovação por formas culturais verbais e não verbais variáveis, podendo ser operado pelo viés da estigmatização ou da reintegração (1989, pp. 340-341).

Em suma, Braithwaite (1989, 339-340), concebe as seguintes proposições para a explicação do crime organizacional:

- i) O crime organizacional é mais provável de ocorrer quando as subculturas de resistência à lei são fortes. Tais subculturas neutralizam o vínculo moral e legal e comunicam o conhecimento sobre a criação de oportunidades ilegítimas e sobre o encobrimento de ofensas;
- ii) As subculturas de resistência se desenvolvem quando as organizações e seus executivos são estigmatizados como não confiáveis e quando são concebidos inadequados para a regulação cooperativa. Quando as organizações são tratadas como irremediavelmente como corruptas, elas são mais propensas a se tornarem corruptas;
- iii) A probabilidade de desenvolvimento de subculturas criminais é menor quando o processo de *shaming* é mobilizado contra indivíduos e organizações pela comunidade, profissionais, parceiros industriais, reguladores e governos. Ele também é responsável por criar padrões de razoabilidade de comportamento corporativo informadores da “consciência corporativa”;
- iv) Um genuíno processo de *shaming* para o crime organizacional é criado por meio de um aparato aberto e um sistema democrático vigoroso, contando com o apoio de grupos ativos na proteção dos interesses afetados pelas atividades empresariais;
- v) O processo de *shaming* é dirigido pelo comprometimento vigoroso da indústria e seus pares com a autorregulação;
- vi) O processo de *shaming* e de controle informal do crime organizacional são facilitados pela regulação cooperativa;
- vii) A regulação cooperativa é mais provável de ser alcançada quando os reguladores adotam uma postura intermediária entre a autorregulação e a regulação tradicional; e

- viii) O comprometimento vigoroso da indústria e seus profissionais é mais provável de ocorrer diante de uma governança regulatória cooperativa, inclusive por meio de incentivos para o controle empresarial para promover o *enforcement* estatal.

Em Braithwaite (1989) a ideia de autorregulação regulada – reforçada no desenvolvimento da regulação responsiva⁸⁵ - ganha força sem igual no âmbito das políticas de enfrentamento da criminalidade corporativa, com grande aplicação para os temas do *compliance*, consoante já indicado no Capítulo 1. Porém, desafios imensos existem para a efetividade de tais modelos de regulação, sendo crucial também analisar como as estruturas do poder corporativo inibem a força de atuação dos *stakeholders* (essencial ao processo de *shaming*), especialmente por operância de visões estreitas dos propósitos empresariais atrelados à maximização de lucros.

Outrossim, é preciso alertar que, no Brasil, a criminologia carece de maior desenvolvimento para apontar com clareza as situações favoráveis ou não para a definição do crime corporativo, sobretudo no campo da interação das estruturas de oportunidade com a formação de subculturas delinquentes. Para tal propósito, a verificação científica da efetividade do *compliance* pode ser um campo fértil para a produção de tal conhecimento científico, seja pelos órgãos de *enforcement*, seja pelas próprias empresas, principalmente se o instrumento for capaz de avaliar de forma cautelosa os processos de decisão empregados na conduta desviante. Porém, esse é um longo caminho ainda a ser trilhado.

2.4.1. Processos de neutralização no crime corporativo e a importância da vitimologia corporativa

As técnicas de neutralização do crime foram inicialmente idealizadas por Sykes e Matza (1957) para explicar a delinquência juvenil. Tais técnicas correspondem a recursos utilizados pelos delinquentes para amenizarem a força moral da lei e

⁸⁵ A teoria responsiva da regulação é um dos expoentes desse novo paradigma regulatório, a qual busca a transcendência do debate entre os extremos da desregulação e da regulação (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). A teoria responsiva propõe a escalada progressiva da intervenção estatal na proporção inversa da capacidade de autorregulação dos regulados, mediante a idealização de diversos regimes jurídicos interventivos estabelecidos segundo os regulados sejam virtuosos, racionais ou irracionais/incompetentes. Engloba-se, destarte, uma estratégia regulatória que combina as sinergias da persuasão e punição, famosamente ilustrada pelas pirâmides regulatórias (AYRES; BRAITHWAITE, 1992; BRAITHWAITE, 2002; BRAITHWAITE 2006; BRAITHWAITE, 2008 e BRAITHWAITE 2011b). Para a teoria responsiva da regulação é importante destacar a camada do tripartismo, que busca integrar todas as partes interessadas a dialogarem e a pressionarem os agentes regulados para a conformidade (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

neutralizarem a culpa na participação criminal. O processo de neutralização se faz por vários recursos psicológicos, exemplificados na negação da responsabilidade, da vítima e do dano, no sentimento de lealdade ao superior e na condenação dos condenadores.

Em relação aos crimes praticados pelos poderosos⁸⁶, Greg Barak (2015) também enxerga o processo de neutralização⁸⁷. Diante dos interesses prevalentes e das relações do capitalismo global, os crimes dos poderosos incluem arranjos institucionalizados⁸⁸ políticos e econômicos que rotinizam estruturalmente os danos, as lesões e os processos de vitimização. Assim, os crimes dos poderosos implicam transgressões que simplesmente normalizam o processo de vitimização como “custos de negócios” e “danos colaterais”.

Ademais, a organização complexa da empresa favorece a negação da responsabilidade, uma vez que a divisão de trabalho e a delegação de funções dificulta a individualização da conduta e a responsabilização moral por elas. Os delitos econômicos vêm comumente acompanhados de justificações como a normalidade dos desvios dentro da empresa e do mercado, de pressões internas e externas, da negação da existência concreta de vítimas e do próprio dano, e de desculpas relacionadas ao atendimento de ordens superiores. Por isso, as pessoas integrantes de uma organização empresarial muitas vezes aprendem a cometer determinadas infrações e a como justificá-las (NIETO MARTÍN, 2018, p. 42).

Clinard e Yager (2017) alertam para uma variedade de justificações construídas pelos executivos para amenização das conotações negativas dos seus comportamentos, especialmente quando está disseminada a crença de que as práticas antiéticas são comuns no mercado. Em um certo grau, os executivos costumam se insular em relação às pessoas

⁸⁶ Os crimes cometidos pelos poderosos englobam aqueles cometidos por organizações públicas e privadas, em ações que violam a generalidade de direitos humanos, inclusive pela prática de tortura e genocídio, *marketplaces*, consumidores, o sistema político e o meio ambiente (BARAK, 2015, p. 106)

⁸⁷ Time and again, these powerful criminal activities in particular are conventionalized or neutralized by way of alliances, negotiations, and justifications that undermine the moralizations of these offenses. Concurrently, the legal reactions to as well as the ideological rationalizations of elite offenses by capitalist state actors and other defenders of the status quo contribute to this demoralization and to the denial of victimhood and liability for those harmed or injured. (BARAK, 2015, p. 105). Tradução livre: Repetidas vezes, essas atividades criminosas poderosas, em particular, são convencionadas ou neutralizadas por meio de alianças, negociações e justificativas que minam a moralização dessas ofensas. Concomitantemente, as reações legais e as racionalizações ideológicas dos delitos de elite por atores estatais capitalistas e outros defensores do status quo contribuem para essa desmoralização e para a negação da vitimização e da responsabilidade pelos feridos.

⁸⁸ Barak (2015, pp. 105-106) dirige uma dura crítica aos atores estatais na institucionalização dos crimes dos poderosos, apontando o papel crucial do Estado na impunidade de vários atores econômicos e na proteção dos interesses de acumulação do capitalismo, a exemplo do relevado pela crise de 2008, em que nenhuma das entidades financeiras e seus principais agentes foram sujeitos a penalidades criminais. Apesar de o Estado deter o monopólio do uso legítimo da força, a soberania e a moeda, o domínio sobre a esfera pública e privada é exercido em prol da acumulação e da reprodução. Todos esses aspectos são ainda mais intrincados se analisado o papel da globalização.

que possam discordar deles. Apesar das latentes violações, eles não se veem como criminosos e não se sentem moralmente responsáveis pelos danos causados.

A lealdade corporativa, a obediência aos superiores e o desejo de conseguir salários e bônus são justificações comuns em relação ao comportamento antiético e ilegal. As pressões sobre os executivos se transferem de mão em mão com premiações a partir do atingimento dos objetivos das corporações, incluindo o aumento de salários por bônus atrelados aos lucros, compensações financeiras e regalias extensivas (CLINARD e YAGER, 2017).

Muitos dos executivos são tratados com os privilégios e os luxos custeados pela corporação e a falha na obtenção desses prêmios pode ser desastrosa para própria imagem dos executivos e para a sua vida pessoal. Embora uma série de punições e de premiações possam motivar os gerentes a atingirem os objetivos de performance, às vezes as metas são muito altas, colocando os empregados em uma situação de confronto entre a taxaçoão de incompetência ou o emprego de atalhos antiéticos e ilegais (CLINARD e YAGER, 2017).

Esses aspectos analisados conjuntamente podem contribuir para um menor senso de reprovaçoão moral e de responsabilidade pelas próprias condutas. Assim, em meio ao crescente poder gerencial e ao isolamento, os executivos se encontram imersos em uma zona propícia para a neutralizaçoão e a literal irresponsabilidade.

Em tal quadratura, o descortinar dos processos de vitimizaçoão⁸⁹ em relaçoão aos delitos corporativos praticados pode ser um passo importante para mitigar o emprego das técnicas de neutralizaçoão ou de racionalizaçoão do crime no ambiente corporativo e propiciar a necessária, justa e tempestiva reparaçoão dos danos causados.

Conforme alerta Eduardo Saad-Diniz⁹⁰ (2019b, p. 21), “*a ausência de uma vitimologia corporativa obstrui o conhecimento de quem é vitimizado pelo comportamento corporativo socialmente danoso*”. Embora o estudo da responsabilidade penal corporativa ocorra há quase um século, ainda não houve o escalonamento devido de um conceito tão elementar, minando-se a sua consistência sistemática e o convencimento sobre a sua fundamentaçoão moral (SAAD-DINIZ, 2019b, p. 21).

⁸⁹ Segundo destaca Laufer (2017a, p. 415), a vitimologia corporativa tem o condão de revelar as camadas de vitimizaçoão em um amplo espectro de partes interessadas; redefinir a percepçoão de culpabilidade corporativa em relaçoão a possíveis sançoões; e corrigir a percepçoão distorcida de que os erros corporativos são de alguma forma menos graves.

⁹⁰ As teses desenvolvidas por Eduardo Saad-Diniz (2019b, pp. 144 e ss.) partem do referencial teórico fornecido por William Laufer para a vitimologia corporativa.

Há, portanto, a necessidade de estudar com mais detalhamento e substância a natureza da vítima, de modo a permitir dar voz a quem é lesionado e buscar medidas mais legítimas de pronta resposta. De fato, a ignorância quanto aos processos de vitimização contribui para o silenciamento das vítimas e para a indiferença moral, resultando em um descolamento entre o ofensor e as suas vítimas (SAAD-DINIZ, 2019b, pp. 21-23).

Além disso, a pesquisa vitimológica segue bastante limitada por força das técnicas de neutralização, alienando o processo de restauração e processos de vitimização, sem uma dimensão mensurável dos níveis de exposição ao risco e de afetação da personalidade (SAAD-DINIZ, 2019b, pp. 183-184).

Nesse contexto, há um verdadeiro enfraquecimento da ideia de convocação da sociedade (por seus *stakeholders*) para atuar em reforço da conformidade. Dito de outro modo, sem o conhecimento da condição de vítima e das formas de sua vitimização, a sociedade civil carece de meios para seu amadurecimento, ficando impossibilitada de pleitear a reparação dos danos e a correção da conduta corporativa, até pela assimetria desmedida de informação.

Além disso, conforme pontua Eduardo Saad-Diniz (2019b, pp. 168-176), o cenário de neutralização dos crimes é acirrado pela dependência comunitária das populações em relação às corporações na sua atuação local. Em algumas situações, as relações sociais e a articulação da população local são tão profundas que a vitimização e a sobrevivência sequer chegam a ser questionadas, por ausência de alternativas. Paradoxalmente, a agressividade das práticas corporativas caminha lado a lado com os espaços de dependência comunitária (SAAD-DINIZ, 2019b, pp. 174).

Assim, não obstante a vitimização corporativa ainda seja desconhecida ou pouco enfatizada no Brasil, ela apresenta relevantes possibilidades para tecnologia de *compliance*. Por meio dela pode-se mitigar os recursos de neutralização do crime, possibilitando a real reaproximação de ofensor e vítima. Além disso, o conhecimento dos meios de vitimização pode estimular a capacidade de ponderar os impactos éticos e legais das ações corporativas para os *stakeholders*⁹¹ e estruturar as ações de efetiva reparação dos danos causados.

⁹¹ Eduardo Saad-Diniz (2019b, p. 156) considera possível a aglutinação das vítimas com o conceito de *stakeholder* desenvolvido por Freeman (2010).

2.5 MODELO RACIONAL DE DISSUAÇÃO DO CRIME E PERSPECTIVAS CRÍTICAS

Conforme destaca Adan Nieto Martín (2018, p. 44), outra corrente de explicação para os crimes econômicos em que se apoia a criminologia encontra-se na análise econômica do Direito, que se fez inicialmente no âmbito do Direito Penal. Principalmente a partir do trabalho seminal intitulado “*Crime and Punishment: An Economic Approach*”, Gary Becker (1968), ganhador do prêmio Nobel de 1962, utilizou a análise econômica para explicar os comportamentos delitivos⁹².

Partindo-se da premissa de escolha racional⁹³, foram formulados modelos matemáticos para explicar a manifestação dos comportamentos criminosos em razão das funções estabelecidas entre o número de ofensas cometidas, o risco de detecção, as penalidades aplicadas em caso de condenação, e as utilidades geradas pelas ações criminosas.

É evidente a zona de influência do pensamento utilitarista de Jeremy Bentham na abordagem econômica do crime desenvolvida por Becker (POSNER, 1988). A teoria do filósofo sobre punição supõe que os indivíduos estão constantemente maximizando o seu bem-estar pelo sopesamento entre a antecipação do prazer resultante do crime aos olhos do ofensor e a antecipação da dor. Desse modo, a dor e o prazer seriam as forças soberanas que governam o que os seres humanos, fazem, falam e pensam, e partir delas se extrai o princípio da utilidade (BENTHAM, 2000, p. 14).

Para Becker (1968), as pessoas apenas cometem uma ofensa se a utilidade esperada com o crime exceder a utilidade que poderia ser obtida pela utilização do tempo e dos recursos em outras atividades legítimas. Assim, algumas pessoas se tornariam criminosas não porque suas motivações difeririam da motivação de outras pessoas, mas porque os custos e benefícios dos ilícitos seriam diferentes.

A partir da abordagem econômica do crime, restou bastante difundida a visão de que os ilícitos corporativos seriam resultados de ações meticulosamente calculadas pelos

⁹² Desde estudos originais de Gary Becker, o comportamento desviante é resultado da maximização do próprio benefício e interesse próprio orientados à evitação da punição e da imposição de pena ou de um mal ao infrator (SAAD-DINIZ, 2019b, p. 67).

⁹³ Para Becker (1962): “rational behavior simply implies consistent maximization of a well-ordered function, such as a utility or profit function”. Tradução livre: comportamento racional implica simplesmente uma maximização consistente uma função bem ordenada, tal qual a função de utilidade ou de lucros.

infratores enquanto maximizadores de sua própria utilidade (primado do *homo economicus*).

Por esse prisma, a ideia de dissuasão do crime (*deterrence*) estaria baseada na racionalidade dos indivíduos, assumindo-se que o medo da sanção é o que irá conduzir os cidadãos ao cumprimento da lei (SIMPSON, 2002, p. 9). Assim, na medida em que risco e a consequência de punição formal sejam avaliados como maiores do que os benefícios do ato criminoso, a legalidade prevalecerá. Quanto maior a certeza, severidade e celeridade da punição, maiores serão os possíveis efeitos dissuasores tanto para indivíduos infratores (dissuasão específica) quanto para os públicos (dissuasão geral) (SIMPSON, 2002, p. 9).

Dito em outras palavras, em sendo os infratores seres racionais, a política regulatória ótima será obtida pela extrapolação dos custos da conduta ilícita em relação aos ganhos a serem auferidos diante de sua prática, considerando-se, ainda, os riscos de detecção.

Não obstante a simplicidade da prescrição, é difícil a obtenção de níveis adequados de *compliance*, sendo os escândalos corporativos um sinal de falhas sistemáticas nos sistemas dissuasórios. De um modo bastante didático, Sally Simpson (2002) organiza as teses que abordam a falha da dissuasão do crime corporativo, conforme será visto adiante.

Sob a ótica da implementação, a dissuasão irá falhar no desencorajamento da conduta criminosa se os custos de punição não se encontrarem salientes aos agentes. Muitas pesquisas empíricas sugerem que é lucrativo para as firmas violarem a lei porque o risco de detecção é baixo e os benefícios dos crimes ultrapassam os modestos custos da percução criminal. Todavia, em relação aos crimes corporativos, a baixa severidade das penas, somada à incerteza de punição, produzem uma insignificante ameaça de punição (SIMPSON, 2002, p. 46-49).

Uma outra linha de pensamento, argumenta a ausência de uma maior ofensividade moral e reprovabilidade em si das ofensas corporativas, sendo muitas delas consideradas ilegais por uma questão de mera proibição legal. Assim, porque não há proibições morais intrínsecas, a dissuasão bem-sucedida torna-se uma questão puramente de efetividade do sancionamento. No entanto, tal ponto depende da extensão em que sociedade como um todo acredita na idoneidade de proibição, porquanto a dissuasão depende da percepção de legitimidade da lei. Portanto, a carência do senso de legitimidade incute uma percepção

de excesso de punição pelo sistema criminal em relação aos crimes corporativos (SIMPSON, 2002, p. 49).

Além disso, as empresas estão rodeadas de garantias processuais que afetam tanto a probabilidade de que as acusações sejam apresentadas quanto à probabilidade de que a punição seja recebida. Como consequência, é extremamente difícil provar que uma empresa é culpada de uma violação criminal para além de uma dúvida razoável (SIMPSON, 2002, p. 50-52).

As perspectivas sucesso da dissuasão também são diminuídas pelas características das próprias empresas. Tal afirmação pode parecer irônica se considerada a imagem caricatural das empresas enquanto entes predispostos ao comportamento racional. O problema é que a avaliação das empresas como entes mais racionais e mais sensíveis ao risco de sanções não explora uma vasta gama de fatores que afetam a racionalidade corporativa e, por implicação, a dissuasão corporativa (SIMPSON, 2002, p. 52-53).

Conforme destaca Sally Simpson (2002, p.53), algumas pesquisas têm demonstrado que a tomada de decisão coletiva é operada de maneira distinta em relação à decisão individual. Os grupos são mais propensos a aceitarem riscos em seus resultados que indivíduos, e, os fatores que impedem os indivíduos de violarem a lei - ou que os tornem mais avessos ao risco - podem não incorrer no nível em decisões tomadas em grupo. Desse modo, as percepções individuais dos custos das sanções são filtradas e ajustadas através da dinâmica de grupo.

À medida em que muitas (se não a maioria) das decisões criminais corporativas são tomadas coletivamente, assim, o modelo de dissuasão está comprometido. Tais aspectos devem ainda ser somados às tendências de neutralização do crime e aos efeitos da transitoriedade de pessoas em seus postos na racionalização dos efeitos dissuasórios. Na medida em que os riscos de punição sejam experienciais e específicos para uma posição específica na corporação, mudanças de pessoal atrapalham a percepção quanto à saliência das punições (SIMPSON, 2002, p. 53-55).

Assim como ocorre em relação às corporações, o processo de decisão gerencial é mais complexo que o modelo tipicamente racional supõe, fato também explorado por pesquisas empíricas pesquisas empíricas mais recentes na seara da ética negocial. A esse respeito, a pesquisa conduzida por Eugene Soltes (2016) no campo da ética negocial apresenta bastante congruência em relação as críticas já introduzidas por Sally Simpson (2002) e seus achados apresentam uma imensa transversalidade em relação aos apontamentos desenvolvidos pela criminologia econômica nos moldes expostos acima.

Após ter pesquisado por oito anos o processo de decisão de quase cinquenta líderes condenados por crimes de colarinho branco, Eugene Soltes (2016) concluiu que a generalidade dos delitos corporativos analisados não decorreu de considerações formais de cálculo de custos e benefícios feitas pelos agentes.

Na verdade, foi apurado que a maioria das ações criminosas foi fruto de decisões inspiradas em intuição, sem uma avaliação cautelosa prévia de custo e benefício. Percebeu-se que muitos executivos confiam, de modo excessivo, em suas próprias intuições, não se engajando em um processo deliberativo racional. Além disso, eles não estão acostumados a serem confrontados por pontos de vistas diversos no momento da decisão, reforçando o aspecto intuitivo da avaliação (SOLTES, 2016).

Ainda para o professor de Harvard, o distanciamento físico e psicológico existente no mercado entre os executivos e os indivíduos potencialmente prejudicados pelo processo decisório afeta a habilidade de utilização da empatia no processo de decisão e a percepção do mal causado pelas suas condutas. Talvez por isso, apesar de os criminosos terem sido submetidos à formação ética de elite, não tenham sido capazes de avaliar de modo acurado as consequências de suas ações nas situações cotidianas (SOLTES, 2016).

Na verdade, segundo Soltes (2016), muitos executivos acreditaram que as suas decisões não poderiam, de fato, causar danos para as outras pessoas; muito pelo contrário, eles detinham a crença de que ajudariam a organização e os seus próprios empregados com a prática dos ilícitos.

Ainda, segundo Eugene Soltes (2016), o menor grau de reprovação dos crimes de colarinho branco pelos pares e pela comunidade imediata pode intensificar a ausência de cautela dos executivos no processo de decisão. Ademais, a menor incidência de um sentimento de vigilância comunitária no mercado (dada a sua impessoalidade marcante) pode ser uma força contrária às considerações de impactos sociais sobre as decisões tomadas pelos administradores.

Muitas dessas conclusões convergem com aportes que, vindos da sociologia econômica⁹⁴ e da economia comportamental⁹⁵, também reforçam a importância dos

⁹⁴ DOBBIN, Frank. **The new economic sociology**. Princeton: Princeton University Press, 2004; GRANOVETTER, Mark; SWEDBERG, Richard. **The sociology of economic life**. Boulder: Westview Press, 2011; FLIGSTEIN, Neil. **The architecture of markets: an economic sociology of twenty-first century capitalist societies**. Princeton: Princeton University Press, 2001. Para uma interessante noção da dinâmica da tomada de decisões em conselhos de administração no Brasil, ver GUERRA, Sandra. **A caixa-preta da governança**. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

⁹⁵ ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012 e THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

aspectos culturais, sociais e psicológicos na ação humana, ainda mais no contexto de uma organização. A importância do exemplo e da cultura corporativa, das dinâmicas de ação em massa como o conhecido “efeito manada”, das regras sociais dos *networks* em que estão inseridos os executivos e as suas empresas, dentre outros, são fatores que precisam ser compreendidos caso se queira entender as razões da criminalidade do colarinho branco e buscar soluções para a sua contenção (FRAZÃO, LACERDA, 2019).

Nesse contexto, conforme visto, por meio das análises quer prescritivas e quer descritivas, a criminologia econômica apresenta inúmeras possibilidades para auxiliar a construção de políticas de *compliance* que ajam nas diversas vertentes de explicação dos crimes. Tal conhecimento sem dúvida contribui na articulação das sinergias entre as pressões advindas da regulação estatal e da sociedade em prol de um sistema hígido de conformidade hígido⁹⁶.

2.6 CONCLUSÕES PARCIAIS

Ao longo deste Capítulo foram elucidadas algumas das correntes criminológicas com grande aplicação aos crimes praticados por corporações, que emergem como uma categoria própria de estudo principalmente a partir das contribuições originárias de Edwin Sutherland. Ainda que as correntes abordadas tenham propósitos preponderantemente explanatórios, é possível extrair inúmeras possibilidades para explicar as características imanentes aos crimes corporativos, suscetíveis de posterior avaliação empírica na própria evolução do estudo criminológico.

Nesse contexto de elaboração de novas formulações críticas para o crime corporativo, foi possível abordar algumas características essenciais presentes nos processos de criminalização e de tratamento regulatório que tornam o crime corporativo mais imune às estigmatizações e à formação de uma consciência coletiva crítica quanto aos procedimentos ilegais empregados no campo negocial.

Pela aglutinação das teorias abordadas, pode-se perceber o comum isolamento moral que galvaniza a formação de subculturas criminosas, capazes de transmitir o conhecimento sobre a infringência e racionalização do comportamento criminoso, e muitas vezes facilitar a irresponsabilidade da corporação e de seus membros pelos crimes

⁹⁶ Aderimos ao posicionamento de Sally Simpson, para quem: (...) *Punishment may not be an effective deterrent for corporations and managers under most circumstances but constructing systems of compliance that tie into informal sanction threats are potentially much more effective sources of corporate crime prevention.* Tradução: A punição pode não ser um impedimento eficaz para empresas e gerentes na maioria das circunstâncias, mas a construção de sistemas de conformidade que se vinculam às ameaças de sanções informais são fontes potencialmente muito mais eficazes de prevenção de crimes corporativos.

cometidos em um contexto organizacional complexo, permeado de diversas expectativas. Nessa dimensão, os aportes analisados são fundamentais à elaboração e à formulação crítica dos programas de *compliance* enquanto instrumentos de controle da criminalidade econômica.

Assim, para além de explicações fundamentadas na análise racional do crime, é mister se debruçar sobre o contexto em que as intuições e os processos deliberativos racionais falham em direcionar o comportamento conforme e ético. A esse respeito, a criminologia auxilia na avaliação das dinâmicas de conformidade, seja em relação aos fatores individuais e coletivos que contribuem para o engajamento com o crime corporativo. É assim que o pensamento criminológico contribui para a formulação de um referencial ético na seara negocial e para a crítica dos efeitos de uma teoria do interesse social baseada na maximização de lucros na conformidade empresarial.

CAPÍTULO 3 DIMENSÕES DO INTERESSE SOCIAL E “SHAREHOLDER VALUE”

O presente capítulo tratará do interesse social e da teoria da “*shareholder value*” como uma de suas facetas. Para tanto, serão inicialmente abordadas as questões afetas ao tema do interesse social das companhias, possibilitando o conhecimento necessário para dimensionar a sua influência nas políticas corporativas e na definição nos deveres e responsabilidades dos administradores.

Em seguida, serão articuladas as noções referentes ao contexto de desenvolvimento da teoria do *shareholder value*, que reporta à formação das grandes corporações e às profundas modificações nas perspectivas de gestão e de controle da atividade gerencial. O domínio desses aspectos é essencial à compreensão da fundamentação da teoria em estudo, e permite analisar os seus efeitos na formação dos juízos morais compartilhados na seara corporativa, sendo, portanto, essencial ao *compliance*.

Ademais, serão analisados o nascimento da teoria do *shareholder value* e o seu conteúdo, apontando-se para a sua importância na modelação da gestão das companhias e para a revolução operada no mercado a partir da adoção de suas premissas. Por fim, serão apresentados os principais debates e perspectivas críticas atreladas, com o intuito de permitir, no capítulo seguinte, a articulação dos postulados da *shareholder value* com o *compliance* e a criminologia econômica.

3.1 DIMENSÕES DO INTERESSE SOCIAL DAS COMPANHIAS

3.1.1 Interesse social sob as perspectivas contratualista e institucionalista.

Qual é a dimensão do interesse social das companhias? Qual a importância de discuti-lo em termos de efetividade dos programas de *compliance*? Apesar de o conceito de interesse social ser intrinsecamente vago⁹⁷, ele apresenta grande relevância para o *compliance*, pois a orientação da gestão empresarial e a materialização dos deveres e

⁹⁷ Para Mônica Cossu, Apesar de o conceito de interesse social ser intrinsecamente vago, ele apresenta grande relevância para a concepção da governança corporativa e para a compreensão do controle das atividades societárias (COSSU, 2006, pp. 55-56).

responsabilidades dos administradores são efetuadas a partir a concretização da visão de interesse social.

O debate em torno do interesse social da empresa foi de certo modo comum aos países europeus continentais e os países anglo-saxões, apesar das diferentes perspectivas existentes acerca dos modelos de controle societário⁹⁸ e da responsabilização dos administradores⁹⁹.

Segundo explica Ana Frazão (2011, pp. 60-62), as visões sobre o interesse social das sociedades empresárias acompanharam a evolução histórica da própria perspectiva jurídica da empresa enquanto entidade autônoma frente a seus sócios, se situando entre as correntes contratualistas e institucionalistas.

No século XIX, a empresa ainda era vista como uma sucessão de atos de comércio sem identidade própria, se desdobrando em um fenômeno marcadamente econômico. Ante ao atrelamento da personalidade jurídica ao voluntarismo legal, sobretudo propugnado pela teoria da empresa enquanto ficção, o ambiente foi bastante propício à difusão da visão contratualista de interesse social, porquanto seria difícil sustentar um interesse realmente próprio da empresa, em transcendência a seus componentes (FRAZÃO, 2011, pp. 63-64).

Calixto Salomão Filho (2011, pp. 28-29) aponta a existência de duas correntes de contratualismo. A primeira delas define o interesse social como o interesse dos sócios e somente dos sócios atuais. A segunda vertente inclui o interesse dos sócios futuros, abrigoando a ideia de longo prazo e de preservação da empresa, muito se assemelhando nesse ponto ao institucionalismo.

Na acepção clássica, cujo principal expoente é Giusto Jaeger, o interesse social constitui um conceito concreto, definido a partir da comparação do interesse dos próprios sócios¹⁰⁰. Desse modo, em sendo a sociedade um contrato social de execução continuada, o interesse é definido pelo grupo de sócios e pode ser constantemente revisto e

⁹⁸ Mônica Cossu (2006, p. 60-63) identifica diferenças estruturais entre os países de *common law* e os países europeu continentais em relação aos problemas enfrentados em torno dos conflitos societários e em sua regulação jurídica nas sociedades de capital aberto. Nos sistemas *common law*, as dificuldades normalmente estão relacionadas à descrição da doutrina neoclássica dos custos de agência, causados pela separação entre a propriedade e o controle. Já no ordenamento europeu continental a problemática se situou na concentração do poder de controle na mão de poucos acionistas. Neste caso, a definição em concreto do interesse social se tornou bastante complexa, fazendo emergir os limites sobre o princípio majoritário e do abuso do poder de controle.

⁹⁹ Ver: Ana Frazão (2011, pp 32-35).

¹⁰⁰ Calixto Salomão Filho (2011, p. 29) também destaca a presença de alguns autores que buscaram a definição do interesse social na lei e abstratamente, diante do receio de interferência judicial

eventualmente desconsiderado, quando houver decisão unânime deles (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 29).

Tal visão se harmoniza com a concepção de Estado Liberal, sendo natural que em um contexto de liberdades e de direitos subjetivos quase absolutos, o interesse social da sociedade empresária estivesse fortemente associado aos interesses dos próprios acionistas. Por decorrência, com exceção dos limites fixados em lei, a liberdade de iniciativa, os direitos e o patrimônio social da sociedade anônima poderiam e deveriam ser utilizados apenas em proveito dos próprios acionistas (FRAZÃO, 2011, pp. 63-64).

Todavia, a versão clássica do contratualismo não poderia sobreviver à crescente integração entre o direito societário e o mercado de capitais, principalmente diante de sua limitação ao interesse dos sócios atuais. Tanto que a percepção foi posteriormente alterada para identificar o interesse social à maximização do valor de venda das ações dos sócios (*shareholder value*) (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 31)

Do ponto de vista teórico, seguiu-se uma definição ainda mais determinista de interesse social. Na definição clássica pura de contratualismo, o interesse social correspondia simplesmente à identificação da vontade propugnada pelo grupo de sócios atuais, qualquer que fosse ela. Ao reverso, na versão moderna, o interesse social é pré-definido, não importando para tal mister a influência dos órgãos societários na fixação dos propósitos das companhias (SALOMÃO FILHO, 2011, pp. 31-32).

Ainda no século XIX, foi possível identificar críticas ao reducionismo da visão contratualista, mormente diante da percepção de interesse público relacionado às sociedades anônimas, em decorrência da socialização dos riscos e dos investimentos (FRAZÃO, 2011, p. 66). Esse aspecto também foi destacado pelo fato de as corporações terem se convertido em um instrumento de poupança pública, com notória relevância regulatória no mercado de valores mobiliários (FRAZÃO, 2011, p. 66 e p. 75).

Na transição do século XIX para o século XX, a emergência das teorias institucionalistas e da realidade técnica ascendeu a discussão sobre a priorização de aspectos finalísticos e funcionais da empresa, para reconhecer a sua função social e as insuficiências do tecnicismo e das vertentes positivistas da pessoa jurídica (FRAZÃO, 2011, pp. 118-119).

Desse modo, a personalização apenas se justificaria se estivesse voltada ao atendimento de determinados propósitos, pela criação de instituições com objetivos socialmente relevantes e pela manifestação de uma vontade coletiva distinta da vontade individual de seus componentes (FRAZÃO, 2011, pp. 120-121).

Tais percepções, compatíveis com a perspectiva de funcionalização (materialização) dos direitos do Estado Social, abriram espaço para o institucionalismo. Com as teorias institucionalistas, perspectivas mais largas de interesse social começaram a ser defendidas, rejeitando-se a miopia do contratualismo em reconhecer a empresa enquanto realidade complexa.

Segundo Calixto Salomão Filho (2011, pp. 32-33), a primeira solução institucionalista teve a sua maior elaboração na Alemanha, a partir de Rathenau, com a doutrina da empresa em si (*Unternehmen an sich*). A referida visão remete ao ímpeto publicista de crescimento econômico do país no cenário pós-guerra, de maneira a justificar a aglutinação de propósitos públicos aos objetivos das empresas.

A recepção da teoria do interesse da empresa ocorreu na legislação alemã em 1937, com a ideia de proporcionar o bem-estar dos empregados, o interesse comum do povo e do Reich (FRAZÃO, 2011, p. 123).

Com o acolhimento da doutrina da empresa em si, Conselho de Administração (*vorstand*) passou a deter o dever substantivo de agir em conformidade com o bem-estar dos trabalhadores e da nação, porém, as consequências práticas do descumprimento de tais deveres foram bastante reduzidas, diante da ausência do respectivo sancionamento (TEUBER, 1985).

Além disso, a formulação institucionalista publicista rendeu muitas críticas por implicar a diminuição da importância dos órgãos societários, diante da criticável neutralidade do órgão de administração e da degradação relativa do papel da assembleia, em prejuízo muitas vezes dos sócios minoritários. Como consequência, o institucionalismo publicista gerou uma quase independência ou mesmo irresponsabilidade da administração em relação aos acionistas (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 34).

Portanto, frente ao exagero do institucionalismo publicista, foi aprovada a Lei Acionária de 1965, reforçando o papel da assembleia dos acionistas e os direitos dos sócios minoritários. No intervalo entre a lei acionária de 1937 e a lei de 1965, outros desenvolvimentos doutrinários permitiram a construção de uma perspectiva de institucionalismo integracionista ou organizativo (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 34).

Especialmente a partir da década de 50, criaram-se as condições ambientais favoráveis para a instituição dos modelos de cogestão, com a participação dos

trabalhadores nos órgãos administrativos¹⁰¹. A ideia do modelo seria a resolução dos conflitos entre acionistas e empregados por meio da representatividade, partindo-se da premissa de que ambos poderiam conciliar os interesses na busca da preservação e da rentabilidade da empresa (FRAZÃO, 2011, p. 132-133).

Portanto, como forma de conferir efetividade aos princípios institucionalistas na Alemanha, houve a regulamentação da participação acionária de empregados nos órgãos diretivos de grandes empresas. Além disso, as evoluções das perspectivas institucionalistas permitiram a separação formal entre os interesses das empresas e o interesse dos sócios, possibilitando, inclusive estruturalmente, a harmonização dos vários tipos interesses entre sócios e os trabalhadores, traduzidos na preservação da empresa (SALOMÃO FILHO, 2011, p.136).

O novo institucionalismo, sendo mais organizativo, se propõe a fixar os parâmetros para a discussão de uma organização empresarial mais apta a garantir o interesse social (SALOMÃO FILHO, 2011, pp. 35-36). Porém, no institucionalismo alemão, a definição do interesse como algo diverso dos sócios e a pressuposição do seu prosseguimento pelos órgãos societários não eliminou o conflito de interesses na sociedade. Na realidade, ele é reforçado no interior dos órgãos societários, diante da acomodação de representações com interesses diversos na administração (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 37).

Nos Estados Unidos, o institucionalismo seguiu por uma via mais moderada, pelo reconhecimento da possibilidade de ampliação dos interesses sociais, sem, todavia, eleger a via da publicização¹⁰². Tal ponto é evidenciado no debate entre Adolf Berle e Merrick Dood, na década de 1930, no tocante à possibilidade de alargamento dos deveres fiduciários dos administradores de companhias para abranger responsabilidades de cunho sociais para as empresas (FRAZÃO, 2011, p. 124).

Foi com a versão mais moderada que o institucionalismo foi adotado em vários países, dentre eles o Brasil¹⁰³ (FRAZÃO, 2011, p. 124). A esse respeito, nota-se que a

¹⁰¹ Principalmente depois da segunda guerra, a força operária e os sindicatos lutaram contra a ineficácia da doutrina *Unternehmen an sich*, buscando promover a descaterlização e um enfretamento dos centros de poder na indústria alemã (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 34-35)

¹⁰² Teubner (1985, p. 155) destaca que apesar das diferenças entre as experiências alemãs e americanas, notadamente no campo do embasamento doutrinário (interesse social e deveres fiduciários) e das consequências práticas, ambas tiveram como resultado a ampliação do escopo social das empresas.

¹⁰³ Não obstante isso, Calixto Salomão Filho (2011, pp. 38-39) explica que o sistema societário brasileiro apresenta dispositivos muitas vezes incoerentes, de um lado seguindo perceptivas institucionalistas e de outro reforçando aspectos contratualistas. Para o doutrinador, a nova função atribuída ao acordo de acionistas claramente confere prevalência ao

Lei nº 6.404, de 1976 – no tocante aos deveres e responsabilidade de administradores e controladores¹⁰⁴- expõe a existência de um interesse social próprio da empresa, potencialmente diferenciado dos interesses dos acionistas e aberto à interação com o interesse público¹⁰⁵ e com a função social.

Desse modo, a perspectiva institucional trouxe várias consequências práticas¹⁰⁶, deslocando para administração o dever de equilibrar e mediar todos os interesses envolvidos na empresa. Além disso, até mesmo as ideias contratualistas foram alargadas para preverem os interesses de sócios futuros e indeterminados, com a importância da perspectiva de longo prazo, com destaque para a valorização das ações.

Por outro lado, permaneceu a vagueza e a fluidez do interesse social, deixando grandes dúvidas por parte da doutrina acerca da possibilidade de utilização da visão institucionalista como parâmetro de orientação da gestão social (FRAZÃO, 2011, 129). Todavia, apesar da dificuldade de materialização que o conceito impõe, algumas alternativas foram pensadas para a estruturação do interesse social e para a função social da empresa, consoante será abordado a seguir.

3.1.2 Função social da empresa e formas de operacionalização do interesse social segundo a perspectiva institucionalista: o *compliance* empresarial como uma via?

Com a emergência do Estado Social¹⁰⁷ as transformações nos institutos da propriedade e do contrato influenciaram a empresa, mormente sob o ângulo da

interesse dos sócios e a reintrodução da oferta pública de aquisição de ações realça a tendência já existente no direito societário brasileiro de valorização do momento e do valor de saída como forma de proteção do acionista minoritários¹⁰⁴ Vide o art. 117, § 6º, o art. 116, parágrafo único e o art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976.

¹⁰⁵ Para Modesto Carvalhosa (2014), a influência da escola institucionalista da empresa em si é notada no direito brasileiro em matéria de responsabilidades do controlador, embora não sejam excluídos aspectos contratuais. A prevalência dos objetivos empresariais na primeira das modalidades de exercício abusivo do poder de controle e antijuridicidade de práticas tendentes a orientar à companhia a um fim estranho do objeto social ou lesiva ao interesse nacional é uma manifestação deste aspecto.

¹⁰⁶ Segundo Ana Frazão (2011, pp. 128-129), o institucionalismo implicou uma maior necessidade de controle e de supervisão das companhias abertas; proteção dos acionistas minoritários, inclusive pela perspectiva de representatividade nos órgãos administrativos e a proteção de terceiros de boa-fé, com o conseqüente declínio da teoria *ultra vires*. Em sentido semelhante, Teubner (2011, p. 152) aponta para um alargamento dos deveres fiduciários, no sentido de os interesses dos acionistas sejam pesados contra os interesses de outros grupos sociais e uma perda da importância da doutrina *ultra vires*, a menos que haja um flagrante abuso do poder corporativo.

¹⁰⁷ No Estado Social, para que a liberdade pudesse cumprir as expectativas de justiça (de bem-estar social), seria necessário antes conferir igualdade aos indivíduos na possibilidade de exercício das próprias capacidades jurídicas. Nesse sentido, propôs-se a conferência de conteúdos objetivos aos direitos subjetivos (materialização de direitos) para lidar com as crescentes desigualdades de posições econômicas de poder, de valores patrimoniais e de situações sociais. Foram introduzidas, assim, novas categorias de direito fundamentais exteriorizadas em pretensões prestacionais, representativas de uma distribuição mais justa da riqueza socialmente produzida (HABERMAS, 2005, p. 486-487).

funcionalização dos direitos subjetivos (FRAZÃO, 2011, p. 93-100). A ideia de funcionalização de direitos no campo das relações privadas remete ao debate sobre a possibilidade de atrelar deveres positivos aos direitos subjetivos, orientando-os à realização de suas finalidades econômicas e sociais¹⁰⁸.

No caso brasileiro, as influências da teoria da função social foram refletidas desde a Constituição de 1934, com as noções de interesse social, mantidas também pela Constituição de 1946. Na Constituição de 1967, a partir da Emenda de 1969, foi estabelecida pela primeira vez a expressão função social da propriedade, porém, concebida como um princípio de ordem econômica, ligado, portanto, principalmente aos bens enquanto fatores de produção (FRAZÃO, 2011, pp. 100-101).

Por sua vez, no plano infraconstitucional, a Lei nº 6.404, de 1976, expressamente reconheceu a função social da empresa, no parágrafo único do art. 116 e no art. 154, com imputação de tal dever aos administradores e controladores. Além disso, coube à lei das sociedades anônimas definir a empresa sob o seu aspecto institucional (FRAZÃO, 2011, p. 101).

No entanto, apenas com a Constituição Federal de 1988, é que ocorreram profundas transformações no instituto da propriedade, no âmbito de uma ampla reforma da ordem social e econômica então produzida. Nesse prisma, a função social prevista na atual Constituição se diferencia daquela constante no regime anterior porque não se circunscreve a um princípio de ordem econômica, mas se trata de uma matéria típica dos direitos e garantias individuais, nos termos do seu art. 5º, XXIII (TEPEDINO, 2004, pp. 303-307).

Desse modo, o entendimento de propriedade migra radicalmente na noção de direito real absoluto para uma noção variável e dependente da verificação de um centro de interesses extraproprietários. Apesar da disputa em torno do significado e da própria extensão da noção de função social, há um relativo consenso em relação a sua capacidade de alterar a estrutura do domínio e de atuar como critério de valoração do exercício de direito, em virtude de seu elemento funcional. Disso decorre a ausência de

A partir do Estado Social, nasceram os novos campos de direito, como o direito do trabalho, social e econômico (HABERMAS, 2005, p. 479). Além disso, ocorreram mudanças profundas nos âmbitos contratual e da propriedade privada, marcadamente relacionadas à constitucionalização das relações privadas sob o prisma social, por meio da institucionalização de mecanismos compensatórios e críticos às relações econômicas situadas no âmbito do direito privado (LOPES, 2018, pp. 88-89).

¹⁰⁸ A partir da cristalização da função social como um princípio jurídico, travaram discussões ainda pungentes sobre a imputação de deveres positivos em favor da coletividade para quem detivesse poderes e faculdades (FRAZÃO, 2011, p. 100).

tutela jurídica quando a propriedade não puder cumprir com a sua função social (TEPEDINO, 2004, pp. 312-314).

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 promove um giro na orientação do conteúdo da propriedade e do exercício das atividades econômicas, incorporando em seu núcleo essencial obrigações cujo atendimento se faz pela consideração dos interesses sociais, para além dos proprietários ou empresários.

Esse aspecto é evidenciado pelo art. 170 da Constituição Federal, quando enuncia que a ordem econômica se encontra fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, devendo ser exercida para assegurar a dignidade e a justiça social. A cristalização desse comando também é claramente percebida com a incorporação da função social da propriedade como princípio expresso da ordem econômica.

Por isso, acertadamente, Ana Frazão (2011, pp. 110-111) explica que a função social não se esgota em seu aspecto patrimonial no campo das empresas. A realidade complexa da empresa alarga a função social para abranger não só o patrimônio societário e dos empresários, passando a vincular igualmente o poder de controle e a administração. Portanto, a ênfase na função social dos fatores de produção descolou-se para o poder de organização e controle, fato já reconhecido pela Lei nº 6.404, de 1976.

Como implicação, as responsabilidades dos administradores e controladores restaram sensivelmente ampliadas, tanto no que se refere aos deveres, agora extensíveis, aos controladores, como no tocante aos destinatários de tais deveres, que deixam de ser somente a companhia e os acionistas, passando a abarcar outros membros da sociedade. A grande dificuldade, por seu turno, reside na operacionalização dos deveres e responsabilidades (FRAZÃO, 2011, pp. 111-112).

No direito comparado, foram oferecidas algumas soluções para operacionalização da função social e do interesse social na perspectiva institucional.

Na Alemanha, a solução estrutural foi apresentada pelo institucionalismo para a sua implementação, mediante cogestão baseada na participação dos trabalhadores nos órgãos de administração. Posteriormente, a tendência iniciada naquele país se seguiu modernamente para justificar a inclusão de membros externos na administração¹⁰⁹, tais como *outside directors*, *non executive directors* ou *audit comitês*, de modo a externar o

¹⁰⁹ A integração de conselheiros independentes ao Conselho de Administração é uma solução popular não apenas para os problemas de agências entre gerentes e acionistas, mas também para proteger acionistas minoritários e outras partes afetadas de não acionistas. Parte-se da premissa implícita de que os diretores independentes - motivados por “incentivos de baixo poder” - moralidade, profissionalismo e reputação pessoal - enfrentarão os acionistas controladores no interesse da empresa como um todo, incluindo seus acionistas minoritários e, para graus variados de partes interessadas não acionistas (ENRIQUES; HANSMANN; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 85).

perfil organizacional do institucionalismo moderno, focado na manutenção da empresa (FRAZÃO, 2011, p. 131-137).

Também merece destaque as alternativas do reforço dos deveres impostos pela intervenção regulatória às companhias e aos gestores, com a previsão de penalidade das pessoas jurídicas em caso de seu descumprimento ou com o alargamento da responsabilidade pessoal dos gestores para atendimento da função social da empresa (FRAZÃO, 2011 pp. 134).

Porém, a exemplo do ocorrido na Alemanha, mesmo havendo normas constitucionais obrigando o cumprimento da função social da propriedade, jamais ocorreu a concretização do princípio de modo satisfatório (FRAZÃO, 2011 pp. 134-137 e TEUBNER, 1985, pp. 154-156). No Brasil a situação não se apresenta de modo diferente, diante da pouca implementação dos artigos 116, § único e 154 da Lei nº 6.404, de 1976 (FRAZÃO, 2011, p. 136).

Na verdade, apesar dos traços de aderência do direito brasileiro ao institucionalismo, não há um avanço da legislação empresarial para adotar acomodar iniciativas mais profundas de realização da função social, sendo ainda forte a influência do contratualismo¹¹⁰. Além disso, ao menos em relação aos controladores, a legislação não criou instrumentos para efetiva implementação dos interesses sociais pela via da responsabilidade civil (FRAZÃO, 2011, p. 136). Daí porque da imposição de deveres afirmativos, sem a indicação das respectivas vias procedimentais, têm revelado a pouca utilidade prática.

Na via voluntária de implementação do interesse social, destaca-se a responsabilidade social corporativa. Segundo Teubner (1985, p. 151-152), nos Estados Unidos, o tema se desenvolveu segundo a perspectiva dos deveres fiduciários em relação aos grupos sociais, mediante a redefinição de deveres e responsabilidades dos administradores sob o prisma voluntarista.

Diante do progressivo alargamento dos deveres fiduciários experimentados no contexto americano, as responsabilidades sociais da corporação não foram constituídas por meio de deveres afirmativo. Em contrapartida, a extensão dos deveres fiduciários serviu para apenas aumentar autonomia discricionária da administração em relação ao atendimento de todos os interesses envolvidos (TEUBNER, 1985, 153).

¹¹⁰ A esse respeito, vide Calixto Salmão Filho (2011, pp. 38-39).

Portanto, a tendência enxergada em tal contexto é a de ausência de criação de deveres fiduciários afirmativos, havendo uma sobreposição entre as searas de responsabilização externas à corporação e os deveres internos da corporação. Por isso, a proteção de interesses sociais externos ocorre pela via indireta de alargamento dos deveres fiduciários (TEUBNER, 1985, 153-154).

Enquanto que nos Estados Unidos a formulação para a responsabilidade social se deu pela combinação entre as formas de responsabilização e a litigância privada para proteger acepções mais largas de interesse social, na Alemanha a tendência foi permitir a representação de grupos de interesse na administração e atribuir a eles o poder de controlar os deveres fiduciários por meio de pressões internas e negociações (TEUBNER, 1985, 155-156).

Não obstante isso, para Teubner (1985, p. 156), ambas as perspectivas de atendimento do interesse social são limitadas, quer pela via do voluntarismo, quer pela via representação (cogestão), impondo-se, desse modo, a complementação recíproca de visões por uma proposta que contemple os aspectos funcionais da responsabilidade corporativa com a coordenação de seu ambiente.

Segundo Teubner (1985, pp 164-166), os benefícios da responsabilidade corporativa devem ser estabelecidos por grupos que desempenhem funções sociais no subsistema ambiental. Em adição, os deveres fiduciários e os interesses organizacionais devem ser direcionados por meio de estruturas que balanceiem os objetivos de performance econômica e a consideração de exigências não provenientes do sistema econômico. Por fim, os procedimentos e as instituições devem ser desenhados para estimularem mecanismos de reflexão interna no sistema econômico¹¹¹, gerando estímulos para a sua autocontenção (*economic self-restraint*).

A proposta de Teubner (1985) se assemelha à própria ideia de estruturação de deveres de *compliance* no ambiente empresarial, em reforço da autorregulação. Nesse passo, os programas de *compliance*, ao assimilarem objetivos alinhados à função social da empresa, servem como um elemento de controle jurídico do sistema econômico, sem, no entanto, implicar uma intervenção regulatória intrusiva.

¹¹¹ Parte-se da compreensão de que os sistemas auto-organizacionais conduzem à estabilidade, capazes de construir valores estáveis por meio de aplicação constante e recursiva das suas próprias operações. Assim, a reflexividade funciona como um modo de controle jurídico da autorregulação social. Daí a necessidade de configuração de um direito reflexivo norteador da procedimentalização capaz de permitir a autorregulação e a coordenação dos diversos sistemas sociais, em preservação de suas estruturas e elementos de autorreprodução, resultando em um ambiente de mútuo entendimento (LOPES, 2018, p. 163-174)

Em outras palavras, os sistemas de *compliance* - enquanto instrumentos de controle baseado nos espaços de autorregulação – funcionam como um ponto de equilíbrio entre os objetivos econômicos e as postulações de comportamento empresarial dirigidos à concretização da função social da empresa. Busca-se, a partir de tal modelação, fugir dos eventuais paradoxos da intervenção regulatória¹¹² e de desintegração sistêmica, sendo necessário engajar a sociedade nesse processo.

No entanto, não basta o estabelecimento de deveres de controle e de vigilância para o realinhamento da atividade empresarial no *compliance* sob o prisma da função social. Para além de aspectos procedimentais e estimuladores da autorregulação na seara ambiental, é preciso avançar no conhecimento e na articulação das estruturas institucionais e culturais que interagem com a ética e a conformidade, sobretudo, em suas projeções nas decisões quotidianas no âmbito corporativo.

O equilíbrio entre a função social e a geração de lucros não se estabelece sem a constituição de um referencial de ético negocial firmado por meio da interlocução interdisciplinar de diversos campos do conhecimento nas searas de implementação, controle social e interpretação dos programas de conformidade¹¹³. Nesse sentido, a ideia de interesse social importa bastante, principalmente pela sua influência nos valores a serem concretamente estabelecidos no ambiente empresarial, tão crucias à definição do que é certo ou errado ou do que realmente importa em uma organização.

3.2 D INSTITUCIONALIZAÇÃO DAS GRANDES CORPORAÇÕES E TEORIA DA AGÊNCIA

A adequada compreensão dos processos institucionais de controle da atividade gerencial, tão crucial à emergência da perspectiva do *shareholder value*, perpassa pela

¹¹² Cass Sunstein (1990) relaciona alguns paradoxos do Estado Regulatório: a) o estabelecimento de controles agressivos pode ensejar a diminuição da força da regulação, banindo a relação de custo e benefício; b) a regulação de novos riscos pode implicar o aumento de riscos agregados; c) a imposição de uma melhor tecnologia disponível pode levar o retardamento da inovação tecnológica pela ausência de incentivos para a mudança; d) a regulação redistributiva pode provocar danos a quem esteja na base da pirâmide socioeconômica; e) exigências de publicação de informação podem deixar as pessoas ainda menos informada; f) as agências reguladoras são muitas vezes suscetíveis a influências políticas.

¹¹³ A obra “Ética Negocial e *compliance*” de Eduardo Saad-Dinz (2019a) faz um chamado importante para buscar a integração das várias perspectivas interdisciplinares (da filosofia econômica, sociologia econômica, economia comportamental, psicologia social, criminologia) na educação executiva e na estruturação do controle social como forma iluminar parâmetros mais aferíveis de efetividade dos programas de *compliance*, mormente na instância de interpretação.

análise da formação das grandes corporações no contexto americano, na transição do século XIX para o século XX ¹¹⁴.

O período histórico reporta às grandes mudanças operacionalizadas nos paradigmas de intervenção na economia, como resposta às crises e aos conflitos gerados pelo liberalismo¹¹⁵. Paradoxalmente, a regulação foi fundamental para a formação das grandes corporações nos Estados Unidos¹¹⁶.

A obra “*Regulating big business: antitrust in Great Britain and America, 1880-1990*”, de autoria de Tony Freyer, contextualiza bem o quanto afirmado, a partir de um estudo comparado entre as realidades dos Estados Unidos e Reino Unido. Segundo Freyer (1992), embora Estados Unidos e Reino Unido sejam moldados pela influência do *Laissez Fair*, as diferentes intervenções governamentais a respeito dos conflitos entre pequenas e grandes empresas, empresas e trabalhadores, determinaram o aparecimento proeminente das gigantes corporações (*big business*) no cenário norte-americano.

Na era formativa (1880-1914), as cortes inglesas e o parlamento não somente permitiam, como às vezes conferiam força às combinações e às práticas restritivas de concorrência para lidar com a necessidade de estabilização de preços. Apesar de uma grande onda de fusões e aquisições, o controle das empresas familiares e a influência das empresas de médio porte se mantiveram comparativamente maior no Reino Unido que nos Estados Unidos (FREYER, 1992).

Por outro lado, na América, os arranjos anticompetitivos entre as empresas foram progressivamente considerados ilegais. Todavia, tal movimento fomentou a organização das empresas americanas em torno de fusões em larga escala, o que, por conseguinte, provocou o enfraquecimento da influência das pequenas empresas (FREYER, 1992).

¹¹⁴ Para Eduardo Saad-Diniz (2019a, p. 23), o nascimento da governança corporativa está acoplado à história da formação das gigantes corporações nos Estados Unidos, remontando a um período de manifesta agressividade na condução dos negócios e de formação de oligopólios na transição do século XIX para o século XX.

¹¹⁵ Na passagem do século XIX para o século XX, as imperfeições do liberalismo foram evidenciadas, porque dele resultaram a formação de grandes monopólios, o advento de crises econômicas e a emergência de conflitos sociais, mormente, nas relações de trabalho. Desse modo, diante da clareza quanto à incapacidade de autorregulação dos mercados, foram conferidas ao Estado novas funções (GRAU, 2017, p. 20). Nos contextos europeus continentais, trata-se do desenvolvimento do chamado Estado Social (Welfare State) como uma crítica ao Estado Liberal. As intervenções estatais conservaram o caráter de acumulação de capital do modelo capitalista industrial, cabendo ao Estado a coordenação dos riscos e das disfuncionalidades do sistema capitalista. Nos países ocidentais, nisso se baseou o reformismo Keynesiano (LOPES, 2018, p. 91). Por outro lado, nos Estados Unidos, a expansão do Estado de Providência foi mais restrita (BRAITHWAITE, 2011a).

¹¹⁶ A moderação do Estado Social no domínio americano se deveu justamente ao crescimento da força regulatória estatal na era progressiva (1890-1913) e ao New Deal (1930), com a criação de diversos entes reguladores e o aumento de gastos públicos para estimular a economia em recessão. Para Braithwaite (2011a), a regulação, particularmente em matéria de *antitrust* e securitização, ao possibilitar o crescimento das grandes corporações e o crescimento do custeio do Estado, permitiram o desenvolvimento tanto do Estado de Providência quanto do Estado Regulatório.

Em 1890, fazendeiros, trabalhadores e grupos de pequenas empresas conseguiram criar pressão suficiente para que o Congresso americano promulgasse o *Sherman Antitrust Act*, com o objetivo de que a ação governamental prevenisse as combinações de larga escala e diminuísse algumas das gigantes já existentes¹¹⁷. Ironicamente, nos Estados Unidos, as empresas continuaram a se organizar de outras formas para responderem aos contínuos desafios econômicos atrelados à industrialização e à progressiva urbanização dos Estados Unidos (FREYER, 1992).

Com efeito, uma onda de fusões e aquisições fomentou a estruturação de formas gerenciais centralizadas, com o foco na obtenção de economias de escala. Em algumas indústrias, a consolidação das fusões implicou a redução numérica de compradores e vendedores, mas o seu tamanho agregado cresceu. As eficiências no transporte, o crescimento da população e os novos arranjos de centralização gerencial modificaram profundamente o mercado nesse período (FREYER, 1992).

Assim, as regras restritivas aos cartéis e aos atos anticompetitivos foram cruciais para o triunfo de corporações nos Estados Unidos, pois, embora a intervenção estatal não tenha sido a única causa do crescimento da centralização e da integração vertical, sem dúvida, contribuiu para a formação de oligopólios.

Nesse contexto, sob a ótica do controle social da empresa (*social control of business*)¹¹⁸, John M. Clark (1926, p. 50) observa um olhar revolucionário nas corporações, que transcende a visão privatista do direito de propriedade e encarta os aspectos de interesse público nas atividades corporativas. As “indústrias” se tornaram uma matéria de interesse público, não resguardadas adequadamente pelas salvaguardas do individualismo. Consequentemente, a sociedade teria um amplo espaço de intervenção, embora fosse esperada a resistência das firmas.

O gigantismo das corporações também deu ensejo ao surgimento da escola clássica de administração, em vista dos desafios que os grandes negócios impunham a

¹¹⁷ Segundo Herbert Hovenakamp (1999), as histórias sobre as bases das leis antitruste por vezes oferecem pouca ajuda à compressão do tema, pelas diversas intenções atribuídas aos legisladores. Segundo ele, porém, os legisladores não tinham em mente a eficiência de Pareto quando elaboraram o estatuto, embora tivessem uma concepção menos técnica acerca de eficiência. Porém, a maior parte das declarações feitas à época se preocupam em endereçar o impacto dos monopólios sobre os consumidores ou o desejo de protegê-los em face dos elevados preços. Em resumo, a maior parte das declarações disseram respeito à discussão a justiça distributiva, na prevenção da transferência de riquezas dos consumidores para os detentores de monopólios (pp. 48-52).

¹¹⁸ Os instrumentos disponíveis de controle discutidos por Clark em sua obra encontram-se no direito, particularmente, nas normas que disciplinam propriedade privada, contratos, falência, competição, controle pelo Estado, padrões de conduta, a exemplo de saúde e padrões de vida, além de controles informais, como normas éticas e códigos profissionais. Os possíveis âmbitos de intervenção são amplos (RUTHERFORD, 2011).

seus gestores. A partir dela, estabeleceram-se as estruturas burocráticas que deram suporte ao agigantamento do sistema corporativo, por meio do fornecimento de suas bases organizacionais (ROSSETI e ANDRADE, 2014, p. 53). Para Eduardo Saad-Diniz (2019, pp. 28-29), é interessante notar uma relação entre a descoberta da gestão científica, produzida particularmente pelo encontro entre Edwin Gay e Frederik Taylor, e a inclinação ética de se elevá-la à diretriz em prol da melhoria da sociedade.

Já no início dos anos 30, Adolf Berle e Gardner Means (1932) chamaram a atenção para um dos mais importantes fenômenos do sistema corporativo moderno: o divórcio entre a propriedade e a gestão, explicado em grande parte pela grande dispersão da propriedade acionária.

O poder econômico, em termos de controle sobre os bens, corresponde aparentemente a uma força centrípeta se concentrado nas mãos de poucos gerentes, enquanto, que a propriedade acionária em si se torna centrífuga, tendendo a ser dividida e subdividida em pequenas unidades, facilitando a sua transferência. Em outras palavras, a propriedade fica continuamente mais dispersa e o poder mais concentrado (BERLE; MEANS, 1932, p. 9-10).

Como consequência de tal divórcio, os interesses de proprietários acionistas podem divergir e muitos dos freios colocados formalmente para limitar o abuso de poder desaparecem. Assim, no estabelecimento desse novo relacionamento, as companhias de capital aberto (*quase-public corporations*) operaram uma revolução nas fundações da ordem econômica (BERLE; MEANS, 1932, p. 7-8).

Na percepção de John Kennet Galbraith (2001), o divórcio entre a propriedade e o controle e o nascimento de uma nova organização moldada pelas tecnologias modernas e pelo planejamento fizeram com que o empreendimento não mais se identificasse com a pessoa individual do empreendedor. O empreendedor foi substituído pelos gerentes, em meio à formação de uma tecnoestrutura que sustenta a organização moderna das empresas.

A tecnoestrutura é uma entidade coletiva e imperfeitamente definida, abrangendo o presidente, os vice-presidentes, chefes de departamento e ocupantes de outros cargos importantes. Ela alcança todos os que trazem consigo conhecimento, talento ou experiência especializada para a tomada de decisões em grupo. Por ser turno, a tecnoestrutura passa a ser inteligência norteadora - o cérebro - da empresa (GALBRAITH, 2001, pp. 75-76).

Assim, é possível perceber que o poder se desloca dos indivíduos proprietários para os grupos que se foram na organização, imbuídos da tomada de decisão. Porém, tal revolução gerencial suscitou diversos debates, para buscar novas explicações para a compreensão da nova realidade econômica e das formas de alocação de recursos.

Nesse cenário, a teoria da agência despontou como uma importante referência para a compreensão da governança corporativa nas últimas duas décadas do século XX. A teoria emerge a partir dos trabalhos seminais de Alchian e Demsetz (1972) e Jensen e Meckling (1976), que explicam a firma como uma rede contratos com os fatores de produção (CLARKE, 2004, p. 4).

A essência do problema de agência no mundo corporativo emerge pela separação entre a gestão e o financiamento. Os gerentes precisam levantar fundos dos investidores para alocá-los no uso produtivo ou para deixá-los à disponibilidade da firma. Por outro lado, os financiadores necessitam da *expertise* dos gerentes na gestão do capital humano para garantir o retorno desses fundos (CLARKE, 2004, p. 4-5).

No início, gerentes e financiadores firmam contratos que especificam os deveres dos gerentes em relação aos fundos e como os retornos serão divididos. Porém, ante a premissa de incompletude dos contratos, são estipulados direitos residuais de controle que permitem a tomada de decisão em situações não previstas. Pela própria natureza da relação, os gerentes dispõem de mais direito residual de controle (*residual control rights*) sobre a relação contratual e de mais discricionariedade na alocação de fundos (*manager discretion*) (CLARK, 2004, p. 5).

Os problemas que emergem dessa relação ligam-se à preconcebida divergência de interesses entre gestores e acionistas. Isso porque o relacionamento de agência é definido como um contrato no qual uma ou mais pessoas (principal) engaja-se com outra (agente) para performar alguma atividade em sua substituição, envolvendo a delegação de decisões que elevam a autoridade do agente. Se ambas as partes são maximizadoras de utilidade, isso significa que nem sempre os agentes irão agir no melhor interesse do principal. Desse modo, os custos de agência surgem em qualquer relação que envolva esforços de cooperação, sendo relacionamento entre acionistas e gerentes uma relação de agência por excelência (JENSEN; MECKLING, 2004, pp. 59).

Por seu turno, sendo os gerentes maximizadores de sua utilidade, tomarão decisões individualistas, em prejuízo dos acionistas¹¹⁹. Daí a conclusão de Jensen (2004) de que não existe um agente perfeito, razão pela qual cabe aos principais estabelecerem incentivos para coligir os agentes a agirem em seu interesse e, assim, limitar as suas atividades, incorrendo em custos de monitoramento¹²⁰ (JENSEN; MECKLING, 2004, pp. 59).

Diante de tal perspectiva, o controle das atividades gerenciais, sobretudo na perspectiva, da governança corporativa¹²¹, emerge com o objetivo de alinhar o interesse dos gerentes (agentes) aos interesses dos acionistas (principais), pela idealização de formas de controle e de incentivos que busquem a minimização de riscos atrelados à alocação de investimentos.

Por esse viés, a governança corporativa se identifica com o controle do poder gerencial sobressaído a partir dos novos desenhos da corporação moderna, em um cenário de propriedade acionária dispersa e de fortalecimento da inteligência corporativa baseada em estruturas tecnocráticas. O resultado, porém, é a estruturação de um sistema econômico bastante responsivo à geração de riquezas dos acionistas, ignorando-se o interesse público relacionado às corporações e impacto delas na sociedade.

3.2 TEORIA DO “SHAREHOLDER VALUE”, DESENVOLVIMENTO E PRESSUPOSTOS

No Brasil, debater a teoria do *shareholder value* pode parecer sem sentido, diante do comando prescrito no art. 170, II da CF e no parágrafo único do art. 116 e no art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976 de atendimento da função social da empresa. Apesar do comando constitucional e legal, a cultura corporativa brasileira permanece refratária à adoção de medidas e de políticas de harmonização da geração de riquezas com o atendimento da função social da empresa.

¹¹⁹ A teoria da administração (“*stewardship theory*”) parte de uma premissa diferente daquela preconizada pela teoria da agência. Entende-se que os administradores merecem a confiança dos acionistas, e, portanto, devem ser empregados na gestão. A maior crítica à teoria da agência repousa na visão determinista de que gerentes e acionistas teriam sempre interesses antagonísticos enquanto maximizadores individualistas de sua própria utilidade (DAVIS; SCHOORMAN; DONALDSON, 2004).

¹²⁰ Em algumas situações, serão os agentes que irão suportar custos (*bonding costs*) em garantia de que não tomarão decisões às expensas dos principais. De qualquer modo, porque geralmente é impossível garantir decisões ótimas a custo zero, quaisquer perdas financeiras que diminuam a riqueza em virtude dessa relação são denominadas “custos de agência” ou perdas residuais (*residual loss*) (JENSEN; MECKLING, 2004, pp. 59-60).

¹²¹ O resultado foi o desenvolvimento de uma governança corporativa fortemente orientada aos interesses dos acionistas (*shareholder-oriented perspective*), estando refletida, por exemplo no Relatório Cadbury (1992) e na própria Sarbanes Oxley (2002) (SHEIFER; VISHNY, 1997).

A gênese dos recentes escândalos corporativos operados no Brasil demonstra que a gestão das grandes corporações brasileiras se encontra muito influenciada por perspectivas contratualistas de interesse social, principalmente demonstradas em políticas de investimento agressivas e bastante responsivas aos interesses dos acionistas e de investidores estrangeiros, em desconsideração de interesses de longo prazo.

De fato, não é de se estranhar que em um contexto de capitalismo financeiro globalizado e de preponderância das diretrizes de investimentos cunhadas em *Wall Street*, a teoria do *shareholder value* apresente forte influência no Brasil. Ainda que a realidade brasileira seja em sua maioria formada por empresas de pequeno e médio porte, mesmo que em número menor, as grandes companhias listadas nas bolsas de valores apresentam grande poder de orientar o mercado e de cometer crimes corporativos com imensos danos econômicos, sociais e ambientais.

Daí porque o tema ganha relevância no país, sendo fundamental desenvolvê-lo, para posteriormente cotejar os efeitos da *shareholder value* no *compliance*, sob a perspectiva da criminologia econômica.

A primeira referência importante em relação ao desenvolvimento da teoria do “*Shareholder value*” reporta ao debate estabelecido na década de 30 entre Adolf Berle e Merrick Dood, no tocante à possibilidade de alargamento dos deveres fiduciários estabelecidos em face dos administradores de companhias¹²².

Para Berle (1931, pp. 1049-1074), todos os poderes garantidos a uma corporação ou a seus administradores se justificariam se exercidos em benefício e em proteção dos interesses dos seus proprietários, estando o propósito da empresa vinculado à geração de lucros para os acionistas (*shareholders*). A maior preocupação era o estabelecimento de um controle legal para evitar os desvios por parte dos gerentes no cumprimento de seus deveres fiduciários.

Parte-se da premissa de que os poderes de gerenciamento não absolutos, antes, se configuram como poderes de confiança. Assim, a administração e o controle de uma corporação devem ter como parâmetro a geração de benefícios aos seus proprietários,

¹²² No século XIX, resultante de um processo de liberalização para criação de companhias com responsabilidade limitada, o modelo Anglo-Saxão se desenvolveu em torno da dupla influência da *equity* e do regime de *torts*. A *equity* levou à elaboração de uma norma geral segunda a qual todo administrador deve agir com boa-fé na busca do melhor interesse da companhia. Para tanto os administradores foram equiparados a *trustees*, lhes sendo impostos uma série de deveres fiduciários em relação à companhia e seus acionistas. Especialmente em relação aos *officers* (com funções executivas), seriam estabelecidos contratos de agência, assemelhados ao mandato estabelecido no Direito Civil. Daí porque o direito anglo-saxão confere grande relevância aos conflitos resultantes da relação de agência (FRAZÃO, 2011, pp. 44-46).

devendo a lei proteger os interesses dos acionistas e criar salvaguardas legais contra o possível abandono da motivação do lucro pela administração (TEUBNER, p. 150)

Em contrapartida a esse entendimento, Merirck Dodd (1932, pp. 1145-1163) defendeu a existência de outros interesses a serem protegidos pela gestão, para além dos acionistas. Desse modo, os administradores teriam responsabilidades na promoção de contribuições para a sociedade, como a geração de empregos e a entrega de produtos de qualidade para os consumidores.

Portanto, percebe-se em Dodd uma versão maximalista de interesse das corporações, a partir do qual se conferem poderes mais amplos aos administradores para prosseguirem, não somente o interesse de acionistas, mas de outros grupos sociais (TEUBNER, 1985). Ou seja, por tal perspectiva, os administradores deveriam agir como guardiões de todos os interesses a que corporação viesse a afetar (ROTMAN, 2010).

Como efeito prático da perspectiva de Dodd, a gestão passa a gozar de mais liberdade para a tomada de decisões gerenciais, detendo até mesmo a capacidade de tomar decisões que momentaneamente descontentem os seus acionistas, mas que sejam mais benéficas à corporação em longo prazo, especialmente no campo de alocação de investimentos em inovação.

Por outro lado, as críticas às aceções de interesses sociais mais amplos se pautam nos riscos de relaxamento do compromisso gerencial com a obtenção do lucro e de abertura de espaço para o comportamento oportunístico dos gerentes e administradores ou para os conflitos de interesses no âmbito da corporação, de modo a reduzir a proteção e os incentivos ao investimento empresarial.

A visão mais estreita de interesse social baseia-se em preocupações que possuem um bom ponto de partida, qual seja a proteção da própria captação de recursos para a viabilização da atividade empresarial. Porém, as prescrições e as bases a serem estabelecidas para a gestão podem acarretar consequências sociais bastante preocupantes, considerando o porte assumido pela corporações e capacidade de afetar o interesse de suas partes relacionadas e o meio ambiente.

O clássico caso Dodge v. Ford Motor Co. é ilustrativo do dilema acima pontuado. Henry Ford havia anunciado a suspensão de pagamento de dividendos especiais aos acionistas, priorizando políticas corporativas voltadas à redução de preços dos produtos no interesse dos consumidores e à expansão da planta para proporcionar mais empregos (TEUBNER, 1985, 152).

Por sua vez, a Suprema Corte de Michigan sobrestou a decisão sob o argumento de que a corporação deve ser organizada e mantida principalmente para obter o lucro em favor dos acionistas, de modo tal que os poderes conferidos aos diretores devem ser empregados para esse fim. Assim, a administração não poderia a conduzir e moldar os negócios da corporação para o benefício meramente acidental dos acionistas, com o principal objetivo de beneficiar os outros agentes (TEUBNER, 1985, pp. 152-153).

Porém, gradualmente, com o desenvolvimento da doutrina do *business judgment*, houve a expansão dos deveres fiduciários no contexto norte-americano, culminando com a maior autonomia aos gerentes corporativos, e, por conseguinte, a diluição da visão mais estreita de responsabilidade fiduciária.

A vaga fórmula era a de que, ao tomar decisões, os gerentes seriam responsáveis apenas por um exercício de julgamento livre e imparcial, sem influência de quaisquer considerações que não sejam os próprios benefícios corporativos envolvidos. Sob esta cobertura, a classe de beneficiários do dever fiduciário poderia ser gradualmente ampliada (TEUBNER, 1985, pp. 152-153).

Conforme síntese de Teubner (1985, p. 154), o sistema americano reconheceu progressivamente responsabilidades sociais mais amplas à corporação, modificando a doutrina do dever fiduciário. No entanto, tal reconhecimento restou limitado ao campo do voluntarismo corporativo sem criar deveres corporativos afirmativos.

É interessante notar que o próprio Berle (1954) abandonou, após vinte anos, a ideia reducionista de interesse social. Porém, tal paradigma de pensamento revigorou a sua força com a ascendência da Escola de Chicago na década de 1970, ocupando grande relevância na atualidade.

Milton Friedman, no conhecido artigo publicado na *New York Times Magazine* em 1970, afirmou que a única responsabilidade social das companhias seria a geração de lucros em favor de seus acionistas¹²³. Para o economista, apenas pessoas poderiam ter responsabilidades, o que não seria o caso de pessoas artificiais.

Assim, a responsabilidade social, com a sua vagueza conceitual, não passaria de uma autorização para que os gerentes se comportassem indevidamente como os “principais” de uma relação, porém às expensas de recursos de terceiros, em favor de um interesse social que poderia ser realizado sob a responsabilidade individual e direta dos

¹²³ *Friedman's article has been enormously influential and his general position, that companies should maximize profit or market value, commands wide acceptance among both economists and lawyers today* (Hart; Zingales, 2017, p. 2). Tradução livre: O artigo de Friedman tem sido extremamente influente e sua posição geral de que as empresas devem maximizar o lucro ou o valor de mercado tem tido ampla aceitação entre economistas e advogados atualmente.

consumidores, trabalhadores e acionistas. Desse modo, Friedman (1970) conclui que as questões éticas e morais não deveriam ser tratadas no âmbito interno da corporação, propondo uma separação entre a ética e a gestão empresarial.

Sob tal ótica, a gestão deve conduzir ao enriquecimento máximo dos acionistas, estes, sim, principais da relação. Com efeito, caso a administração adote outro referencial de interesse social, estará reduzindo a riqueza dos acionistas pela imposição de custos de agência. Em contrapartida, caberia aos governos conformar a atuação empresarial por meio da internalização das externalidades negativas, e, aos indivíduos, eleger estratégias de comportamentos baseados em sua consciência moral.

A partir desta pequena descrição, é nítida a forte influência da teoria da agência para a estruturação da ideia do interesse social condizente com o interesse dos acionistas. Foi a partir de então que a análise econômica deslocou o objetivo da governança corporativa para o maior enriquecimento possível dos acionistas, concretizado na maximização dos valores das ações das companhias (STOUT, 2012).

A primazia do interesse dos acionistas como norte do interesse social triunfou principalmente a partir do famoso artigo *The end of history for Corporate Law*, de Henry Hansmann e Reinier Kraakman (2000). Os autores chegaram a sustentar o fim do direito corporativo e a existência de um consenso normativo sobre as modelações de governança corporativa no mundo. No centro da convergência, estaria a dominância da ideologia *shareholder value* no direito corporativo (*shareholder-centered ideology of corporate law*), como expressão da governança corporativa.

Para Henry Hansmann e Reinier Kraakman (2000, pp. 1-2), as características básicas da corporação modernas que apontam para a uniformidade de estruturação do direito corporativo estão reunidas em cinco elementos: (i) a personalidade; (ii) a responsabilidade limitada; (iii) a propriedade compartilhada entre os investidores de capital; (iv) a atribuição da gestão à administradores sob a supervisão dos conselhos de administração e; (v) as ações transferíveis. Por natureza, tais estruturas criaram uma plataforma no direito societário bastante responsiva aos interesses dos acionistas, oferecendo importantes eficiências para a organização de grandes corporações e para o desenvolvimento econômico dos países.

Como premissa, assume-se os interesses dos acionistas como referência final para o controle gerencial da corporação. Noutro giro, outras partes relacionadas, como credores, funcionários, fornecedores e clientes - devem ter seus interesses protegidos por meios contratuais e regulatórios, e, não, pela participação na governança. Outra

prescrição importante é a proteção dos acionistas minoritários contra a exploração dos controladores (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000).

Com efeito, no núcleo da convergência apontada está o atendimento dos interesses dos acionistas concretizado por políticas que aumentem o valor de mercado das ações. Por outro lado, rejeitam-se os modelos gerencial (*the managerialist model*), de cogestão com trabalhadores (*the labor-oriented model*) e intervencionista (*the state-oriented model*).

Embora não se negue que as empresas devem ser conduzidas e operadas para servir o interesse da sociedade como um todo, pressupõe-se que melhor meio para atingimento deste fim - a busca pelo bem-estar social agregado - é tornar os gerentes corporativos orientados aos os interesses dos acionistas e, ao menos em termos diretos, somente àqueles interesses, inclusive no que respeita aos sócios minoritários (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000, pp. 10-11).

A defesa do modelo do *shareholder value* está fincada na ideia de eficiência econômica. Parte-se da crença de que as empresas organizadas e operadas segundo o prisma da maximização apresentam melhor performance econômica e maiores vantagens competitivas, inclusive no tocante ao acesso ao capital, ao desenvolvimento mais agressivo de novos produtos, à manutenção de linhas coerentes de gestão e ao abandono mais rápido de investimentos ineficientes (HANSMANN; KRAAKMAN, 2000).

Nos Estados Unidos, a teoria do *shareholder value* se expressou por meio de estratégias de governança corporativa cunhadas em termos de incentivos de agência para o controle do comportamento gerencial. Tais incentivos foram calibrados na forma de recompensas remuneratórias e pela ideia de supervisão dos gerentes por diretores independentes. Nos países de propriedade concentrada, as soluções foram desenvolvidas no âmbito de fortes direitos de nomeação e de poderes decisórios, a partir do voto (ENRIQUES; HANSMANN; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 49).

Atualmente, as estratégias têm sido aprofundadas para impor padrões de conduta para diretores, direitos de participação e, nomeadamente, regras de divulgação sobre preços das ações e maior liquidez, os quais, por sua vez, tornam mais efetivos os direitos de retirada (ENRIQUES; HANSMANN; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 49).

Como fator comum, percebe-se a centralidade da priorização das estratégias de maximização de riquezas em favor dos acionistas, sendo bastante relevante abordar, nesse ponto, a formatação das regras de pagamento aos executivos.

Pela ótica da gestão de pessoas, o elo entre a geração de valor para os acionistas e a motivação pessoal dos funcionários é a remuneração variável, partindo-se do pressuposto fundamental de que o compromisso com a “causa” será obtido pelo compartilhamento da riqueza por meio de indicadores individuais e objetivos (MARX; SOARES, 2008, p. 215-216).

O esquema de remuneração variável é, portanto, uma característica da perspectiva em estudo, se apresentado como um incentivo ou forma de controle próprio da relação de agência. Em teoria, os pacotes de pagamento servem para alinhar os interesses dos gerentes aos dos acionistas, compreendidos enquanto classe. Entretanto, em realidade, a forma de pagamento tanto pode ser uma forma de controle como um sintoma dos custos de agência (ENRIQUES; HANSMANN; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 66).

Nesse passo, o alinhamento entre os interesses dos gerentes e acionistas é alcançado pela consideração dos valores das ações como uma estratégia intermediadora entre os objetivos preconizados pelos acionistas de enriquecimento e os custos de agência.

Não obstante isso, apesar do acerto em se estabelecer vários mecanismos de proteção dos investidores, muitas das medidas têm tornado a ação gerencial excessivamente responsiva à maximização dos lucros e a perseguição de resultados de curto prazo. Inclusive, os efeitos negativos atrelados podem prejudicar até mesmo os acionistas, resultando em uma transferência de riquezas da empresa para os gerentes, em condutas gerenciais que se afastam da perspectiva de empresa em longo prazo.

Com efeito, assumir que o controle interno ou a instituição de outras formas de monitoramento irão conduzir a resultados que mitiguem esses riscos de comportamento oportunístico é uma solução razoavelmente simplista para o problema, ainda mais quando se percebe a complexidade do mundo moderno. Não basta que a governança e o controle interno estejam orientados à preservação dos interesses dos acionistas como um todo, porque é necessário estabelecer padrões mais probos e éticos para a gestão. Todos, e não apenas os acionistas, podem ganhar com isso.

3.4 “SHAREHOLDER VALUE” EM CRISE: PERSPECTIVAS CRÍTICAS

Ironicamente, após a publicação artigo *The end of history for Corporate Law*, emergiu o escândalo Enron em 2001, com o descortinar de inúmeras fraudes e de uma fabulosa manipulação na contabilidade daquela gigante companhia. As raízes do problema podem ser atribuídas às bolhas visualizadas da segunda metade da década de

1990 no mercado de telecomunicação, quando a tecnologia impulsionava uma onda especulativa em busca de novos métodos de consumo e novas economias, a partir dos avanços da produtividade pela ciência da computação rápida e pelo barateamento das telecomunicações. Combinando-se esse cenário com o hiperativo investimento, o “mix” ficou tóxico (NORDBERG, 2008).

A Enron tornou-se um emblema improvável da crise. Como o seu negócio principal eram as redes de transmissão gás, parecia um ótimo negócio a aquisição de gasodutos nas telecomunicações de fibra ótica do noroeste da América. Com o acréscimo da capacidade de telecomunicações e a com a perspectiva de que os mercados de derivativos de banda se desenvolvessem em breve, a empresa estava bem posicionada (NORDBERG, 2008).

Sem embargo disso, a rápida expansão e as altíssimas expectativas de rentabilidade levaram a péssimas decisões de alocação de investimentos. O exame minucioso das contas mostrou que os maus negócios haviam sido retirados do balanço financeiro. No final de 2001, a Enron falhou espetacularmente. Vários meses depois, fraudes contábeis derrubaram a WorldCom, uma empresa ainda maior no mercado de telecomunicações dos EUA, sendo que ambas as empresas foram assessoradas e auditadas pela Arthur Andersen (NORDBERG, 2008).

Por traz das estimativas sobrevalorizadas de lucratividade e das inevitáveis perdas, foi alarmante perceber que todos os elementos de governança haviam falhado, expondo cada componente da infraestrutura do capitalismo americano disfuncional. As companhias de contabilidade estavam perdidas, seus auditores estavam agindo com conivência, os advogados estavam conspirando, as agências de *rating* dormindo e os reguladores agindo de modo inadequado (CLARKE, 2004, p. 15-16).

Assim, a academia passou a questionar os perigos da incorporação da teoria do *shareholder value* na mentalidade dos administradores e os malefícios advindos da orientação da comunidade financeira em torno de resultados de curto prazo, expressos em estratégias de valorização dos preços das ações das companhias.

Ainda antes do caso Enron, Arthur Levitt, então Presidente da *Securities and Exchange Commission* (SEC), fez um discurso bastante instigante, intitulado *The numbers game*, em setembro de 1998. Para Levitt, a gestão corporativa voltada à satisfação das expectativas imediatas tem acarretado a erosão da qualidade da riqueza gerada, prejudicando, conseqüentemente, a qualidade dos relatórios financeiros, pois os

administradores têm se socorrido à manipulação e a truques na contabilidade para obscurecerem a volatilidade financeira da companhia (LEVITT, 1998).

Nesse cenário, a integridade tem sido perdida e os gerentes sabem o quão difícil é manter boas práticas de governança quando os seus competidores operam em uma zona cinzenta entre as práticas legítimas e as fraudes. Assim, é necessário conclamar o engajamento com uma mudança cultural e que os administradores se lembrem de que a integridade nos sistemas de contabilidade está diretamente relacionada aos interesses de longo termo da corporação (LEVITT, 1998).

Outra questão problemática inerente à perspectiva da *shareholder value* é o efeito perverso na ética de atrelamento da remuneração à performance econômica das corporações. Conforme já analisado, uma das prescrições da teoria da agência para alinhamento dos interesses de gerentes e empregados aos interesses dos acionistas é a estruturação de benefícios remuneratórios aos resultados. Conquanto isso, para Bruno Frey e Margit Osterloch (2003), o foco no controle e na motivação extrínseca tende afetar o compromisso individual com as questões éticas.

Aliás, as elevadas remunerações pagas aos administradores têm gerado um efeito bastante perverso no ambiente empresarial, porquanto resulta na concentração de esforços para a obtenção de lucros de curto prazo, em vez de se buscarem os investimentos de longo prazo, negligenciando até mesmo do pagamento de dividendo aos acionistas (FREY; OSTERLOCH, 2003).

Assim, os esforços de governança corporativa pautados em monitoramento e sancionamento (intrinsecamente relacionados às prescrições da teoria da agência) e o pagamento por performance criaram uma estrutura que incentiva a governança de bandidos¹²⁴ (*governance for crooks*) (FREY; OSTERLOCH, 2003).

¹²⁴ The scandals demonstrate that such undermining of corporate virtue has indeed taken place due to individual incentives. In the case of Enron, people were paid like entrepreneurs. Short-term thinking and, at the same time, performance distortion were encouraged. They were even induced to resort to illegal actions. Dishonest behavior was by no means restricted to top management, but filtered down through many layers within the corporation. With Enron, for instance, it was revealed that the whole board, including its president and vice-president, knew about the malpractice. It was also general knowledge among the firm's employees. In the case of WorldCom, dishonesty was not confined to the accounts' department; the sales staff also falsified the accounts. What has gone wrong is a general deterioration of intrinsic motivation to contribute to the corporate virtue (FREY; OSTERLOCH, 2003, p. 6). Tradução livre: Os escândalos demonstram que esse enfraquecimento da virtude corporativa ocorreu de fato devido a incentivos individuais. No caso da Enron, as pessoas eram pagas como empresários. O pensamento de curto prazo e, ao mesmo tempo, a distorção do desempenho foram incentivados. Eles foram até induzidos a recorrer a ações ilegais. O comportamento desonesto não foi de forma alguma restrito à alta gerência, mas filtrado por várias camadas dentro da corporação. Com a Enron, por exemplo, foi revelado que todo o conselho, incluindo seu presidente e vice-presidente, conhecia a má prática. Também era conhecimento geral entre os funcionários da empresa. No caso da WorldCom, a desonestidade não se limitou ao departamento de contas; a equipe de vendas também falsificou as contas. O que deu errado é uma deterioração geral da motivação intrínseca para contribuir para a virtude corporativa.

Joseph Stiglitz (2015, pp. 53-56) também discorre criticamente acerca da revolução provocada pelo *shareholder value*. Segundo o economista, tal modelo tem implicado a redução de investimentos que levariam a uma inovação saudável, ocasionando a perda de uma prosperidade econômica de longo prazo, e, também, incentivando decisões de investimento de alto risco (*excessive risk-taking*).

Além disso, as compensações remuneratórias pagas para os administradores têm sido fixadas em níveis que não poderiam ser justificados em termos de produtividade. A realização maciça de investimentos de curto prazo e baseados na especulação financeira ensejam uma situação de pouco compartilhamento de prosperidade econômica (Stiglitz, 2015, pp. 49 e 53).

As conclusões de Stiglitz (2015) também se alinham com os resultados da pesquisa empírica realizada por John Graham, Cam Harvey e Shiva Rjagopal (2005), a partir de entrevistas feitas com 401 executivos sêniores. Segundo apurado, mais da metade dos executivos (55,3%) disseram que adiariam um novo projeto de investimento para atender as metas de ganho trimestrais, mesmo que o adiamento implicasse um sacrifício no valor da companhia em longo prazo. Como resultado ainda mais surpreendente, 78% dos entrevistados concluíram que estariam dispostos a sacrificar pequenas, moderadas ou até mesmo grandes parcelas do valor da companhia para atingirem as métricas de resultados.

Para os pesquisadores, parte desses achados se ampara na importância dada aos entrevistados ao atendimento das expectativas do mercado estampadas em *benchmarks*. Os executivos entendem que o atendimento das expectativas estampadas nas metas trimestrais ajudaria a construir a credibilidade da companhia no mercado financeiro e a manter ou mesmo elevar o preço de suas ações (GRAHAM; HARVEY; RJAGOPAL, 2005).

O problema são os danos provados por essa visão no valor da companhia em longo prazo, em um contexto de capitalismo financeiro. No entanto, para entender a dimensão dos prejuízos advindos da perspectiva *shareholder* é preciso compreender as mudanças que se operaram em torno da ideia de valor.

Em interessante obra, Mariana Mazzucato (2018) aborda as influências da revolução marginalista na ideia de valor no sistema capitalista. Durante muito tempo, o preço dos produtos resultava da relação entre oferta e demanda, mas o preço dos produtos era determinado pela quantidade de trabalho necessário para a produção, pelo impacto

das mudanças tecnológicas e organizacionais no trabalho e pelas relações entre o trabalho e o capital (MAZZUCATO, 2018).

Porém, após a revolução marginalista, a ênfase em questões objetivas foi transmutada para aspectos subjetivos, como os conceitos de escassez e de preferências dos atores econômicos. O valor, em outras palavras, se tornou subjetivo. Por conseguinte, muitos economistas passaram a sustentar que o valor das coisas seria determinado pelos preços pagos no mercado, mudando radicalmente a premissa de que era o valor adicionado pela produtividade o vetor para a determinação dos preços (MAZZUCATO, 2018).

Nesse passo, o processo de financeirização da economia real perpassou pela inclusão do setor financeiro como produtor de riqueza, mormente na década de oitenta. Por esse prisma, as finanças passaram a ser valoradas porque possuem valor e os lucros extraordinários advindos delas são provas disso. Nesse contexto, a acumulação de renda no pós-guerra posicionou os gerentes em um grau central na economia, particularmente com a ascensão dos fundos mútuos, de hedge e de pensão (MAZZUCATO, 2018).

Assim, a principal missão gerencial não consiste no investimento pela aquisição de bens tal qual faziam os empresários, mas em administrar temporariamente as economias de terceiros mediante a alocação do investimento em ativos líquidos, especialmente em ativos financeiros. Com efeito, investidores individuais foram substituídos por instituições dirigidas por profissionais por meio da instituição de fundos, muitos dos quais compartilham as ações e as remunerações com os gerentes das companhias nos quais os recursos são aportados a partir do dinheiro dos seus clientes (MAZZUCATO, 2018).

Nesse cenário, os investidores institucionais emergiram no mercado financeiro, dotados de um enorme poder de ingerência nem sempre formalizado e submetido a um controle transparente. A grande questão é que tais agentes apresentam o potencial de intervirem na definição concreta dos objetivos corporativos e das políticas de gestão, muitas vezes em prejuízo das perspectivas de longo prazo e dos interesses dos demais *stakeholders*.

Assim, é pertinente a reflexão feita por Lynn Stout (2012) sobre quem realmente são os *shareholders* e o que eles realmente valorizam. Em primeiro lugar, se as estratégias de negócios centradas em ganhos de curto prazo podem acarretar a perda de valor da companhia em longo prazo, tal discussão não é meramente sobre colocar em embate o

interesse de acionistas (*shareholders*) contra o interesse dos demais interessados (*stakeholders*).

Na verdade, existe uma grande contradição. Os investidores institucionais pressionam as empresas a valorizarem as ações no preço de hoje; todavia, muitos dos aportes que sustentam os investimentos são realizados por pessoas comuns, imbuídas por interesses de longo prazo, a exemplo da constituição de poupança e previdência. Assim, a perda de valor da companhia em longo prazo pode prejudicá-las duramente (STOUT, 2012).

Em meio a este debate, é importante citar a linha intermediária defendida por Oliver Hart e Luigi Zingales (2017), no artigo *Companies should maximize shareholder welfare not market value*. Ambos concordam com Friedman (2017) quando estatui que os administradores devem se orientar pelo bem-estar dos acionistas, porém, rejeitam a ideia de que eles se importariam apenas com o dinheiro. Na verdade, os acionistas são pessoas comuns, que além de serem orientadas por questões financeiras, são afetadas por uma miríade de questões éticas e sociais, especialmente quando se dão conta de que a sua conduta pode gerar diretamente externalidades negativas¹²⁵.

Para os autores, Friedman (2017) estaria certo apenas se as atividades de lucro (*profit-making*) e a geração de danos (*damage-generating*) das empresas fossem separáveis ou se o governo detivesse a capacidade de internalizar perfeitamente as externalidades por meio da regulação. Por outro lado, nenhuma dessas hipóteses parece muito plausível (HART; ZINGALES, 2017)

Na ausência dessas condições, eles argumentam que o bem-estar dos acionistas e o valor de mercado não são idênticos, e que as empresas devem maximizar o primeiro e não o último. Para tanto, propõem que os acionistas se engajem no estabelecimento geral linhas da política corporativa por meio do voto ou pela formação de fundos especializados em votar sobre certas questões (HART; ZINGALES, 2017).

Percebe-se, portanto, uma tendência de ampliação às críticas relacionadas à perspectiva da *shareholder value* e de proposições que atentem para preocupações de cunho social incorporadas às políticas de gestão das companhias. Mesmo Henry Hansmann e Reinier Kraakman (2017), em sua mais recente obra, reconhecem a

¹²⁵ “If consumers and owners of private companies take social factors into account and internalize externalities in their own behavior, why would they not want the public companies they invest in to do the same?” (HART ZINGALES, 2017)

importância de tutelar os empregados no âmbito do direito corporativo, diante da maior situação de maior vulnerabilidade à exploração das firmas e da insuficiência da implementação da regulação para protegê-los¹²⁶ (ENRIQUES; HANSMANN; KRAAKMAN; PARGENDLER, 2017, p. 89).

Nesse sentido, diante do capitalismo financeiro globalizado, é importante reposicionar o interesse social, para propagar visões de gestão consentâneas com os propósitos de longo prazo das corporações. Uma visão mais abrangente de propósito das organizações reclama a consideração dos interesses de terceiros como um fator crucial para governança corporativa e para uma performance econômica sustentável, com a vantagem e abrir a gestão empresarial ao aprimoramento do *moral reasoning*.

3.4.1 Teoria dos Stakeholders

Como uma vertente crítica importante à teoria do *shareholder value*, apresenta-se a perspectiva *stakeholder value*. Ela surge como uma nova narrativa para entender e solucionar três problemas de negócios interconectados: (i) compreensão de como valor é criado e comercializado; (ii) conexão da ética ao capitalismo; e (iii) estruturação do gerenciamento para incorporar os dois primeiros problemas (FREEMAN; HARRISON; WICKS; PARMAR; DECOLLE, 2010).

Parte-se da compreensão de que os desafios e as mudanças operadas no mercado financeiro e as crises relacionadas aos escândalos corporativos revelam a necessidade de uma revisão acadêmica das formas tradicionais de enxergar as responsabilidades das empresas (FREEMAN; HARRISON; WICKS; PARMAR; DECOLLE, 2010).

A palavra *stakeholder* (parte interessada) apareceu pela primeira vez em um memorando no Stanford Research Institute em 1963, reportando a um conceito criado para desafiar a noção de que os acionistas seriam os únicos a quem a administração deve responder (FREEMAN; HARRISON; WICKS; PARMAR; DECOLLE, 2010).

A teoria do *stakeholder value* visualiza a corporação como um mecanismo existente para organizar e dirigir os recursos dos *stakeholders* (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018). Assim, o propósito da governança corporativa é o desenvolvimento de estratégias para o fomento da criação de riqueza para todas as partes potencialmente afetadas pelas atividades das firmas (LETZA; SUN; KIRKBRIDE, 2004).

¹²⁶ Continuam, porém, rejeitando a participação dos trabalhadores por participação minoritárias das firmas, em elevação da vulnerabilidade dos trabalhadores e de riscos específicos e oportunismos (90).

Não obstante isso, é certo que é necessário estabelecer limites para a identificação dos *stakeholders*: eles se referem a um grupo ou indivíduos específicos que possuam interesses válidos nas atividades e resultados da firma, em muitos dos quais a empresa confia para alcançar seus objetivos (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018).

Os *stakeholders* incluem não só os acionistas, mas empregados que desenvolvem habilidades específicas para a corporação, fornecedores, clientes e outras pessoas que fazem investimentos especializados (BLAIR, 2003). Frequentemente, oficiais de governo e reguladores, grupos de interesses especiais, entidades não governamentais, a mídia, sindicatos e competidores são denominados *stakeholders* secundários, porque não contribuem diretamente para a criação de valor da firma (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018).

Nesse sentido, a missão do gerente é maximizar a total riqueza criada pelo empreendimento, razão pela qual devem ser considerados todos os impactos das decisões corporativas em relação às partes afetadas pela empresa (BLAIR, 2003). Com efeito, o modelo prescreve o desenvolvimento de relações de longo prazo entre as partes afetadas e as firmas, o engajamento de empregados, a cooperação interempresarial e a aplicação da ética negocial (LETZA; SUN; KIRKBRIDE, 2004).

É possível perceber que a teoria se contrapõe à perspectiva do *shareholder value*, quando a última afirma que maximização dos retornos financeiros em favor dos acionistas deve ser a responsabilidade primária dos gerentes. Todavia, para além de todos os problemas já apresentados no tópico precedente, *shareholder value* ignora que o mundo é muito mais complexo do que o suposto e que o sucesso das firmas depende muito do papel atribuído aos *stakeholders* (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018).

Na verdade, a complexidade e a turbulência no mundo dos negócios têm tornando a sociedade mais sensível aos comportamentos antiéticos das organizações, abrindo espaço para perspectivas teóricas mais atentas aos interesses dos *stakeholders* (*stakeholder theory*). Não obstante isso, o grande desafio está em determinar as melhores práticas para gerenciá-los e para estabelecer os contextos em que as práticas levarão aos melhores resultados em termos de criação de riquezas (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018).

Não se pode olvidar que, para além de facilitarem o controle da atividade empresarial, os *stakeholders* possuem informações valiosas, expertise e insights que podem auxiliar as firmas a desenvolverem as melhores estratégias de criação de valor,

somando conhecimento em relação as maiores fontes de valor para o futuro. Em outras palavras, para criar valor, as empresas precisam ver o mundo sob os olhos dos múltiplos *stakeholders* (FREEMAN; HARRISON; ZYGLIDOPOULOS, 2018).

De fato, é difícil a conjugação dos vários interesses entre os *stakeholders*. A despeito disso, para Freeman, Harrison e Zyglidopoulos (2018) é possível obter a real sinergia pela maior alocação possível de valor para um ou mais *stakeholders*, resultando negócio bem-sucedido quando a medida for capaz de reciprocamente criar ainda mais valor econômico e não econômico. Assim, uma decisão gerencial astuta pode criar benefícios mútuos aptos a incrementarem valor para alguns *stakeholders*, ao mesmo tempo, com pouca ou nenhuma perda para os demais.

Em outras palavras, nas situações em que os interesses das partes interessadas possam entrar em conflito, as instâncias gerenciais devem buscar formas de repensar os problemas, procedendo ao balanceamento dos vários interesses em questão, pela implementação de alternativas que possam agregar mais valor globalmente, especialmente no que reporta às respostas que preservem a ideia de longo prazo do empreendimento.

Assim, os métodos que envolvem a implementação de uma perspectiva atenta aos interesses das partes relacionadas e aos resultados de longo prazo¹²⁷ auxiliam as empresas a criarem valor de forma consistente e durável, possibilitando a compreensão de questões morais, éticas, capazes de incrementar o compartilhamento dos resultados em termos sociais, sem no entanto, macular a rentabilidade empresarial em um lapso temporal mais alargado.

Seguindo a tendência de expansão do olhar gerencial para os *stakeholders*, em agosto de 2019, foi noticiado pela *New York Times* que quase 200 executivos, incluindo os líderes da Apple, Pepsi e Walmart, buscaram redefinir o papel das grandes empresas na sociedade, rompendo com décadas de ortodoxia corporativa do modelo *shareholder value*. Segundo reportado, a *Business Roundtable* declarou que os objetivos das empresas não estariam centrados nos interesses dos acionistas. Ao invés disso, devem ser encorajados o investimento em seus funcionários, a proteção do meio ambiente e a concepção de formas justas e éticas de se relacionar com os fornecedores¹²⁸.

Por outro lado, é necessário que as proposições das grandes corporações transcendam ao idealismo e que os investidores comecem a avaliar as empresas por seu

¹²⁷ Ver a obra “Built to Last” de Jim Collins e Jarry Porras (1994).

¹²⁸ <https://www.nytimes.com/2019/08/19/business/business-roundtable-ceos-corporations.html>

impacto social, ao invés de focar as suas políticas de gestão de modo preponderante em retornos trimestrais. Tais mudanças traduzidas no âmbito prático são cruciais, ainda mais quando se entende as implicações da teoria da maximização do valor das ações na formatação de mecanismos efetivos de realização da ética corporativa.

3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS

A partir dos desdobramentos analisados, percebe-se que a discussão sobre o interesse social detém importância do ponto de vista pragmático, porque ela influencia diretamente os rumos das empresas e a forma de interação com as diversas partes relacionadas, questões centrais ao direcionamento dos programas de *compliance*.

Demonstraram-se os inconvenientes de uma visão estreita e determinista de interesse social, reduzida à maximização da riqueza dos acionistas como vetor para as políticas corporativas. Como um primeiro ponto, alertou-se para o grande impacto das corporações na sociedade, as quais apresentam um inequívoco interesse público atrelado, capaz de transcender a esfera privatista da propriedade.

Assim, diante da configuração da concepção moderna de empresa, faz sentido a ampliação dos deveres e responsabilidades de administradores e controladores para além da geração de riqueza dos acionistas, como forma de implementar perspectivas institucionalistas de interesse social. De fato, a redução do interesse social às facetas do contratualismo destoa da complexidade do mundo moderno, em que não é possível mais separar a ética da geração de lucros.

Como aspectos centrais, apresentaram-se algumas evidências de que a teoria do *shareholder value* e as prescrições de governança baseadas na teoria da agência conflitam com a geração de valor da companhia em longo prazo, causando a erosão dos investimentos e da poupança sustentada pelos verdadeiros acionistas. Apesar de os investidores institucionais pretenderem a obtenção de largos lucros como uma demonstração da eficiência, a interferência na gestão das empresas investidas pela perspectiva de maximização dos valores das ações acaba por destoar com os objetivos de longo prazo dos investidores primários, prejudicando o respectivo investimento e o mercado como um todo.

Mas não somente isso. A aplicação prática da teoria *shareholder value* esteve relacionada com a eclosão de vários escândalos corporativos, cujos efeitos nocivos se espalharam pelo mundo globalizado. As fraudes fabulosamente estruturadas para inflar os investimentos e a remuneração dos gerentes puseram em evidência os riscos da teoria no

campo da ética corporativa. Trata-se, portanto, de uma visão de interesse social pouco vocacionada à gestão em conformidade, porquanto, parte-se justamente da separação de papéis, em que as corporações são alienadas na necessidade de agir conforme valorações sociais e éticas.

Embora seja difícil equilibrar o interesse social com as perspectivas institucionalistas e a atividade lucrativa, um primeiro passo nesse sentido passa pela adoção de um referencial de ético negocial que não se constitui isoladamente da sociedade. Portanto, os efeitos sobre a conformidade podem ser bastante nocivos, ainda mais se considerados os influxos da criminologia econômica, tal qual será analisado no próximo capítulo.

4. RISCOS AO COMPLIANCE EMPRESARIAL E INTERESSE SOCIAL: LIMITES E PERSPECTIVAS A PARTIR DE INTERLOCUÇÕES COM A CRIMINOLOGIA ECONÔMICA

No capítulo precedente desmontou-se que a definição do interesse social detém importância pragmática no direcionamento da gestão e do propósito das firmas. Tal projeção não se restringe às formas de controle do negócio e à governança corporativa. Considerando-se que cabem às próprias empresas estipularem o conteúdo concreto dos sistemas voluntários de *compliance*, os objetivos da gestão atrelados à maximização da riqueza dos acionistas também possuem relevância concreta na implementação de programas de conformidade efetivos.

Nesse sentido, o objetivo primordial deste capítulo é demonstrar em que medida a teoria da maximização de lucros pode ser prejudicial ao *compliance* empresarial, a partir das contribuições da pesquisa criminológica. Para tal mister, preliminarmente, será abordada a relação entre o interesse social, governança corporativa e políticas de *compliance*, com o propósito de demonstrar a importância e os desdobramentos práticos do pensamento calcado no *shareholder value* na conformidade.

No momento seguinte, será abordada a interação entre a teoria do *shareholder value* e a conformidade empresarial, sob a ótica dos aportes da neutralização, das teorias da aprendizagem, anomia, oportunidade e subcultura delinquente no cometimento de crimes corporativos. Por fim, serão apontadas outras perspectivas para o *compliance* no sentido da constituição de um referencial de gestão ético, a partir das reflexões construídas, propondo-se outros eixos e metodologias de concretização do interesse social alinhado com a função social da empresa.

4.1 RELAÇÃO ENTRE INTERESSE SOCIAL, GOVERNANÇA CORPORATIVA E COMPLIANCE EMPRESARIAL

Como visto no Capítulo 1, o *compliance* empresarial se cristalizou com fortalecimento das estratégias de autorregulação regulada. Neste cenário, a regulação estatal não se restringe à ordenação do comportamento por meio de sanções aflitivas, mas busca o atingimento dos objetivos sociais, principalmente em relação ao controle da criminalidade econômica, mediante o aproveitamento das sinergias da autorregulação.

Por outro lado, caberá às empresas, no espaço de liberdade conferido pela regulação estatal, definir como haverá o alinhamento de suas políticas gerenciais e a acomodação da governança corporativa¹²⁹ com as políticas de conformidade. Assim, os objetivos das empresas serão implementados com base nas preferências, nos valores e nos estilos de gerenciamento nelas dominantes.

Isso porque a identidade da organização se comporta como um vetor para atuação em conformidade, estando abarcada pela definição dos propósitos, dos valores, dos princípios, da missão e da visão (BRANDÃO, PERAZZO, RASO, 2017). Outro fator de grande importância, inclusive com influência na identidade organizacional, é exercido pela cultura corporativa – que engloba a atmosfera existente dentro da companhia relacionada aos seus valores, costumes e tradições¹³⁰.

Por sua vez, os valores dizem respeito às crenças compartilhadas sobre modos de conduta para atingimento dos objetivos¹³¹ e importarão na definição da ética e da capacidade de expressão moral do comportamento humano nos programas de *compliance*. Ou seja, a capacidade de orientação normativa no plano da liberdade empresarial do *compliance* dependerá da dinamicidade da constituição dos valores, em um processo norteado pelos limites da legitimação ética e de suas dimensões sociais¹³².

Embora seja complexa a determinação dos fatores que permeiam a cultura corporativa, a identidade organizacional e os valores – que em última instância direcionam a conformidade – a concepção de interesse social também exerce influência nesse sentido, porque ela é crucial para delimitar os rumos da empresa, mormente na definição da abordagem das preocupações no campo da ética negocial e na vocação dos programas de *compliance* para guiar o comportamento nos objetos pró-sociais.

É certo também que as empresas projetarão a governança corporativa mediante a interação da noção de propósito e de todos os outros aspectos mencionados, com o objetivo de balizar os rumos da atuação empresarial e o tratamento dos conflitos internos e externos a que estão submetidas.

¹²⁹ De fato, a literatura utiliza o termo GRC para definir os três pilares que devem orientar as estratégias e operações empresariais: governança corporativa (*corporate governance*); gestão de riscos corporativos (*risk management*); e *compliance* (STEINBERG, 2011).

¹³⁰ Sobre a interação da cultura corporativa com a governança coporporativa, riscos corporativos e *compliance*, ver: STEINBERG, 2011.

¹³¹ Rokeach (1973) apud Cohen 1993.

¹³² Sobre o ponto, ver SAAD-DINIZ (2019a, pp. 62-64).

Tradicionalmente, o objeto do controle societário, e posteriormente da governança corporativa, centrou-se na (i) a resolução das tensões surgidas entre acionistas controladores (ou grupo de acionistas) e os demais sócios e (ii) nos conflitos de interesse entre acionistas e gerentes. As preocupações e os tipos de propostas interventivas variaram a depender da preponderância dos problemas verificados entre os países europeus continentais e anglo-saxões, principalmente segundo o grau de dispersão acionária¹³³.

Nos sistemas *de common law*, o foco do controle foi o enfretamento dos custos de agência envolvidos na relação principal-agente, causados pela separação entre a propriedade acionária e o controle. Já nos países europeus continentais, a concentração do poder de controle na mão de poucos acionistas fez suscitar a preocupação com o abuso de poder em face dos acionistas minoritários¹³⁴(COSSU, 2005, p. 63).

Por sua vez, nos contextos de dispersão acionária, a governança corporativa se pautou em mecanismos de controle do comportamento dos gerentes, evidenciada pela perspectiva financeira em prol da proteção ao direito dos acionistas (*shareholder centric model*): Nos países de propriedade concertada, a governança corporativa restou bastante focada nos conflitos horizontais, perante o risco de comportamento abusivo dos acionistas majoritários. Posteriormente, veio a se reconhecer que mesmo acionistas minoritários poderiam causar danos à sociedade em contextos específicos (OLIVEIRA, 2017).

Noutro giro, a estruturação do capitalismo financeiro atual não só agravou os problemas endógenos às sociedades empresariais, como trouxe novas preocupações de ordem exógena diante dos novos intervenientes, intermediários dos investidores finais. Muitas vezes os investidores procuram a mera maximização do valor do investimento, não necessariamente coincidente com a maximização do valor da empresa, sobretudo em virtude dos diversos horizontes temporais¹³⁵(OLIVEIRA, 2017).

¹³³ As experiências entre os países europeus continentais e anglo-saxões aportaram perspectivas diferentes para o tratamento do controle social no direito corporativo. Sobretudo no contexto anglo-saxão, as sociedades anônimas abertas restaram marcadas pela dispersão acionária conforme a problemática exposta por Berle e Means¹³³, enquanto no cenário europeu continental, a propriedade acionária restou concentrada (COSSU, 2005, p. 60)

¹³⁴ O crescimento da base acionária e o aparecimento de distintos perfis de acionistas (perfil empreendedor, investidor ou prestador de capital) permitiram a reconfiguração do poder no âmbito societário em ao menos três níveis organizacionais: (i) o da participação no capital ou investimento acionário; (ii) direção e (iii) controle. Porém, na prática, a gestão das empresas restou deslocada para seus administradores e controladores, disso resultando a ideia de que o interesse social seria será mais bem acomodado pelos administradores que por seus próprios acionistas. Não à toa, muitos países aderiram à solução alemã, prevendo nas estruturas sociais um órgão de direção e um outro administrativo de supervisão e controle. No direito brasileiro, foi inaugurada a tendência de imputar a responsabilidade também ao acionista controlador, como previsto na Lei nº 6.404, de 1976 (FRAZÃO, 2011, pp. 121-130).

¹³⁵ Ana Prestelo Oliveira (2017) cita uma série de novos conflitos com o aparecimento de novos atores, a exemplo dos investidores ativistas e os credores controladores.

Por isso, as percepções mais contemporâneas de governança corporativa transcendem a resolução dos conflitos verticais entre sócios e administradores e horizontais entre sócios majoritários e minoritários. Uma das questões problemáticas passa a ser a diversidade de interesses entre diversos acionistas (separação propriedade-propriedade), muitas vezes com propósitos de curto prazo, em prejuízo da sustentabilidade da própria empresa¹³⁶ (OLIVEIRA, 2017).

Desse modo, conforme esclarece Ana Prestelo de Oliveira (2017), um dos grandes desafios atuais da governança corporativa é assegurar que a sociedade continue sendo gerida por objetivos alargados, a despeito do interesse de curto prazo de muitos de seus credores. Logo, a discussão sobre as limitações do *shareholder value* e do *short-termism* passa a fazer parte das preocupações inerentes à pauta da governança corporativa, especialmente na orientação a ação de controladores e administradores de sociedades (FRAZÃO, 2019).

Com efeito, grande complexidade se apresenta na convergência de interesses existentes em uma organização e na harmonização deles com os diversos fatores e valores que importam para as políticas de governança e de conformidade. Tal acordo mínimo pode ser buscado a partir da refutação da busca por interesses de curto prazo e na introdução de uma perspectiva mais democrática no âmbito gerencial, pela consideração dos interesses dos *stakeholders*. Caso isso não ocorra, o *compliance* será seriamente afetado pela centralidade da proteção dos direitos dos investidores em seus blocos estruturais, em prejuízo da constituição de um referencial de ética negocial para expressão moral das condutas.

Desse modo, percebe-se que o interesse social é norte para estabelecer a finalidade da atividade empresarial e as respectivas políticas de gestão no direcionamento das relações entre acionistas, investidores, credores, fornecedores, trabalhadores, consumidores e o próprio Estado. Logo, o interesse social é uma das âncoras do equacionamento conflitos emergidos na corporação e permite o gerenciamento de interesses plurais entre os diversos atores posicionados no tecido organizacional.

¹³⁶ Mormente em relação aos investidores institucionais, é possível perceber uma ausência da tradicional apatia racional, muitos dos quais procuram introduzir mudanças na sociedade consentâneas aos seus interesses. Por outro lado, para eles muitas vezes pode ser racional a ausência de exercício de voto. Detendo ações em muitas empresas, muitos dos investidores não possuem incentivos para se informar sobre o voto, estando preocupados apenas em que a empresa apresente resultados em um curto prazo (OLIVEIRA, 2017). Em alguns casos, é mais economicamente racional que os investidores optem pela via do desinvestimento que pela participação pelo voto. Além disso, o equilíbrio de diversos interesses em um fundo de investimento é bastante complexo, mormente se considerados os possíveis conflitos de interesse e a integração pelos agentes intermediários de um mesmo grupo econômico em um mesmo fundo, em prejuízo dos investidores finais (OLIVEIRA, 2017).

Destarte, a relação entre interesse social e *compliance* é de certo modo silogística, porquanto é por meio do interesse social que se estabelecem os parâmetros práticos de gestão e os deveres atuação dos administradores, inclusive no que respeita a possibilidade de imputar obrigações substantivas de atendimento dos objetivos sociais para as empresas enquanto atores privados.

Desse modo, uma visão mais estreita de interesse social implica a limitação da extensão do *compliance*, porque ela fica delimitada às políticas de conformidade voltadas à proteção dos interesses patrimoniais, redundando em sistemas e controles de alinhamento do poder gerencial ao interesse dos acionistas, principalmente representados pelos investidores institucionais.

Assim, caso a perspectiva de interesse social esteja identificada com a teoria da *shareholder*, a estruturação do processo de tomada de decisão, a alocação de recursos e a capacidade organizacional da empresa estarão voltadas a melhor institucionalização dos controles segundo a perspectiva da teoria da agência. Como consequência, os controles estarão mais direcionados à proteção do investimento, sem que a ética seja priorizada.

Nesse sentido, a pressão pela maximização exerce influência de modo efetivo na estruturação dos programas de *compliance* empresarial, sem englobar, no entanto, preocupações relacionadas com os trabalhadores, consumidores, meio ambiente e outros interesses considerados relevantes sob o prisma ético.

Por outro lado, incorporar no *compliance* uma visão mais ampla de interesse social perpassa pela inclusão dos *stakeholders* nas deliberações éticas e de estímulo ao controle social do comportamento corporativo, medidas completamente rechaçadas pela teoria da *shareholder value*. Nega-se, desse modo, a possibilidade de utilização de metodologias que permitam considerar os potenciais e reais afetados pela atividade corporativa. É descartada, outrossim, participação de trabalhadores e outros importantes *stakeholders* na gestão e nas etapas de desenho, implementação e controle dos programas de *compliance*.

Com efeito, partindo-se de tal premissa – de relação intrínseca e recíproca entre o interesse social, governança corporativa e *compliance* empresarial- os influxos da criminologia econômica são úteis para oferecer uma crítica sólida à teoria do *shareholder value* sob a perspectiva do *moral reasoning* atrelado ao processo de decisões e parâmetros de conduta verificados nas corporações.

A criminologia econômica pode esclarecer como as estratégias de gestão fundamentadas na maximização de lucros em favor dos acionistas pode ser prejudicial à

realização de juízos morais e à empatia da classe executiva em relação aos efeitos nocivos da conduta ilícita frente aos *stakeholders*. Além disso, esse ramo científico também contribui para a formação de novos referenciais éticos para a formação em ética empresarial e para aprendizagem em *compliance*, permitindo, portanto, propor outros eixos e metodologias de concretização do interesse social alinhado com a função social da empresa.

4.2 SHAREHOLDER VALUE E INFLUXOS DA CRIMINOLOGIA ECONÔMICA

4.2.1 Shareholder value, associação diferencial e influências no compliance

Antes de ingressar no tema propriamente dito, cabe advertir que a teoria do *shareholder value* não serve de amparo à prática dos delitos corporativos (FRAZÃO,2017d). Porém, ao ter como única preocupação o lucro obtido em curto prazo favor dos acionistas, é propícia ao isolamento moral na seara empresarial, dificultando maiores reflexões sobre as restrições ou barreiras éticas. O resultado disso é a geração de uma plataforma cultural favorável aos crimes corporativos, em facilitação da disseminação dos processos de associação diferencial reconhecidos por Sutherland (2016) e vinculados à criminalidade corporativa.

Conforme alisando no Capítulo 2, para Sutherland (2016, p. 351), o crime de colarinho branco tem sua gênese no mesmo processo geral condutor de comportamentos criminosos, resultando de uma aprendizagem em associação do indivíduo com aqueles que definem de forma favorável o comportamento criminoso e em isolamento com relação a quem define a prática de modo desfavorável.

Corolário disso, o engajamento com o crime corporativo ocorre porque os pesos das definições favoráveis ao delito excedem o peso das definições favoráveis ao *compliance*. Com efeito, o isolamento moral e a ausência de debate quanto aos aspectos éticos nos processos de deliberação negocial afastam os executivos e empregados das definições desfavoráveis às condutas ofensivas, principalmente, quando há um sentimento do caráter endêmico das práticas negociais antiéticas e ilícitas no mercado.

Portanto, trata-se de uma imunidade em relação às definições críticas que chega a ser reforçada pela ausência de um tratamento mais severo do ponto de vista persecutório face aos crimes corporativos e de menor indignação social, os quais resultam no

enfraquecimento das formas de controle social das condutas criminosas no âmbito das empresas.

Nesse contexto, o contexto organizacional torna-se um campo para a disseminação dos processos de aprendizagem, aptos a transmitirem para os agentes: (i) as técnicas de cometimento do crime, (ii) as motivações favoráveis às condutas ilícitas e; (iii) as formas de racionalização das condutas. Uma vez aprendido o comportamento desviante, a classe executiva e os empregados se apartam de contatos frequentes com atitudes de conformidade e do escrutínio crítico em relação às definições desfavoráveis ao crime.

Nesse cenário, os estatutos legais possuem pouca importância no controle do comportamento criminoso, até mesmo sob o ponto de vista da ausência de aceitação da legitimidade moral da regulação do comportamento empresarial. Não se pode olvidar que historicamente houve um grande espaço para a conservação de uma liberdade empresarial bastante agressiva, e que a regulação da atividade empresarial apenas se iniciou efetivamente há pouco mais de um século. Assim, conforme notado por Sutherland (2016), é comum a retórica de amenização do poder moral da legislação pela crítica enfática à intervenção regulatória.

Por outro lado, a segmentação proposta por Milton Friedman (1970) entre a competência para a geração de lucros e a aplicação da ética nos processos gerenciais tem um resultado bastante perverso sob o ponto de vista de aplicação da teoria da associação diferencial. Isso porque o afastamento da empresa de seu papel social, especialmente pelo distanciamento dela em relação aos seus *stakeholders*, possibilita a alienação em relação às definições favoráveis aos objetivos de conformidade normativa e ética. Por outro lado, inibe-se o fortalecimento do controle social, tão necessário à formação de referenciais positivos de conduta.

Diante disso, um dos parâmetros de efetividade da autorregulação regulada, de atração dos *stakeholders* para galvanizar a conformidade das empresas, é duramente prejudicado pelo distanciamento entre a sociedade e a empresa, levando a efeito pela ausência de avaliação dos impactos sociais das ações empresariais e da inclusão procedimental das partes relacionadas na gestão.

Por isso, é acertada a análise de Leandro Sarcedo (2016, pp. 66-75), para quem a maximização dos resultados empresariais pode exercer uma força motriz em processos dos processos de aprendizagem no ambiente corporativo. Basicamente, existem choques e contradições quase inconciliáveis entre a maximização de lucros almejada pelas

empresas e os objetivos pró-sociais da estruturação das práticas de governança corporativa e de *compliance*, cujos efeitos são notados pela contínua disseminação dos processos de aprendizagem do crime.

Na verdade, a violação da lei muitas vezes decorre da necessidade de sempre auferir mais lucros¹³⁷, e os obstáculos impostos legalmente a tal objetivo acabam por impulsionar o processo de aprendizagem de condutas antissociais (SARCEDO, 2016, pp. 72-73). Portanto, a maximização dos resultados empresariais é uma força motriz em processos de aprendizagem tão distintos quanto àqueles analisados pela teoria da associação diferencial (SARCEDO, 2016, p. 74).

Sem embargo disso, tais processos de aprendizagem, movidos pela maximização de ganhos, são contrários aos padrões e aos valores estabelecidos pela sociedade e propostos pelas boas práticas de governança (SARCEDO, 2016, p. 74). Assim, é no mínimo contraditório tratar o *compliance* como uma estratégia de enfretamento da criminalidade econômica eficiente quando o ambiente empresarial muitas vezes se estrutura em torno do primado da maximização de lucros para os acionistas.

De fato, o *compliance* pode explorar e irromper novas formas de aprendizagem na formação de definições desfavoráveis aos crimes econômicos e favoráveis ao comportamento conforme, sobretudo por ampliar os espaços de aproximação da empresa e *stakeholders* e diminuir o isolamento moral dos indivíduos reunidos na identidade complexa da empresa. Porém, para tal mister, é preciso redimensionar os propósitos da empresa – só a ótica do interesse social - e os deveres e as responsabilidades dos administradores perante a sociedade. Trata-se que uma questão primeira à efetividade dos programas de *compliance*.

Como resultado positivo, podem surgir novos modelos de liderança e de gestão alinhadores da maximização da riqueza para todos os *stakeholders*, englobando-se perspectivas de gestão atreladas aos objetivos de longo prazo. Logicamente, como pressuposto para um diálogo efetivo os *stakeholders*, a formação em ética negocial e o constante treinamento, em prol dos contatos frequentes com as definições favoráveis à conformidade, necessitam ser revigorados para transcender a perspectiva formalista e generalista de enfretamento dos dilemas éticos.

Na verdade, não há como identificar e sequer enfrentar os dilemas éticos se os propósitos empresariais forem estreitos demais, mormente diante da operação das

¹³⁷ Mesmo no campo da governança corporativa, a motivação primeira para o desenvolvimento das boas práticas de governança foi a proteção dos interesses financeiros dos acionistas proprietários (SARCEDO, 2016, p. 74).

técnicas de neutralização, aprofundadas a seguir. Portanto, o resultado do interesse social reduzido à maximização de lucros é a afetação dos juízos morais da classe executiva em relação aos impactos de suas decisões e a limitação da própria autocrítica, ampliando a influência das definições favoráveis aos crimes corporativos, e, por seu turno, desfavoráveis às iniciativas de *compliance*.

4.2.1 Anomia, oportunidades ilegítimas e subculturas delinquentes: ampliação dos desafios ao compliance em um cenário de maximização dos lucros

A partir das contribuições de DURKHEIM (2000), verificou-se que o crime remonta a uma consciência coletiva bem definida que permite definir o que é certo e errado. O crime não deixa de ser normal, porém, pode conduzir a um estado de verdadeira desorganização ou de desagregação social quando transbordados níveis aceitáveis, dando lugar à anomia.

Nesse passo, a anomia é concebida como uma ruptura na estrutura cultural, ocorrendo quando há uma disjunção aguda entre as normas e as metas culturais e as capacidades socialmente estruturadas de membros as atingirem legitimamente (MERTON, 1970, pp. 236-237).

Com efeito, os inúmeros e graves escândalos corporativos aludem a um estado de verdadeira anomia no ambiente empresarial, pois é possível verificar uma certa dormitação da consciência moral reguladora coletiva no controle social das práticas empresárias. Isso significa que os conjuntos de valores normativos que regulam os meios aceitáveis de obtenção das metas e objetivos culturalmente definidos na sociedade foram anulados pela tensão entre eles.

Nas sociedades em que há ênfase em relação aos objetivos em detrimento dos procedimentos, os comportamentos podem ser viciados pela tensão em alcançá-los (MERTON, 1970, p. 206). Por isso, a ênfase exagerada na geração de riqueza a qual propõe a teoria da *shareholder value* pode vir a militar contra os modos institucionalmente regulados de acessá-la.

Assim, quando existe uma desproporcionalidade entre as metas do mercado financeiro e os meios disponíveis de atingi-las de maneira legítima, o resultado disso pode ser a inovação por meio da adaptação do comportamento do indivíduo pelo emprego de métodos proibidos, mas frequentemente eficientes para o atingimento do sucesso, da riqueza e do poder.

O caso épico da Enron e a crise no mercado de suprimentos mostraram que a incorporação da *shareholder value* em várias organizações sedimentou a transmissão da ideia de que os fins justificam os meios. Apesar das várias reformas para aumentar o controle interno no âmbito das corporações como respostas às crises geradas, as políticas de conformidade ficaram restritas às perspectivas financeiras de governança, falhando no enfrentamento do peso da orientação da *shareholder value* na ética corporativa, especialmente em relação a tensão gerada entre os objetivos e os meios legítimos de atingi-los.

Logo, as metas de curto prazo voltadas para a maximização do valor das ações contrastam com o controle efetivo dos modos institucionalmente regulados de conseguir o lucro, em razão da desproporção entre os fins e os meios disponíveis para se alcançarem os fins. Nesse sentido, as normas éticas e jurídicas, muitas delas incorporadas formalmente nos programas de *compliance*, perdem o sentido diante dos processos de desmoralização ou desinstitucionalização dos meios explicados pela anomia.

Assim, os indivíduos assimilam os objetivos, sem, no entanto, absorverem as normas institucionais disciplinadoras dos meios, inflando a disposição emocional para aceitar os riscos de suas condutas. Como resultado, há uma menor preocupação com os meios legítimos de obtenção das metas ou com os impactos das decisões e ações tomadas.

Nesse passo, cada aspecto da empresa norteado pela maximização dos lucros é demonstrado na instância de liderança, na forma de remuneração, nas políticas negociais, as quais veicularão a mensagem de que o que realmente importa para a organização é a obtenção do sucesso econômico. Por outro lado, os valores se consolidam sob outras referências distanciadas do compromisso com a ética.

Na ótica de Adan Nieto Martín (2018, p. 43), o capitalismo financeiro contém uma situação de tensão praticamente estrutural favorável as práticas delitivas. Tal sistema se caracteriza pela existência de investidores institucionais que movem os seus fundos com rapidez, buscando benefícios de curto prazo. A pressão de grandes acionistas para o alcance de benefícios de curto prazo pode gerar situações de tensão, que levam muitas vezes a condutas delitivas.

Deborah Cohen (2000, p. 34) sugere o seguinte cenário de aplicação do modelo de Merton às realidades empresariais: (i) os resultados financeiros estabelecem a medida do sucesso da corporação; (ii) os executivos experimentam grandes pressões dos acionistas para realizar os objetivos de ganhos; (iii) a decisão é feita para gerar lucros,

não importando os meios utilizados; (iv) a pressão por aumento de lucros aumenta a probabilidade de engajamento de gerentes e empregados com os crimes.

Também para a autora, a anomia no contexto empresarial se agrega a fatores psicológicos. Ela pode ser bem evidenciada quando os empregados percebem que seus relacionamentos não são baseados na confiança e no suporte, o que gera neles um sentimento de frustração e hostilidade, propiciando razões concretas para o cometimento de condutas antissociais. Além disso, eles se sentem apartados uns dos outros e emocionalmente distanciados, afetando sobremaneira a habilidade de considerar o malefício de suas condutas para os *stakeholders* (COHEN, 2000, pp. 189-191).

Outrossim, para além da tensão entre os meios legítimos de obtenção de lucros e as metas financeira, viu-se que é necessário que o indivíduo tenha acesso aos mecanismos de aprendizagem, e, uma vez treinado, encontre as condições necessárias para performar o seu papel (CLOWARD; OHLIN, 1960, pp. 144-148). Isso porque o comportamento criminoso é limitado por condições variáveis de disponibilidade, influenciada por série de fatores, psicológicos, condições socioeconômicas, entre outros aspectos.

Por sua vez, a atual formatação do mercado de capitais e do sistema financeiro, orientada pela maximização do valor das ações das companhias, amplia o grau de oportunidades para que os agentes se engajem com os atos ilícitos. A ausência de uma boa formação ética e moral, não restrita aos aspectos de educação formal, e o distanciamento entre a classe executiva e os *stakeholders* facilita a identificação das oportunidades ilegítimas e a sua aceitação como uma solução para obtenção das metas trimestrais.

Portanto, todos esses aspectos devem ser somados à elevada exposição das empresas de acesso às estruturas de aprendizagem e às oportunidades ilegítimas para a obtenção de seus resultados. Tal contexto favorece a formação de subculturas capazes de transmitir o conhecimento sobre as formas de infringência da norma e da racionalização do comportamento, tal qual identificado por Braithwaite (1989).

Isso porque, muitas vezes, a criminalidade surge como uma solução para os problemas partilhados por uma pluralidade de indivíduos situados em uma determinada estrutura social, que, mediante interação comunicativa, estabelecem novas crenças e valores como forma de lidar com a falta de ajustamento (COHEN, 1955 e COHEN; SHORT, 1958).

Como bem alertam Cohen e Short (1958, p. 21), nada é tão eficaz para dissipar dúvidas e fornecer garantias morais contra um superego atormentador quanto o apoio e a

aprovação repetidos, enfáticos e articulados de outras pessoas, razão pela qual as subculturas delinquentes são as mais poderosas formas de neutralização.

No âmbito corporativo, o resultado é a criação de novos parâmetros de valoração das condutas, vistos como pertinentes e necessários, porém, não atrelados à ética negocial. Emerge, assim, uma nova subcultura delincente na corporação contra a qual os instrumentos de *compliance* possuem pouca força de contenção, especialmente em virtude das poderosas técnicas de neutralização.

Aliás, conforme alerta Braithwaite, 1989, a probabilidade de desenvolvimento de subculturas criminais é menor quando a crítica às empresas (processo de *shaming*) é mobilizada por indivíduos, organizações, comunidade, profissionais, parceiros industriais, reguladores e governos. Só que a mentalidade de maximização, por sua visão estreita, reduz a importância de consideração de tais perspectivas nas políticas corporativas.

Com efeito, sendo a maximização dos lucros a prática generalizada na gestão das companhias, a espera por estratégias voluntárias de atendimento do interesse social amplo pode ser extremamente frustrante. Por isso, o efetivo redimensionamento do papel da empresa e dos deveres dos controladores e administradores na gestão das companhias é central para a efetividade dos programas de *compliance*. Nessa quadratura, o estímulo aos processos deliberativos éticos e à participação dos *stakeholders* na gestão é um importante caminho para que o *compliance* lide com os múltiplos aspectos culturais, sociais, institucionais e psicológicos normalmente indicados para explicação do crime corporativo.

4.3 ISOLAMENTO MORAL DA CLASSE EXECUTIVA E PROJEÇÕES NO COMPLIANCE

No capítulo 1, a análise dos desafios atrelados aos programas de *compliance* foi dividida a partir dos blocos estruturais. Foi destacada a centralidade do bloco organizacional para a efetividade dos programas de *compliance*, tendo em vista o seu intrincado relacionamento com a temática do interesse social. Em última instância, o interesse social é responsável por direcionar os propósitos das firmas, e, por conseguinte, ditar os próprios limites e alcance dos programas de *compliance*, inclusive com reflexo nas outras infraestruturas preventivas.

Assim, considerando-se a interlocução da esfera organizativa com os aspectos que justificam as racionalidades, ou mesmo irracionalidades, dos administradores e executivos para o cometimento de crimes, é também em relação a tal bloco que as contribuições da criminologia econômica se mostram de maneira mais incisiva.

A partir do *tone from the top*, cabe à alta administração das empresas conferir a capacidade organizacional, consolidar as infraestruturas de *compliance* e estruturar os incentivos aliados à conformidade. Porém, o interesse social radicado na maximização de lucros redundando na organização dos processos internos voltados à satisfação de expectativas de eficiência econômica imediatas.

Os investimentos na cultura de conformidade precisam ser robustos e, em vez de trazerem lucros imediatos, podem implicar até mesmo na perda imediata de negócios. Por outro lado, os retornos advindos na alocação de recursos para a implementação dos sistemas de conformidade tendem a ser obtidos a longo prazo.

Desse modo, sob o prisma da racionalização, a maximização do valor das ações em prol dos acionistas e o pensamento de curto prazo tornam o investimento na ética desinteressante, precisamente em razão do descasamento entre os retornos econômicos no horizonte temporal.

Assim, a classe executiva pode se utilizar das retóricas de prejuízos suportados com a estruturação dos programas de *compliance* ou de impossibilidade de sobreviver no mercado, se os concorrentes estiverem se utilizando de programas de fachada.

Desse modo, a partir de lógicas razoavelmente simplistas, abre-se espaço para os processos de neutralização dos crimes corporativos¹³⁸, por meio de recursos psicológicos empregados pelos criminosos pela negativa da responsabilidade pelos crimes cometidos, dos processos de vitimização e da existência de danos a partir das condutas perpetradas. O resultado é o distanciamento entre a classe executiva, empregados e as partes afetadas pelos delitos econômicos.

Como efeito da neutralização, muitas das transgressões corporativas simplesmente normalizam os processos de vitimização como “externalidades negativas” necessárias à sobrevivência da empresa nos mercados, especialmente diante das pressões

¹³⁸ As técnicas de neutralização do crime foram inicialmente idealizadas por Sykes e Matza (1957) para explicar a delinquência juvenil. Tais técnicas correspondem a recursos utilizados pelos delinquentes para amenizarem a força moral da lei e neutralizarem a culpa na participação criminal. Em relação aos crimes praticados pelos poderosos, Greg Barak (2015) também enxerga o processo de neutralização. Para aprofundamento ver tópico 2.4.1.

exercidas pelos relatórios financeiros e dos fluxos de desinvestimento, se não adotadas estratégias maximizadoras dos retornos em um curto espaço de tempo.

Assim, são acomodadas justificativas com base na normalidade dos desvios no ambiente da empresa e no mercado, assim como nas pressões internas e externas. Apesar das latentes violações, os executivos não se veem como criminosos e não se sentem moralmente responsáveis pelos danos causados.

Como consequência imediata, muitas decisões necessárias, inclusive no que respeita às diretrizes de investimento em inovação e à segurança dos produtos e serviços prestados, são proteladas por não aumentarem o valor das ações das companhias em um horizonte de curto prazo.

Um exemplo ilustrativo de como o interesse social baseado no *shortermism* pode contribuir para o isolamento moral e interferir na conformidade é dado na obra de Sandra Guerra (2017), intitulada a Caixa Preta da Governança. Narra-se a situação vivenciada por um conselheiro independente na companhia SanMartín que havia exposto a sua contrariedade à viabilidade do Projeto Andorinha. Apesar de demonstrar o seu desconforto, o então conselheiro foi interpelado pelo CEO, explicando-lhe que as ações iriam dar um grande salto no final do trimestre, o que de fato ocorreu com a valorização de 25% dos valores da companhia. Cerca de dois anos depois da reunião, um grave desastre ecológico de proporções inéditas provocara danos ambientais, estando a companhia no epicentro do desastre.

Quando as diretrizes e as ações gerenciais priorizam a geração de lucro em detrimento do bem-estar da sociedade, prejudica-se, por conseguinte, a capacidade dos gerentes de posição intermediária e dos empregados de concretamente estabelecerem um padrão ético de conduta. Por outro lado, a alta administração, distanciada das decisões mais concretas, se veem isentadas da responsabilidade.

Por outro lado, a priorização da maximização de lucros pode ser facilmente transmitida nos níveis mais baixos da organização diante dos parâmetros de decisão estabelecidos nos conselhos de administração e nas instâncias de executivas, os quais alinham as estratégias negociais em torno dos resultados trimestrais e da responsividade do mercado às metas de performance.

Muitas decisões são tomadas sem debates mais robustos nos órgãos societários em torno das avaliações ambientais, financeiras e de risco, mormente quando existe uma grande proeminência da atuação dos executivos em face dos conselhos de

administração¹³⁹. Tal aspecto é destacado por Sandra Guerra (2017), que aponta para o comum silenciamento dos dos conselheiros, inclusive externos, em face da dominação por uma pessoa, seja ela o presidente do Conselho de Administração, seja o CEO.

Desse modo, problemas que poderiam ser potencialmente identificados não são corretamente endereçados, e as preocupações que poderiam surgir são enterradas com as retóricas de neutralização. Assim, a ausência de debate e de ideias expostas coletivamente é um sinal de disfuncionalidade dos conselhos de administração, apresentando como possível consequência decisões ineficientes, e até mesmo antiéticas, tomadas com base em intuições.

Tais apontamentos também se amparam no estudo realizado por Eugene Soltes (2016), cuja conclusão é a de que a maioria das ações criminosas dos proeminentes executivos foi fruto de decisões inspiradas em intuição, sem uma avaliação cautelosa prévia de custo e benefício. Percebeu-se que muitos deles confiam, de modo excessivo, em suas próprias intuições, não se engajando em um processo deliberativo racional. Além disso, eles não estão acostumados a serem confrontados por pontos de vistas diversos no momento da decisão, reforçando o aspecto intuitivo da avaliação.

Por razões semelhantes, diminuem-se o interesse e os incentivos para dotar as unidades de *compliance* de capacidade, autonomia e independência para a sua atuação em prol do controle da criminalidade e da consolidação da ética na esfera organizacional, resultando possivelmente na ausência credibilidade do *compliance* perante os membros da organização.

Por outro lado, a criação formal das estruturas de *compliance* pode encorajar as tendências de neutralização dos crimes em relação aos membros da administração, os quais acabam por delegar a disseminação da ética para terceiros, sem atentar para a formatação e a implementação adequadas dos instrumentos de prevenção de infração.

O norte da gestão continua sendo o alcance dos resultados econômicos atrelados à maximização, apesar da sabida ou potencialmente sabida estratégia duvidosa de atingimento das metas. Noutra giro, tem-se o benefício psicológico da mitigação da culpa ao saber que foram criadas as unidades de *compliance* para o fim de detectar, prevenir e remediar os ilícitos corporativos.

¹³⁹ Existe uma contradição flagrante, em que os Conselhos de Administração são considerados cruciais para a boa governança corporativa, mas ao mesmo tempo também são considerados uma caixa-preta, justamente pela dificuldade em se obter acesso a seus rituais internos de funcionamento. Pela própria natureza, o Conselho da Administração, ao invés de criar valor, o destrói. A construção de uma relação que permeie o fluxo e a troca de informações e a abertura ao contraditório é ferramenta primordial a tomada de decisão (GUERRA, 2017).

Por isso, além da estruturação de deveres de *compliance*, é necessário dotar a empresa de capacidade (estrutural, funcional e pessoal), porque do contrário, estar-se-á criando a figura de um responsável, buscando imunizar as pessoas hierarquicamente superiores ou organizações empresariais, criando bodes expiatórios no ambiente empresarial (SAAD-DINIZ, 2019a, p. 42)

Nesse sentido, a validação científica da efetividade das iniciativas de *compliance* pode ser um poderoso recurso em face das estratégias de neutralização dos crimes, pois, nesse caso, o conhecimento sobre o funcionamento específico ou mau funcionamento das ações facilita a assunção de responsabilidade moral em um contexto organizacional complexo e permeado de divisão de tarefas.

Para além desses fatores, a analítica dos recentes escândalos corporativos demonstra como são nocivas à ética as políticas remuneratórias estabelecidas com base na maior lucratividade possível em favor dos acionistas. Na verdade, a idealização de mecanismos de gestão e de governança corporativa baseados na perspectiva financeira – pela priorização de resultados de curto prazo como estratégia para alinhar a atuação de gerentes aos interesses dos acionistas - tem estimulado um ambiente pouco favorável à reflexão empática dos efeitos adversos das diretrizes e decisões corporativas na sociedade.

Um claro exemplo disso é verificado nas políticas de bônus e de remuneração. O atrelamento das metas corporativas à remuneração de executivos e empregados tem levado a resultados perversos no campo ético negocial, forjando um ambiente negocial bastante refratário à conformidade. Assim, segundo já destacado por Clinard e Yager (2017), embora uma série de punições e de premiações possam motivar os gerentes e empregados a atingirem os objetivos de performance, às vezes as metas são muito altas, colocando-os em uma situação de confronto entre a taxaço de incompetência pelos seus pares ou o emprego de atalhos antiéticos e ilegais.

A lealdade corporativa, a obediência aos superiores e o desejo de conseguir salários e bônus são justificações comuns em relação ao comportamento antiético e ilegal. As pressões sobre os executivos se transferem de mão em mão com premiações a partir do atingimento dos objetivos das corporações, incluindo o aumento de salários por bônus atrelados aos lucros, compensações financeiras e regalias extensivas (CLINARD e YAGER, 2017).

Desse modo, ao contrário de passarem o compromisso com a conformidade como prioridade da alta gestão (*tone from the top*), as políticas remuneratórias agressivas

- baseadas em rentabilidade e resultados de curto prazo - têm o condão de passar exatamente a mensagem oposta, autorizando implicitamente o emprego de qualquer estratégia, mesmo que ilegítima para atendimento do fim preconizado.

Como resultado, as estratégias formais de *compliance* adotadas são duramente afetadas, propiciando o isolamento moral tão nocivo à ética corporativa e o incremento das estratégias de neutralização do crime corporativo. O tom de comprometimento da gestão é, na verdade, estabelecido pela priorização dos interesses dos acionistas, mormente representados pelos investidores intermediários. Consequentemente, a performance ética é relegada ao plano do faz-de-conta. Os danos advindos de práticas criminosas, no entanto, são bastante desastrosos, inclusive para os próprios acionistas.

Assim, a segmentação proposta por Milton Friedman (1970) entre a competência para a geração de lucros e a aplicação da ética nos processos gerenciais tem um resultado bastante perverso. Uma vez que a regulação estatal e os contratos não conseguem conter as externalidades negativas geradas pelo comportamento adverso das corporações, a sociedade é cada vez mais vitimizada, embora por processos não conscientes.

Com efeito, o apartamento proposto da ética em relação à geração de lucros é justamente um dos fatores que balizam o distanciamento moral da classe executiva, fomentando um ambiente empresarial pouco comprometido com a real contenção da criminalidade corporativa, e, favorável, portanto, às técnicas de neutralização dos crimes.

Portanto, as técnicas de neutralização do crime ampliam a dificuldade de estruturação de políticas de conformidade efetivas, realmente capazes de incutir a reflexão sobre o impacto ético das decisões de administradores e empregados em relação aos *stakeholders*, ainda mais quando as políticas de gestão estão centradas na ênfase na rentabilidade da empresa.

Em meio ao crescente poder gerencial e ao isolamento, os admiradores se encontram imersos em uma zona propícia à literal irresponsabilidade. Para além disso, não pode ser desconsiderado o peso da racionalidade limitada no processo de decisão dos administradores, especialmente quando se sabe que muitas das decisões gerenciais são tomadas com base em instinto. Ou seja, a mentalidade de maximização do valor da companhia pode desestimular atitudes gerenciais calcadas na consideração dos efeitos da conduta em longo prazo sob a própria empresa e *stakeholders*.

A incorporação do paradigma do *shareholder value* em suas últimas consequências pode ser também perigosa na avaliação ética no processo de decisão em si. O pensamento unidirecional da maximização pode estimular um ambiente pouco

favorável às considerações éticas no âmbito de decisão e, assim, intensificar a ausência de sensibilidade dos administradores e controladores quanto aos impactos das ações da empresa no ambiente social.

Por isso, o distanciamento ético e moral nos processos de decisão precisa ser mitigado para melhorar a possibilidade da consideração do impacto social das decisões empresariais. Para esse propósito, a vitimologia corporativa presta grande ajuda. A partir do conhecimento das formas de vitimização, a sociedade civil tem aptidão de amadurecer e se engajar na remediação e correção da conduta corporativa, fator que corrobora para os processos de *shaming* e ampliação do controle social.

4.2.1 Neutralização e infraestruturas preventivas do compliance

A degradação dos processos de decisão não se restringe ao bloco organizacional, mas prejudica de modo transversal todo bloco de prevenção e a efetividade das políticas de vigilância em prol do estabelecimento da ética corporativa.

Em primeiro lugar, a diretriz de maximização de riquezas dos acionistas põe a centralidade das políticas de governança na perspectiva financeira de controle. Como resultado, as preocupações em torno do *compliance* estarão bastante relacionadas à proteção dos acionistas contra posicionamentos oportunistas de gerentes e administradores ou dos sócios majoritários em face dos minoritários. Por outro lado, o olhar em relação às partes afetadas e às vítimas é afastado, porquanto os seus interesses não são identificados com os propósitos de gestão.

Nesse passo, a avaliação de riscos ao *compliance* é seriamente afetada pelo apagamento das vítimas potenciais das corporações. Por conseguinte, as demais políticas preventivas de *compliance* serão ditadas pela proteção principal do aspecto patrimonial da empresa, olvidando-se dos riscos relacionados aos impactos e às externalidades geradas pela atividade empresarial nos demais *stakeholders*. A consideração ética da gestão é enfrentada como um aspecto secundário, resultando em uma política de riscos bastante limitada e desengajada de aspectos mais holísticos das atividades empresariais.

Por outro lado, uma gestão de riscos mais abrangente, consentânea com os interesses dos *stakeholders* é crucial para lidar com as estratégias de neutralização e também de identificação das oportunidades ilegítimas para acesso às metas financeiras, muitas vezes presentes no inconsciente dos agentes situados em meio à organização.

Como resultado, todo o desenho e implementação do *compliance* é prejudicado por uma visão mais tacaña de interesse social, resultando na gestão de riscos insuficiente

para lidar com o mundo mais complexo e com um horizonte de expectativas bastante variadas. Por isso, uma prescrição interessante para o *compliance* é a incorporação da *stakeholder democracy* na fase de avaliação de riscos, até mesmo para lidar com as limitações e vieses do pensamento abordados no capítulo 1.

Nesse cenário de controle focado na perspectiva financeira, imensas pressões emergem para a adoção de uma contabilidade criativa ou para uma contabilidade agressiva, em que se inflam as expectativas de retorno financeiros, com ulterior reflexo na remuneração dos administradores, em desconsideração dos reais riscos tomados nos investimentos.

Nesse ponto, os controles estabelecidos em prol dos acionistas são fragilizados pela incapacidade de se analisar os efeitos da conduta ilícita em longos prazos sobre a própria empresa e a sociedade, como mostraram os casos paradigmáticos que envolveram a Enron e a mais recente crise no mercado de *subprimes*¹⁴⁰. Ironicamente, os recentes escândalos e as reformas legais geradas em torno da proteção patrimonial têm tornando os gerentes mais responsivos ao mercado. Porém, conforme explica Cofee (2004), a sensibilidade ao mercado tem resultados dúbios, particularmente quando o mercado se torna menos crítico e mais eufórico (Coffee, 2004).

Assim, não basta ao *compliance* a formatação de um controle patrimonial que reforce a vigilância interna sem que antes se busque a reflexão sobre os fatores estruturais capazes de prejudicar a formação moral da classe executiva e que incrementem as estratégias de neutralização. Nesse caso, a perspectiva de maximização de lucros se presta a acirrar as crises de conformidade, chegando até mesmo a contrariar os objetivos de proteção patrimonial.

Um reflexo também de uma perspectiva de controle centrada no aspecto financeiro é visualizado em ao bloco da vigilância. Isso porque o foco do programa não será a construção de valores, mas sim a aderência aos parâmetros de *compliance* pela aflição de sancionamento internos.

Outrossim, também é difícil agregar direitos ao devido processo legal e de respeito aos direitos e garantias individual em caso das investigações. Normalmente, por uma perspectiva mais imediatista, a conduta esperada é a dispensa dos trabalhadores investigados, porque não se pode esperar o desdobrar de um processo mais justo diante

¹⁴⁰ Nesse momento, a bacorota completa da atividade econômica só foi evitada graças ao aporte de recursos públicos e resurgência da intervenção estatal na economia (SARCEDO, 2016, p 24).

das ineficiências econômicas relacionadas. Por outro lado, as consequências éticas desse padrão de tratamento não são sequer avaliadas se o isolamento e distanciamento moral em relação aos trabalhadores e colaboradores for a referência.

Outro ponto importante diz respeito à força moral dos códigos de ética e de conduta quando há sinalizações trocadas. Isso porque as sinalizações inconsistentes em relação à ética e ao que realmente importa para as empresas podem minar a força normativa dos códigos internos na orientação do comportamento. De nada adianta a prescrição do comportamento esperado, se, na prática, os colaboradores veem a obtenção das metas financeiras como principal referencial de valoração e exame de suas condutas e performance.

Esse aspecto aliado a neutralização moral do crime corporativo gera uma verdadeira dissonância cognitiva entre o que está normatizado internamente e as condutas efetivamente praticadas. A comunicação e o treinamento em *compliance* também perdem grande força em meio ao conflito entre a retórica e a prática, sendo incapazes de consolidar novos aprendizados e mecanismos de inovação em *compliance*. Esses pontos também podem ser explicados pela atuação da associação diferencial, da anomia e da formação de subculturas delinquentes, consoante já analisado.

4.4 FUNÇÃO SOCIAL E IMPLEMENTAÇÃO DA *STAKEHOLDER DEMOCRACY*: UMA POSSIBILIDADE PARA O *COMPLIANCE*

Conforme analisado no Capítulo 3, o *compliance* empresarial pode se constituir como uma via de implementação do interesse social conforme a perspectiva institucionalista, mediante a estruturação concreta de deveres e responsabilidades dos administradores segundo parâmetros alinhados à função social da empresa.

Nesse passo, os programas de *compliance* servem como um elemento de controle jurídico do sistema econômico, pela combinação da autorregulação com a heterorregulação, cabendo à última estabelecer as condições ambientais para conferir efetividade à primeira, servindo-se dos incentivos e pressões advindos da sociedade. Em outras palavras, os sistemas de *compliance* podem servir ao equilíbrio entre os objetivos econômicos e a realização dos papéis sociais das companhias, sendo instrumentais à concretização da função social da empresa.

No entanto, não basta o estabelecimento de deveres de *compliance*. É preciso avançar no enfrentamento das estruturas institucionais e culturais que interagem com a ética e a conformidade, sobretudo, em suas projeções nas decisões quotidianas no âmbito corporativo. É crucial, portanto, a constituição de um referencial de ético negocial firmado por meio da interlocução interdisciplinar de diversos campos do conhecimento nas searas de implementação, controle social e interpretação dos programas de conformidade¹⁴¹.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que em um contexto complexo, não há mais espaço para abrigar a visão contratualista de interesse social, consentânea com a teoria da *shareholder value*. A atuação das empresas precisa se pautar pela consideração dos impactos sobre terceiros e pela obtenção de resultados de longo prazo, identificados com a maior geração de riqueza agregada para os *stakeholders*. Afinal, nisso repousa a ideia de continuidade e de preservação das empresas, compatível com o interesse público inerente à constituição das companhias.

Por outro lado, a visão reduzida de interesse social limita os valores a serem concretamente estabelecidos no ambiente empresarial, tão crucias à definição do que é certo ou errado em uma organização. Ao menos, diante da analítica dos crimes corporativos, a aplicação da teoria da *shareholder value* contribuiu para o isolamento moral da classe executiva e para ausência de referenciais éticos, características que impedem o comportamento ético e se apresentam como obstáculos à efetividade dos programas de *compliance*.

Principalmente após Friedman (1970), restou clara a insuficiência da ideia de que as externalidades das ações corporativas e de seus membros devem ser encaradas apenas como uma questão própria de resolução pela regulação estatal ou da ação individual de consumidores, trabalhadores e acionistas.

Na verdade, cumpre notar que as empresas são entidades sociais e políticas que se governam em certa medida e também podem exercer poder dominância sobre os outros. Sem embargo disso, às vezes, esse poder é exercido sobre pessoas que não optaram por estabelecer um relacionamento contratual (ou de propriedade) com a empresa ou possuem pouco poder de barganha ao fazê-lo (PARKER, 2002). Por isso, reduzir o interesse social

¹⁴¹ A obra “Ética Negocial e *compliance*” de Eduardo Saad-Dinz (2019a) faz um chamado importante para buscar a integração das várias perspectivas interdisciplinares (da filosofia econômica, sociologia econômica, economia comportamental, psicologia social, criminologia) na educação executiva e na estruturação do controle social como forma iluminar parâmetros mais aferíveis de efetividade dos programas de *compliance*, mormente na instância de interpretação.

à esfera contratual é incompatível com a complexidade das relações assumidas contemporaneamente.

Por esse prisma, é preciso incorporar responsabilidades sociais nos processos internos de governança, de acordo com a visão institucionalista, a partir do reconhecimento da função social da empresa. Ou seja, a governança corporativa não pode ser reduzida à disciplina das propriedades e das relações contratuais entre particulares, pois deve englobar os múltiplos interesses que permeiam a organização.

Nesse sentido, é preciso que as corporações estejam mais permeáveis aos interesses dos *stakeholders* pela (i) análise de impacto de suas ações perante as possíveis partes relacionadas; (ii) atribuição de condições para exercício do controle social, a partir da obtenção de informação e abertura de canais de discussão das políticas gerenciais; (iii) atribuições de papéis na gestão¹⁴². Esse passo é necessário para implementação da democracia na ação corporativa como forma de fortalecimento do próprio Estado Democrático de Direito¹⁴³.

Esse ponto é crucial no Brasil, pois, juridicamente, a orientação da perspectiva *shareholder value* se contrapõe ao art. 170, II, da CF e ao parágrafo único do art. 116 e ao art. 154 da Lei nº 6.404, de 1976. Não obstante o exposto comando legal, a cultura brasileira corporativa segue alienada em relação aos diversos papéis sociais a serem exercidos pelas empresas e aos interesses dos cidadãos.

O problema não é si a legislação, mas a carência de sua implementação, muitas vezes obstaculizada por uma cultura corporativa baseada no isolamento moral das empresas em relação aos seus *stakeholders* e ao ambiente em que se encontram inseridas. Falta a operacionalização de estruturas para validar um papel mais democrático na gestão corporativa, especialmente no campo procedimental de interação com os *stakeholders* e na melhor realocação e compartilhamento das riquezas geradas, que aliás é um dos paradigmas da ordem econômica na forma de concretização da justiça social (art. 170, CF).

¹⁴² Tais proposições partem de prescrições feitas por Christian Parker (2002) para implementação da responsabilidade social corporativa e uma perspectiva de governança pelo prisma de valorização dos administradores.

¹⁴³ Para Parker (2002), a débil democratização da ação corporativa torna fragiliza a democracia como um todo, entendida pela perspectiva de Habermas. O foco da teoria Democracia foi vinculada a uma concepção desnecessariamente fina de democracia, ficando cada vez mais submetida às restrições que a economia de mercado capitalista impõe.

Daí porque os programas de *compliance* podem funcionar como mais um instrumento a favor de uma gestão mais ética e democrática, a partir da implementação da ideia de *stakeholder democracy* em seu desenho e implementação, em total harmonia com a ideia de função social da empresa.

Assim, no Brasil, os sistemas de *compliance* não apenas estão autorizados, como devem abrigar em seu escopo diretrizes mais concretas para o balanceamento dos interesses dos *shareholders* e *stakeholders*. Apesar de as empresas contarem com diversas estratégias para a consecução da função social da empresa, dificilmente ela conseguirá atender as finalidades do *compliance* sem perpassar pelo comprometimento da gestão com o cumprimento da função social da empresa.

Para Caroline Pinheiro (2018, p. 203), nas perspectivas de função social e do combate de condutas ilícitas e fraudes, o *compliance* se caracteriza por: (i) o dever de monitorar as obrigações e prazos da sociedade; (ii) transparência e acesso às informações não sigilosas; (iii) o correto arquivamento e registro de dados; (iv) adequada forma de escrituração contábil; (v) canais de denúncia independentes e efetivos; (vi) manuais e guias éticos; e (vii) treinamento permanente. Além disso, o *compliance* pode auxiliar no fortalecimento da transparência, facilitando a atuação de acionistas e de outros *stakeholders* em matérias de seu interesse.

Os programas de *compliance* podem se tornar um veículo propício para a participação de todos os *stakeholders* nas fases de desenho, implementação e avaliação, premissa bastante alinhada à visão prática da função social das empresas e fortalecedora dos sistemas de conformidade, e vocacionada ao compartilhamento das riquezas geradas pela perspectiva de justiça distributiva.

No âmbito do *compliance*, as diretrizes práticas para tanto se encontram: (i) na utilização de metodologias que permitam considerar os potenciais e reais afetados pela atividade corporativa na fase de avaliação e gestão de riscos; (ii) na participação de trabalhadores e *stakeholders* nos órgãos de supervisão e controle interno; (iii) no engajamento dos *stakeholders* na avaliação dos códigos de ética e de conduta da empresa; (iv) no estímulo do controle social e; (v) no emprego da vitimologia corporativa para conhecer os processos de vitimização, quer com o propósito de atuar na perspectiva preventiva, quer na remediação dos efeitos da conduta socialmente danosa.

Em primeiro lugar, a implementação de formas de consideração dos interesses dos *stakeholders* pela via do *compliance* pode auxiliar na exploração e na criação de

novas formas de aprendizagem de definições desfavoráveis aos crimes econômicos e favoráveis ao comportamento conforme no contexto organizacional.

Isso porque a exposição da empresa e dos administradores ao controle exercido pelas diversas partes interessadas e o acesso às informações e às expectativas a elas relacionadas pode aproximá-las dos administradores e das instâncias de poder empresarial. Esse aspecto é fundamental para favorecer a organização da sociedade em prol da contenção da criminalidade, mediante o aumento escrutino crítico em relação aos crimes corporativos e à interação frequente com atitudes de conformidade.

Além disso, a incorporação efetiva da função social, com a consideração dos interesses de várias partes afetadas, alivia a pressão pela maximização de lucros traduzida na valorização diária das ações da empresa. A aglutinação de perspectivas monetárias e não monetárias na ideia de valor e riqueza pode vir a reforçar os meios e os processos legítimos para a obtenção das metas, até porque, a partir dela, os objetivos da corporação devem ser atendidos em longo prazo, sem perder de vista, porém, a rentabilidade e o compartilhamento das riquezas geradas.

Os programas de *compliance* podem também atuar para mitigar a utilização no campo individual e coletivo das técnicas de neutralização das ofensas corporativas, por uma aproximação da comunidade com a empresa não baseada na lógica de dependência e pelos estímulos de novas formas de liderar, a partir de uma visão mais conectada à ética. Esse ponto é crucial para a mitigação dos ímpetos impulsivos dos executivos em decisões que possam levar ao cometimento de crimes corporativos e a ocorrência de sérios danos às vítimas.

Ou seja, desacelerar o processo de decisão, abrir a gestão ao escrutínio crítico é uma importante prescrição para impedir os usos dos recursos de racionalização do crime, favorecendo a inclinação para comportamentos éticos e para diminuir o isolamento moral existente na seara empresarial.

Em suma, a possibilidade de estabelecer uma participação ativa dos *stakeholders* na concepção, implementação e avaliação dos instrumentos preventivos nos órgãos, assim como nos órgãos de vigilância interna pode auxiliar na aproximação da classe executiva com as partes afetadas pelas atividades empresariais e facilitar as deliberações de cunho ético. Trata-se de um procedimento crucial à ampliação da legitimação democrática na gestão, em reforço da democracia como um todo.

Ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, esse ponto já deveria estar mais consolidado na prática empresarial diante da previsão expressa da função social da

empresa. Aliás, no contexto do Estado Democrático de Direito, o direito ao livre exercício de atividades econômicas e à geração de lucros não pode perder o norte de sua finalidade, que é a de assegurar a todos uma existência digna em conformidade aos ditames da justiça social (art. 170, CF).

Por outro lado, o paradigma da maximização do valor das ações e do *short-termism* marcham contrariamente à incorporação do princípio da função social na orientação da ordem econômica, quando apartam as empresas do dever de introduzir em sua plataforma de governança instrumentos de implementação da ética.

No Brasil, um passo importante para estimular a perspectiva institucional de interesse social foi dado com a publicação da Instrução CVM nº 586, de 8 de junho de 2017¹⁴⁴. A partir de tal regramento, as companhias abertas passam a estar obrigadas à apresentação de informe sobre a adoção do Código Brasileiro de Governança Corporativa. Nele existem vários princípios consonantes com a ideia de *compliance*, de definição de valores e princípios éticos na gestão, com a tutela de interesses de longo prazo das companhias e com a consideração sobre os impactos das atividades da empresa na sociedade e no meio ambiente.

Outrossim, são de suma importância as diretrizes específicas de fixação de remuneração dos administradores baseada na proporcionalidade, desvinculada de resultados de curto prazo. Inclui-se, ainda, o endereçamento das formas de indicação dos conselheiros e da composição dos conselhos para fomentar a participação de membros externos e propiciar pluralidade de agentes e experiências (FRAZÃO; LACERDA, 2019).

O objetivo de tal informe é a publicização devida quanto às práticas adotadas pelas empresas em matéria de governança e a apresentação de uma explicação quando os princípios presentes no Código não forem seguidos ou não forem aplicáveis. Trata-se de uma intervenção regulatória inteligente por não ser intrusiva quanto aos conteúdos, mas bastante eficiente por obrigar as empresas a pensarem sobre a concepção de interesse social e a deixá-la transparente para reguladores, para investidores e para a sociedade em geral (FRAZÃO; LACERDA, 2019).

Assim, é importante, para a inibição da prática de ilícitos corporativos, a utilização do *compliance* como instrumento de operacionalização de cultura corporativa ética e da função social da empresa na gestão. O ponto de partida para tanto está na

¹⁴⁴ BRASIL. Instrução CVM nº 586, de 8 de junho de 2017. Altera e acrescenta dispositivos à Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst586.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

constituição de um referencial moral de controle do comportamento dos membros da corporação, a partir da ideia de implementação da democracia no âmbito empresarial. Um dos passos para esse fim repousa na aproximação dos *stakeholders* das empresas e na formatação de mecanismos de compartilhamento de riquezas, em combate à mentalidade de que o único propósito das firmas é a maximização de riquezas dos acionistas.

Desse modo, apesar das inúmeras limitações já apontadas ao *compliance* empresarial nos capítulos precedentes, ele pode se constituir como uma via de implantação da função social, por possibilitar o desenvolvimento de parâmetros mais concretos para a gestão da empresa, principalmente quando embasados em perspectivas alinhadas com a *stakeholder democracy*.

Nada obstante, é importante que a heterorregulação também avance na imposição mais ampla e coerente dos incentivos ao *compliance*, não reduzindo-se a mera mitigação das penalidades aplicadas¹⁴⁵. Embora se reconheça a miríade de motivações, aspectos culturais e institucionais que possam interferir no processo de *compliance*, não se pode ignorar o quão importante é a estruturação de incentivos para o alcance de sistemas de conformidade robustos e efetivos.

Outrossim, é preciso abrigar na regulação proteções mais consentâneas com a implementação da função social pelo viés de uma gestão mais democrática dentro da empresa, sem, no entanto, aniquilar os espaços de autorregulação, tão necessários em uma sociedade diferenciada e permeadas por riscos.

Apesar de se tratar de um caminho bastante tortuoso, é necessário que a legislação societária mitigue a responsividade gerencial aos resultados financeiros das empresas, com estipulação de soluções mais consentâneas com o institucionalismo. Não se trata de uma discussão meramente dogmática, mas sobretudo pragmática, na idealização de uma intervenção regulatória que permita a realização das finalidades econômicas da empresa em um campo de liberdade, porém, direcionada a equacionar o interesse dos diversos *stakeholders*.

Algumas diretrizes nesse sentido podem ser encontradas no estímulo aos incentivos intrínsecos, na limitação do pagamento a partir de métricas de performance e, no incentivo, ou mesmo obrigatoriedade, de instâncias participativas nos órgãos das empresas¹⁴⁶. São intervenções que criam condições ambientais para aproveitamento das sinergias gestadas pelos próprios sistemas sociais.

¹⁴⁵ Vide tópico 1.3.

¹⁴⁶ Sugestões nesse sentido foram partilhadas por FREY; OSTERLOCH, 2003.

É necessário, portanto, que a implementação da *stakeholder democracy* transcenda ao idealismo, abrindo espaço para avaliação das empresas por seu impacto social, e que o mercado e a sociedade se apresentem como críticos às políticas de gestão operadas segundo os resultados curto prazo.

Todas as proposições aqui apresentadas, embora sejam veiculadas como um caminho para o *compliance*, ainda carecem de tratamento empírico. Nesse sentido, o presente trabalho pode servir para endereçar as linhas gerais de uma agenda de pesquisas futuras, no sentido de avaliar cientificamente as implicações da teoria da maximização do valor das ações na formatação de mecanismos efetivos de realização da ética corporativa.

CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou analisar em que medida a assimilação do modelo de gestão fundado no *shareholder value* pode ampliar os riscos à efetividade dos programas de *compliance* nas companhias abertas, a partir da revisão da literatura relacionada à criminologia econômica.

No capítulo 1, estudaram-se os programas de compliance como instrumentos manejados pelas organizações para o atendimento das normas vigentes e das expectativas de comportamento pró-social, operacionalizados pela instituição de ações, mecanismos e diretrizes de prevenção, controle e correção de condutas no ambiente interno. Objetivou estabelecer um claro entendimento sobre sua consistência e sobre a função dos programas de compliance. Identificaram-se como elementos estruturais do *compliance*: (i) o bloco organizacional; (ii) o bloco das infraestruturas de prevenção (iii) o bloco da vigilância e; (iv) o bloco da avaliação.

Apontou-se que em um cenário de autorregulação regulada, o bom direcionamento do *compliance* vai muito além da estruturação de sanções e incentivos. Além da necessidade de submissão das políticas de conformidade ao escrutínio científico, é preciso também enfrentar os intrincados fatores que contribuem para o comportamento irracional, o isolamento moral dos administradores e para o senso de irresponsabilidade pelos crimes cometidos.

É necessário transcender a análise meramente formal dos blocos estruturais dos programas de *compliance* ou enunciadas em *checklists*. Estes recursos formais dizem muito pouco sobre a efetividade das estratégias de prevenção e de controle interno. É necessário criticar os parâmetros de gestão das companhias para a compreensão dos critérios a serem analisados pelos atores na formatação das políticas de *compliance* empresarial. É inegável uma relação de dependência direta entre a concretização diária da conformidade e as estratégias gerenciais idealizadas, sendo imprescindível entender as teorias que as fundamentam sob o ponto de vista do interesse social.

No capítulo 2, foram desenvolvidos os aportes da criminologia econômica, demonstrando-se que as suas análises prescritivas e descritivas apresentam inúmeras possibilidades para auxiliar a construção de políticas de *compliance* e compreender a importância dos valores que orientam a gestão no engajamento com a criminalidade no contexto organizacional.

Foi utilizado como parâmetro de análise o conceito de crime organizacional desenvolvido por Marshall Clinard e Peter Yeager, que consideram o crime em um contexto de relacionamentos complexos e de diversas expectativas entre o conselho de administração, executivos, gerentes de classes intermediárias e supervisores, além de outras corporações e formas estruturais relacionadas.

Seguindo a análise de John Braithwaite (1989), acatou-se a aglutinação dos aportes relacionados às teorias da associação diferencial, da anomia, da oportunidade e de subculturas delinquentes. Nesse sentido, apontou-se que o crime organizacional é em grande parte explicado pelo elevado grau de exposição das empresas às oportunidades ilegítimas para a obtenção de seus resultados, tomando a forma de subculturas capazes de transmitir o conhecimento sobre a infringência e racionalização do comportamento criminoso.

É assim que o contexto organizacional é bastante favorável às técnicas de neutralização do crime, porque se constituiu em torno do isolamento moral de administradores e empregados, dificultando a estruturação de políticas de conformidade efetivas. Sem a reflexão sobre impacto ético das decisões de administradores e empregados em relação aos *stakeholders*, resta dificultada a formação de referenciais que permitam o exercício de autocrítica, tão necessária a formação de juízos morais. Esse aspecto é agravado também pela invisibilidade dos processos de vitimização corporativa.

Nesse contexto, o modelo dissuasório racional não basta para explicar a criminalidade na seara empresarial, porque outros fatores - não relacionados à equação de custo e benefício - exercem influência no direcionamento das políticas corporativas e nos processos de motivação individual e coletiva no ambiente negocial. É também nesse sentido que a criminologia pode contribuir com a formulação crítica aos parâmetros de gestão, tão fundamentais ao desenvolvimento de limites e perspectivas para o *compliance*.

No Capítulo 3 foram abordadas as abordagens contratualistas e institucionalistas de interesse social. O debate não apresenta apenas cunho dogmático, causando impacto tanto do ponto de vista dos propósitos das empresas quanto sob o prisma dos deveres e responsabilidade dos administradores e das instâncias de poder.

Demonstrou-se que a formação das grandes corporações e a teoria da agência contribuíram para orientar a gestão empresarial à proteção dos interesses dos investidores sob a perspectiva contratual. O resultado foi a cristalização de políticas de gestão bastante responsivas aos interesses dos acionistas, como forma de promover o desenvolvimento

econômico e de conter os eventuais abusos da tecnocracia corporativa em face dos *shareholders*.

A partir da aplicação da *shareholder value* como mantra de gestão, a primeira responsabilidade dos gerentes será a maximização dos retornos financeiros dos acionistas. Por outro lado, ignorando-se a complexidade do mundo atual e a dependência do sucesso dos empreendimentos da articulação com *stakeholders*, a teoria pode prejudicar as empresas e acionistas finais em relação aos objetivos de longo prazo. Nesse ponto, alertou-se sobre a necessidade de posicionar a governança corporativa na busca de interesses de longo prazo, possivelmente mais coincidentes com os objetivos pró-sociais e a função social da empresa.

No capítulo 4, afirmou-se que a relação entre interesse social, governança corporativa e *compliance* é de certo modo silogística, porquanto é por meio do interesse social que se estabelecem os parâmetros práticos de gestão e os deveres atuação dos administradores, inclusive no que respeita a possibilidade de imputar obrigações substantivas de atendimento dos objetivos sociais para as empresas enquanto atores privados. O interesse social é a âncora do equacionamento de conflitos endógenos e exógenos à sociedade empresária e permite o gerenciamento de interesses plurais entre os diversos atores posicionados no tecido organizacional.

Demonstrou-se que os danos provocados por uma política corporativa atrelada à maximização dos valores das ações e da rentabilidade a de curto prazo também pode impedir a formatação de mecanismos efetivos de realização da ética corporativa, quer pelo prisma racional, quer por outros aspectos complexos também identificados pela criminologia econômica.

A segmentação entre a competência para a geração de lucros e a aplicação ética nos processos gerenciais fomenta a criação de um ambiente empresarial pouco voltado à contenção da disseminação de práticas ilícitas, em facilitação dos processos de associação diferencial e de acesso às oportunidades ilegítimas para o cometimento dos crimes e de formação de subculturas delinquentes. Concluiu-se que, em um contexto estrutural de maximização de lucros, as normas éticas e jurídicas podem ser completamente ignoradas pelos processos de desmoralização ou desinstitucionalização dos meios explicados pela anomia.

Alertou-se que em meio ao crescente poder gerencial e ao isolamento, os admiradores se encontram imersos em uma zona propícia para a neutralização do crime e para a literal irresponsabilidade, aprovando políticas agressivas de obtenção de

resultados a despeito da possibilidade de elas incrementarem a prática de crimes. Tal aspecto pode contraditar e, muito, com as expectativas de *compliance* baseadas no *tone from the top* e afetar toda a capacidade institucional de introduzir e disseminar o compromisso real com a ética corporativa.

Defendeu-se que *compliance* empresarial, apesar de suas inúmeras limitações, também pode ser visto como uma estratégia para implementação da concretização do interesse social na dimensão institucional e da função social, porque é uma tecnologia por excelência capaz de albergar vários objetivos sociais, inclusive relacionados à contenção da criminalidade corporativa. Dificilmente a empresa conseguirá atender as finalidades do *compliance* sem perpassar pelo comprometimento da gestão com o cumprimento da função social da empresa

Assim, é possível perceber como esses modelos de compreensão do interesse social podem criar condições sociais desfavoráveis à ética corporativa e às políticas de conformidade, contribuindo para o isolamento moral e ausência de referenciais éticos que permitam a inovação em *compliance*. Sendo a maximização dos lucros a prática generalizada na gestão das companhias, a espera por estratégias voluntárias de atendimento do interesse social amplo pode ser extremamente frustrante. Por isso, o efetivo redimensionamento do papel da empresa e dos deveres dos controladores e administradores na gestão das companhias é central para a efetividade dos programas de *compliance*.

Para tanto, é necessário albergar construções consentâneas com a ideia de *stakeholder democracy*, pelo desenvolvimento de metodologias que permitam do ponto de vista procedimental a participação dos *stakeholders* e o compartilhamento das riquezas geradas pela corporação, já identificadas pela teoria *stakeholder*. Esses aspectos são cruciais para a realização dos fundamentos da ordem econômica, consistentes com a promoção da dignidade e com realização da justiça social (art. 170, CF), permitindo a mudança de cultura corporativa em prol da conformidade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALEMANNI, Alberto; SIBONY, Anne-Lise. The emergence of behavioural policymaking: a european perspective. *HEC Paris Research Paper*, n. 1084, p. 1-25, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2562322. Acesso em 04 de Nov. de 2019.

ARANHA, Márcio Iório. Compliance, governança e regulação. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018a.

ARANHA, Márcio Iório; LOPES, Othon Azevedo. *Estudo sobre Teorias Jurídicas da Regulação apoiadas em incentivos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2019.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia-a-dia influenciam as nossas decisões*. Tradução: Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR). *ISO 31000: Gestão de riscos — Princípios e diretrizes*, 2018

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BARAK, Gregg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, pp. 104-114, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/931>> Acesso em: 24 abr. 2019.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal*. 2a. Ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999

BRAGA, Marcos Vinicius Azevedo; NÓBREGA, Antônio Carlos. Um compliance específico para os mercados regulados, à luz da lei anticorrupção? *Jota*, 2016. Disponível em : https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/um-compliance-especifico-para-mercados-regulados-luz-da-lei-anticorrupcao-09082016. Acesso em 29 de set. 2019.

BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. London, Newbury Park, New Delhi: SAGE Publications, 1992.

BECKER, Gary. S. Irrational Behavior and Economic Theory. *Journal of Political Economy*, Vol. 70, No. 1, 1962, pp. 1-13

Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*. v. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.

BERLE, Adolf A. Corporate powers as powers in trust. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 7, 1931 pp. 1145-1163.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Nova Iorque: Dover Publications, 2000.

BERLE, Adolf A.; MEANS, G.. *The Modern Corporation and Private Property*. Commerce Clearing House, New York, 1932.

BERLE, Adolf A. **The 20th century capitalist revolution**. Nova Iorque: Hartcourt; Brace, 1954.

BERMEJO, Mateo; PALERMO, Omar. La posición jurídica del compliance officer, especialmente su posición de garante y deber de tutela patrimonial. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

BLAIR, M. M. Shareholder Value, Corporate Governance and Corporate Performance: A Post-Enron Reassessment of the Conventional Wisdom. **Corporate governance and capital flows in a global economy**, Oxford University Press, 2003. Disponível em < <https://ssrn.com/abstract=334240>> Acesso em: 20 de Ago. 2019.

BRAITHWAITE, J. *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*. London: Routledge e Kegan Paul, 1984.

_____ *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. Albany: State University of New York Press, 1985a.

_____ White collar crime. *Annual Review of sociology*, Vol. 11, pp. 1-25, 1985b.

_____ Criminological theory and organizational crime. *Justice Quarterly*, V. 6, 3, 1989.

_____ The New Regulatory State and the transformation of criminology. *Brit. J. Criminol*, pp. 222-238, 2000.

_____ *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University, 2002.

_____ *Responsive Regulation and Developing Economies*. v. 34, n. 5, p. 884–898, World Development, 2006.

_____ *Regulatory Capitalism: How it Works, Ideas for Making it Work Better*. Cheltenham, UK e Northampton, MA, USA: Edward Elgar, 2008.

_____ The regulatory state? *The Oxford Handbook of Political Science*. New York: Oxford University Press, 2011a

_____ *The Essence of Responsive Regulation* (Fasken Lecture). UBC Law Review, Vancouver, v. 44, no 3, p. 475-520, 2011b

BRANDÃO, Carlos Eduardo Lessa; PERAZZO, Aberto; RASO, Nelson. Governança corporativa e integridade empresarial: conceitos, atitudes e práticas. In: *Governança corporativa e integridade empresarial: dilemas e desafios*. São Paulo: SaintPaul, 2017.

CADBURY COMMITTEE. *The report of the Commite on The Financial Aspects of Corporate Governance: The code of best practice*. London: Gee Professional Publishing, 1992.

CARDOSO, Débora Motta. *A extensão do compliance no direito penal: análise crítica na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro*. São Paulo:Tese-USP.

CARVALHO, Vinícius Marques de; MATTIUZZO, Macerla; SOUZA, Bruno Silva e. Programas de *compliance* – desafios e multiplicidade institucional para o setor privado. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CLARK, J. M. *Social Control of Business*. Chicago: University of Chicago Press, 1926.

CLARKE, T. Theories of governance: reconceptualizing corporate governance after the Enron experience. *Theories of corporate governance: the philosophical foundations of corporate governance*. London: New York, Routeledge, 2004.

CLINARD, Marshall B.; YEAGER, Peter C.. Corporate crime. New York: Routledge, 2017

CLOWARD, Richard A; OHLIN, E. Lloyd. *Delinquency and opportunity*. A theory of delinquent gangs. [S.l.]: Free Pass, 1960.

COFFEE, J. C. JR. What caused Enron? A capsule social and economic History of the 1990s. *Theories of corporate governance: the philosophical foundations of corporate governance*. London: New York, Routeledge, 2004.

COHEN, A. K; SHORT, F, Jr. Research in deliquent subcultures. *Journal of social issues*, Vol. 14, nº 3, pp. 20-37.

COHEN, Deborah. Creating and maintaining ethical work climates: anomie in the workplace and implications for managing change. *Business Ethics Quarterly*, Volume 3, Issue 4, 1993.

_____ Ethics and crime in business firm: organizational culture and the impact of anomie. *The legacy of anomie theory: advances in criminological theory*. New Brunswick e London: Transaction Publishers, 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica*, 2015.

_____ **Guia programas de compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial, 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). *Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas*, 2015.

_____ *Manual prático de avaliação de programa de intergidade em PAR*, 2018.

COSO. Internal Control – Integrated Framework, 2013. Disponível em <https://www.coso.org/Documents/COSO-CROWE-COSO-Internal-Control-Integrated-Framework.pdf>. Acesso em 17.08.2019.

COSSU, Mônica. Società aperte e interesse sociale: considerazioni introduttive. *Revista di Diritto Civile*, 2006.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. Novas fronteiras da empresa e joint ventures contratuais: perspectivas sobre a partilha de responsabilidade entre as empresas co-ventures. *Revista Jurídica da Presidência*, Edição Comemorativa 17 anos, 2016. Disponível < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1289>>. Acesso em 04 de nov. de 2019.

_____. “Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91.pdf. Acesso em: 21 Jan. 2019.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e finalidades dos programas de *compliance*. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAVIS, H. D.; SCHOORMAN, D.; DONALDSON, L. Toward a stewardship theory of management. *Theories of corporate governance: the philosophical foundations of corporate governance*. London: New York, Routledge, 2004.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Anticorrupção e compliance: a incapacidade da Lei 12.846/2013 para motivar as empresas brasileiras à adoção de programas e medidas de compliance*. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande Do Sul – UFRGS E Universidad de Salamanca, 2016.

DELOITTE. Compliance Week. **In focus: 2016 compliance trends survey**. 2016. Disponível em <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/governance-risk-compliance/us-advisory-compliance-week-survey.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2019.

DODD, Merrick Jr. Corporate powers as powers in trust. *Harvard Law Review*, v. 45, n. 7, pp., 1932, 1145-1163).

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. São Paulo, 2000.

_____. *Regras do método sociológico*. Lisboa: Editorial Presença, 2004.

ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Renier; PARGENDLER, Mariana. The Basic Governance Structure: minority Shareholders and non- Shareholder Constituencies. In: *The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2017.

FERNANDES, Victor Oliveira. Compliance Programs and Abuse of Dominance Under Brazilian Competition Law: A Roadmap for Compliance Monitors. *Forthcoming in Concurrences Law Review.*, 2019, Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3383235>. Acesso em 02 de out. 2019.

FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa*: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Joint ventures contratuais. *RIL*, Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 187-2015.

_____. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um diálogo. *Constituição, empresa e mercado*. Brasília: Faculdade de Direito/UNB, 2017a.

_____. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por atos ilícitos. In: *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2017b.

_____. Dever de diligência: Novas perspectivas em face de programas de compliance e de atingimento de metas. *Jota*, 2017c. Disponível em <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dever-de-diligencia-15022017> Scesso em 02 de out. de 2019.

_____. Relações entre corrupção e teorias que orientam gestão das companhias. *Consultor Jurídico*, 13 jul. 2017d. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-13/ana-frazao-relacoes-entre-corrupcao-gestao-companhias>>. Acesso em: 9 jul. 2019.

_____. Responsabilidade de pessoas jurídicas por atos de corrupção: reflexão sobre os critérios de imputação. In: FRONTINI, Cristiana (org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 35-56.

_____. Governança corporativa e compliance como mecanismos para superação da shareholder theory. *Jota*, 2019. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/governanca-corporativa-e-compliance-como-mecanismos-para-a-superacao-da-shareholder-theory-02102019 . Aceso em 02.10.2019.

FRAZÃO, Ana; MARTINEZ MEDEIROS. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRAZÃO, Ana; LACERDA, Natalia. Desafios aos programas de compliance: como avaliar efetividade das políticas de conformidade e criar um sistema de incentivo para a sua implementação, *Jota*, 2019a. Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance-23102019>> Acesso 04 Nov. 2019.

_____ Desafios aos programas de compliance II: Contornos do dever de diligência em contratações com terceiros. *Jota*, 2019b Disponível:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desafios-aos-programas-de-compliance-ii-30102019>> Acesso 04 Nov. 2019.

FREEMAN, E. R.; HARRISON, S. J.; ZYGLIDOPOULOS, S.. Stakeholder theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, edição Kindle.

FREYR, T. *Regulating big business*: antitrust in Great Britain and America (1890-1990). Cambridge: Cambridge Press, 1992, edição Kindle.

FRIEDMAN, Milton. The Social Responsibility of business is to increase its profits. *New York Times Magazine*, Nova Iorque, 13 set. 1970. Disponível em: <<https://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/business/miltonfriedman1970.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2019.

GALBRAITH, J. K. The New Industrial State. In: *The essencial of Galbraith*. Boston; New York: Houghton Mifflin Company, 200.

GARCIA CAVERO, Percy. Las políticas anticorrupción en la empresa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVII*, pp. 219-244, 2016.

GÓMEZ MARTÍN, Victor. Compliance y derechos del los trabajadores. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAHAM, John; HARVEY, Cam; RJAGOPAL, Shiva. **The economic implications of corporate financial reporting**. 2005. Disponível em: <https://faculty.fuqua.duke.edu/~charvey/Research/Working_Papers/W73_The_economic_implications.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

GUERRA, Sandra. *A caixa-preta da governança*. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

HABERMAS, J. *Factilidad y validez*. (M. J. Redondo, Trad.) Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. The end of history for corporate law. *Georgetown Law Review*. v. 89, n. 2, pp. 439-468, jan. 2001. Disponível em <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf> Acesso em: 20 Ago. 2019.

HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies should maximize shareholder welfare not market value. *Journal of Law, Finance, and Accounting*, jul. 2017. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/should_july16_2.03.16_pm_2.04.33_pm.pdf> . Acesso em: 9 jul. 2019.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H.. Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure. *Theories of corporate governance: the philosophical foundations of corporate governance*. London: New York, Routledge, 2004.

HOVENKAMP, H. *Federal Antitrust Police: the law of competition and its practice*. St Paul: West Group, 1999.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

KAPTEIN, Muel. Understanding unethical behavior by unraveling ethical culture. *Human Relations* 64(6), 2011.

KNACK, Stephen. Trust, associational life, and economic performance. *MPRA Paper 27247*. Munich: University Library of Munich, 2001. Disponível em <<https://mpra.ub.uni-muenchen.de/27247/>>. Acesso em 22.04.2019.

KPMG. **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil**, 2018. Disponível em <<https://home.kpmg/br/pt/home/insights/2018/06/pesquisa-maturidade-do-compliance-no-brasil-3a-edicao.html>> Acesso em 27.04.2018.

LACERDA, N. de M. (2019). A emergência dos programas públicos de integridade como instrumento de prevenção de cartéis em licitação. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 56(221), 111-130. Recuperado de http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p111

LASCURAÍN, Juan Antonio. Compliance, debido control y unos refrescos. In: *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013

LAUFER, W.. Ilusões de Compliance e governança. In: *Tendências em governança corporativa e compliance*. São Paulo: LiberArs, 2016.

_____. A very special regulatory milestone. 20 *J. BUS. L.* 392, 2017a. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol20/iss2/4>. Acesso em 23 out. de 2019.

_____. The Missing Account of Progressive Corporate Criminal *Law. N.Y.U. J. L. & BUS.* 71, 2017.

LETZA, S; SUN X.; KIRKBRIDE, J.. Shareholding Versus Stakeholding: A Critical Review of Corporate Governance. *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 12, No. 2, 242-262, 2004.

LEVITT, Arthur. **The numbers game speech**, 28 set. 1998. Disponível em <<http://www.sec.gov/news/speech/speecharchive/1998/spch220.txt>>. Acesso em 30 mar. 2019.

LEWIS, David. *Fighting corruption and promoting competition*. [Geneva]: OECD, 27 Feb. 2014. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/OECD-DAF/oecd-gfc2014-davidlewis>. Acesso em: 21 jan. 2019.

LOPES, Othon. A. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

MAZZUCATO, Mariana. *The value of everything*. New York: Public Affairs, 2018

MAJONE, G. From the positive to regulatory state: causes and consequences of changes in the mode of governance. *Journal of Public Policy*, 17, 139-167, 1997. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/4007608>. Acesso em 02 de set. 2019.

MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1970.

NIETO MARTÍN, Adan. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”. *Polít. crim.*, Nº 5, 2008.

_____. La privatización de la luta contra la corrupción. In: *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013a.

_____. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo del derecho penal. In: *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013b.

_____. Introducción al derecho penal económico. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Editorial Dykinson, 2018

NORDBERG, D. (2008). *Waste makes haste: Sarbanes-Oxley, competitiveness and the subprime crisis, 2008*. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1131674>. Acesso em 21 de set. de 2019.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo Guia. Origem e evolução histórica do compliance no Direito Brasileiro. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina de. Compliance anticorrupção: aspectos gerais. In: *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

OECD; UNODC; WORLD BANK. *Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional*, 2000.

_____ *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO (OCDE). *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, 1997.

PARDINI, E. P. Revendo e desmistificando o Compliance, *Migalhas*, 2017. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI254527,11049-Revendo+e+desmistificando+o+Compliance>> Acesso em 30 de set. de 2019.

PARKER, C. **The open corporation**. Effective self-regulation and Democracy. Cambridge University Press, 2002.

PARKER, C; GILAD, S. (2011). *Internal corporate compliance and management systems: structure, culture and agency*. in: *Explaining compliance: business responses to regulation*. . Cheltenham: Edward Elgar.

PINHEIRO, Caroline. Compliance sob a perspectiva da função social da empresa e da governança corporativa. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

POSNER, Richard. A. Bentham's influence on the law and economics movement. **Current Legal Problems**, v. 51, pp. 425-439, 1998.

REINO UNIDO. *The Bribery Act 2010 Guidance*, 2011.

RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. *J. of Antitrust Enforcement* 31, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-3, 2015. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2475959>>. Acesso em 15 de out. 2019.

ROSSETI, J. P.; ANDRADE, A. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendência*. São Paulo: Atlas, 2014.

ROKEACH (1973) apud COHEN, D. V. Creating and maintaining ethical work climates: anomie in the workplace and implications for managing change. *Business Ethics Quarterly*, Volume 3, Issue 4, 1993.

ROTMAN, Leonard I. Debunking the 'end of history' thesis for corporate law. *Boston College International and Comparative Law Review*, v. 33, n. 2, p. 219, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1517846>> Acesso em: 27 abr. 2019

RUTHERFORD, M. *The Institutionalist Movement in American Economics, 1918–194*, *Science and Social Control*, Cambridge, 2011.

SAAD-DINIZ, Eduardo. Nova Lei de Lavagem de Dinheiro no Brasil: compreendendo os programas de criminal compliance. *Revista Digital IAB*, v. 4, n. 18, p. 100-107, abr./jun. 2013.

_____. A Criminalidade Empresarial e a Cultura de *Compliance*. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*. Ano 2, v. 2, n. 2, Dez. 2014. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/14317>>. Acesso em: 23.04.2018.

_____. Compliance sob a perspectiva da criminologia econômica. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Ética negocial e compliance*: entre a educação executiva e a interpretação judicial. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019a.

_____. Vitimologia corporativa. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019b.

SAAVERDRA, G. A. Compliance na Nova Lei de Lavagem de Dinheiro. *Revista Síntese Direito penal e Processo penal*, ano XII, nº 75, ago-set, 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SARCEDO, L. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica*: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SIEBER, Ulrich. *Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*. In: *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Compliance y deberes de vigilancia dem empresariado. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e anticorrupção*. São Paulo: SARAIVA, 2015, edição e-pub.

SIMPSON, Sally S. *Corporate crime, law and Social Control*. New York, N.Y.: Cambridge University Press, 2002.

SHAPIRO, Mario Gomes; Sarah Morganna Matos MARINHO. Compliance concorrencial: cooperação regulatória na defesa da concorrência? *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 211, p. 273-299, jul./set. 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SHEIFER, A; VISHNY, R. A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance* **Volume** 52, **No.** 2. , 1997. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=100528> Acesso em 19 set. 2019.

SCHERTEL MENDES, Francisco; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance, Concorrência e Combate à Corrupção**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, ePUB.

SIMONSEN, Ricardo. Os requisitos de um bom programa de *compliance*. *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SOLTES, Eugene. **Why they do it: inside the mind of the white-collar criminal**. New York: Public Affairs, 2016, edição Kindle.

_____. Evaluating the effectiveness of corporate compliance programs: establishing a model for prosecutors, courts, and firms. *Journal of Law & Business*, Volume 14, Number 3, 2018.

STEINBERG, Richard M. **Governance, risk management and compliance: it can't happen to us**. Nova Jersey: John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, 2011, Edição Kindle.

STIGLITZ, Joseph E. **Rewriting the rules of the American Economy: na agenda for growth and shared prosperity**. Nova Iorque: W. W. Norton, 2015.

STOUT, Lynn. **The shareholder value myth**. São Francisco: Berrett-Koehler Publishers, 2012, edição Kindle.

STUCKE, M. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. *39 Journal of Corporation Law* **769**, 2014. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2366209>. Acesso em 01.10.2019.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

SYKES, Gresham M. e MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, Vol. 22, No. 6 (Dec., 1957), pp. 664-670

SUNSTEIN, C. R. The paradoxes of the Regulatory State. *Chicago University Rev*, 407-441, 1990. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4666&context=uclev> Acesso em 03 de set. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar 2004.

TEUBNER, Günter. Director's duties and liabilities. In: *Corporate governance and directors liabilities*. Firenze: European University Institute – Series A, 1985.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, [Washington, DC], v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, Sept. 1974. Disponível em: http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf. Acesso em: 21 jan. 2019.

U.S. Department of Justice Criminal Division (DOJ). *Evaluation of Corporate Compliance Programs Guidance*. 2019.