

GOVERNANÇA CORPORATIVA E INTEGRIDADE EMPRESARIAL

DILEMAS E DESAFIOS

ORGANIZAÇÃO

Carlos Eduardo Lessa Brandão
Joaquim Rubens Fontes Filho
Sérgio Nunes Muritiba



Saint Paul
Editora

CAPÍTULO 15

Poder de controle: ética e corrupção

Calixto Salomão Filho

Resumo

As empresas brasileiras, dada a nossa realidade econômica e o estímulo dado por nossa lei societária, não podem ser compreendidas nem organizadas sem a inclusão do controlador. O controlador é figura central de poder, de fato e de direito, das sociedades empresariais brasileiras. Desse modo, não é possível transformar a empresa ou melhorar suas práticas éticas sem o tratamento do poder de controle. Muitas vezes, em casos de graves ilicitudes, é preciso garantir o afastamento do controlador, seja por meio da alienação de controle ou da estruturação jurídica de instrumentos de controle gerencial. Outras vezes, em que não há práticas ilícitas graves a modificar, é suficiente incluir o controlador nas regras de *compliance*, garantindo seu cumprimento por sanções a ele impostas. Infelizmente, no afã de agradar aos donos do poder, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com *compliances* de fachada, que não atingem a esfera de controle e, portanto, são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e no longo prazo os comportamentos e práticas empresariais. Neste texto analisaremos as relações entre poder de controle, ética e corrupção nas grandes empresas.

15.1 Poder de controle: abuso e corrupção

Na “introdução do coautor” à sexta edição da obra *O poder de controle na sociedade anônima*, escrevi (no final de 2012, tendo sido a obra publicada no início de 2014), as seguintes linhas:

Particularmente, dentro das organizações sociais, é preciso estar atento aos determinantes estruturais que fazem com que indivíduos se comportem de maneira cooperativa ou estratégica. A última forma de comportamento gera particular preocupação em face dos abusos que podem dela decorrer. É preciso, portanto, incentivar o primeiro tipo de atitude, desestimulando o segundo.

A análise jurídica do fenômeno do poder dentro da sociedade anônima insere-se dentro dessa linha de preocupações. Se é a organização que estrutura as relações societárias e portanto cria e disciplina o poder ela, e só ela, pode limitá-lo. Fazê-lo é fundamental para reestruturar as relações societárias, estabelecendo formas de comunicação entre acionistas e meios de informação que levem a um comportamento cooperativo. É preciso discutir, então, com realismo, mas também idealismo, os limites estruturais e comportamentais ao

exercício do poder de controle Afinal, é em torno da grande sociedade anônima, elemento fundamental da economia capitalista, que se deve estruturar parte importante de uma agenda reformista de nosso sistema econômico.

Ocorre que a concentração do poder econômico, dentro e fora da empresa, é um óbice extremamente relevante para o estabelecimento de agendas progressistas e transformadoras na sociedade, representando de fato instrumento de manutenção das estruturas reinantes e de suas vigas de sustentação. Experiências históricas relevantes demonstram essa relação. A mais importante e trágica de todas é o desaparecimento da República de Weimar e o subsequente aparecimento do nazismo. Não há muita dúvida entre os historiadores que estudaram o período que os fatores mais relevantes para o desaparecimento da experiência transformadora da República de Weimar foram exatamente a tolerância havida com o poder econômico (que, aliás, só fez crescer nessa época) e com as estruturas de poder militar (que não só se mantiveram mas também se reforçaram). Ambas as instâncias, poder econômico privado e poder militar, vieram mais tarde a fornecer as bases de sustentação para o aparecimento do regime nazista.

Tal fenômeno (entrelaçamento entre poder econômico e militar) não é estranho à história brasileira. Poder econômico e poder militar se unem a partir de 64 para garantir um longo período de dominação e, paralelamente, de retrocesso em termos sociais. Ora, a gênese da lei societária brasileira se dá no período militar. Não deve espantar, portanto, a relevância dada por esta ao reforço do poder no interior da organização societária (o poder de controle) visto como instrumento de fortalecimento da grande empresa privada nacional.

O subscritor dessas linhas é de profunda convicção que a relevância dada ao tema do poder de controle na lei societária, ao reforçar e institucionalizar do ponto de vista jurídico um fenômeno econômico que deveria ser limitado e regulado, só contribuiu para distorções e retrocessos econômicos, conservadorismo e dificuldade de reforma social e, ao contrário do que muitas vezes se afirma, atraso no nosso mercado de capitais. Uma visão crítica, disposta a oferecer elementos estruturais de limitação do poder de controle parece, portanto, indispensável (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2013, p. 19-20).

Ora, passados alguns anos da publicação dessas linhas, é preciso dizer que o problema ganhou traços ainda mais intensos. A onda de revelações de corrupção que varreu o país descortinou o profundo envolvimento de grandes companhias e seus controladores nos ilícitos.

A tendência a abusos decorrentes do poder extremado do controlador (poder louvado pela nossa lei e por grande parte de seus intérpretes), identificada naquelas linhas, se descortinou com violência.

Também se descortinou a enorme indisposição do meio jurídico e empresarial para tratar de forma estrutural o problema. Órgãos de controle e garantes da lei não fazem sequer um movimento para constranger o controlador, mandante maior dos ilícitos, a abrir mão de seu poder.

Ocorre que, no caso da sociedade anônima brasileira, a alteração de controle é elemento fundamental para a mudança da cultura empresarial e da forma de comportamento empresarial.

De anda adianta apenas reclamar de conflitos de competência entre órgãos governamentais para a conclusão das leniências e a consequente paralisia ou perda de mercado das empresas. É preciso identificar, do lado da empresa, qual a insuficiência estrutural ou ética que tem ajudado a levar a tal estado de coisas.

15.2 Transformações estruturais

Pergunta-se: o que há em comum entre as empresas Odebrecht e JBS? A resposta é simples. Ambas têm estruturas de poder econômico concentrado, interna e/ou externamente à empresa. Explico-me. Internamente, todas têm poder de controle bem definido e concentrado, em que poucos acionistas ou administradores ligados aos controladores comandam os destinos da companhia, com pouco ou nenhum controle independente. Externamente, em geral dominantes em seus mercados, elas têm grande poder de influência em seus respectivos segmentos.

Outro ponto em comum é que todas estiveram envolvidas em graves episódios recentes de corrupção.

Para fazer frente ao problema da corrupção, urge entender a necessidade e o significado de reformas estruturais nas empresas. Como já disse anteriormente e continuo a acreditar, essas reformas são de duas ordens. De um lado, reformas regulatórias. Não é casual que a crise de corrupção tenha se mostrado mais aguda em setores com poder econômico fortemente concentrado. Nos casos mais reluzentes até agora, em um deles, um setor que de um lado tinha um monopsonista e monopolista não regulado (Petrobras) e, de outro, oligopolistas (as construtoras), tampouco reguladas. Em outro caso, trata-se de virtual monopsonista no abate e monopolista na venda de carnes processadas (JBS). Presente o poder desregulado, o estímulo para abusos e corrupção é enorme. Não bastará, portanto, ressarcimento e punição pecuniária (administrativa), tampouco faz sentido falar em privatização de empresa de tão relevante interesse público como a Petrobras. É preciso, isso sim, pensar em regulação de ambos os lados da cadeia produtiva no sentido de limitar o poder das organizações. Obviamente, o poder desmedido de compradores e vendedores é um estímulo enorme ao seu abuso em vários sentidos, inclusive no da corrupção (na verdade, a corrupção é tanto consequência como causa do poder econômico, já que muitas vezes é por meio dela que se obtém poder econômico ou a dependência econômica de outra empresa).

Ocorre que, no que toca ao controle de monopólios e oligopólios, o Brasil não foi eficaz nos últimos anos. Em matéria de controle de estruturas e direito da concorrência, concentrado em fechar os acordos de leniência com empresas corruptoras, o Conselho

Administrativo de Defesa Econômica (Cade) permitiu concentrações de poder históricas e nefastas. Foi o que ocorreu, por exemplo, no setor de ferrovias.

De outro lado, de nada adianta (como tentou fazer a Medida Provisória n. 703 – que já perdeu a validade – ao tentar mudar a Lei Anticorrupção) aumentar as facilidades para a leniência das empresas corruptoras em troca apenas da existência de programas internos de *compliance*. Tais programas, de implementação voluntária, geram enormes dificuldades de monitoramento e, na maioria dos casos, como se verá a seguir (item 3), não atingem os verdadeiros problemas de governança (*compliance* e governança são inseparáveis, mas não é o que se tem visto na estrutura de muitas grandes empresas).

É tampouco eficaz para transformar as práticas empresariais perseguir a realização de acordos público-privados para salvar empreiteiras em estado pré-falimentar sem qualquer garantia estrutural. O natural, até certo ponto óbvio, é pensar, em primeira linha, em soluções que alterem as estruturas societárias. No caso das empresas privadas corruptoras, tendo sido a participação na corrupção comprovada, a solução é tecnicamente simples. Trata-se de exigir, para a continuidade de participação em obras públicas, a alteração do controle societário. A Lei das SA deu ao controlador poder de vida e morte sobre a sociedade. A isso se conjugam regras de responsabilidade. Segundo a lei, é o controlador o responsável último pelas atividades sociais e pelos interesses envolvidos pela empresa, não só internos mas também externos (artigo 116 da Lei Societária). Do ponto de vista prático, isso importa não apenas responsabilidade, mas também garantia de credibilidade. Abalada a credibilidade empresarial, o controle deve ser modificado para o bem da própria empresa e do mercado em que atua.

Trata-se, portanto, de imputar na esfera administrativa objetivamente os ilícitos ao beneficiário primeiro e último dos ilícitos praticados, ou seja, o controlador da empresa. Tudo com amplo respaldo na Lei das SA (artigos 116 e 117) e na própria Lei Anticorrupção, que prevê (ao contrário do que muitos têm sustentado) a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica (artigo 14, Lei n. 12.846/2013) e, assim, de alienação de controle. É possível, portanto, atingir o patrimônio do controlador exatamente por terem sido, no mais das vezes, as pessoas jurídicas utilizadas para a realização de atos ilícitos. Com frequência, o bem de maior valor de seu patrimônio é exatamente o controle da empresa utilizada para corrupção e, dessa forma, é possível sua constrição judicial e venda. Em outros casos, estando a empresa integrada em grupo econômico e a controladora (pessoa jurídica) envolvida nos atos de corrupção (o que não é incomum), é possível por vezes identificar no controle daquela primeira empresa o próprio produto direto ou indireto do ato de corrupção, sendo aplicável o artigo 19, inciso I da lei para o “perdimento do controle” por parte da *holding* corruptora.

Assim, nos casos mais graves, há farta base legal para a constrição e alienação do controle da empresa. Nessa hipótese, o valor de referida transferência de controle, em vez de ser atribuído ao antigo controlador, seria aproveitado para pagamento da multa devida

pela empresa pela prática corruptora. Dessa forma, a atividade produtiva fica preservada e os beneficiários últimos dos ilícitos sofrem as consequências dos proventos pecuniários irregulares obtidos. Mais do que a compensação e o pagamento das multas, o relevante é a mudança estrutural. Dada a forma e estrutura da lei societária brasileira e a concentração de poderes nas mãos do controlador, só se pode crer em uma verdadeira mudança uma vez alterado o controle.

Mas essa alteração não pode ser apenas de titular, a forma de exercício do poder tem de ser diversa e é preciso garantias para isso.

15.3 Realidade nos *compliances*

Do ponto de vista interno das empresas, também é preciso e possível fazer mudanças. É preciso, como dito anteriormente, deixar de lado a contínua fixação, com raízes sem dúvida na nossa história colonial, na manutenção das estruturas de poder – no caso específico do controlador.

Repita-se até a exaustão, as empresas brasileiras, dada a nossa realidade econômica e o estímulo dado por nossa lei societária, não podem ser compreendidas nem organizadas sem a inclusão do controlador. Trata-se da figura central de poder, de fato e de direito, das sociedades empresariais brasileiras. Desse modo, não é possível transformar a empresa ou melhorar suas práticas éticas sem o tratamento do poder de controle. Muitas vezes, em casos de graves ilicitudes praticadas, é preciso garantir o afastamento total do controlador por meio da alienação de controle (v. item 2). Outras vezes, em que não há práticas ilícitas (da pessoa jurídica) graves a modificar, mas é necessário transformar a cultura empresarial, é suficiente criar sistemas internos de freios e contrapesos e incluir o controlador nas regras de *compliance*, garantindo seu cumprimento por meio de sanções a ele impostas.

Infelizmente, no afã de agradar aos “donos do poder”, o mundo jurídico tem ajudado a elaborar e se contentado com *compliances* de fachada que não atingem a esfera de controle e, portanto, são de utilidade quase nula para mudar efetivamente e em longo prazo os comportamentos e práticas empresariais. É preciso mudar essas práticas.

A realidade é que, para tornar a grande empresa apta a cumprir suas funções perante acionistas, trabalhadores e comunidade (artigo 116 da Lei das SA) e, assim, garantir as práticas éticas, é fundamental um regime de controles e pesos e contrapesos internos à sociedade. E esse regime não funciona e não funcionará em presença de um controle absoluto e desregulado como foi o atribuído pela lei brasileira ao acionista controlador. É preciso limitá-lo, senão reduzi-lo.

Assim, *compliances* que se queiram verdadeiros e não de fachada devem garantir independência à administração. *Golden shares* que retirem parte ou todas as decisões operacionais da esfera do controlador são necessárias para empresas que querem garantir que

práticas passadas não se repetirão. É também preciso estabelecer que o voto dos detentores de tais ações (por hipótese, administradores profissionais e independentes) seja imprescindível para qualquer modificação estatutária (exatamente para impedir que o controlador use seu poder em AG para desfazer as mudanças) e ainda para garantir que a administração não possa ser demitida por mero arbítrio do controlador (garantia contra isso seria estabelecida no estatuto).

Não basta retirar o poder do controlador, é preciso também saber a quem atribuí-lo. Não resolve substituí-lo por um administrador “homem de palha” que ali está para cumprir seus desígnios. Assim, a composição plural dos órgãos de administração (diretoria e conselho de administração) com membros efetivamente independentes é fundamental. Para isso, é importante garantir a participação não apenas de profissionais da área de administração de empresas, mas também de profissionais altamente qualificados que possam entender as demandas e necessidades da comunidade em relação ao meio ambiente e as demandas dos trabalhadores. Dessa forma, entender o artigo 116 no sentido de permitir a indicação para órgãos administrativos de representantes desses vários interesses é fundamental para a boa gestão ética das estruturas empresariais. Essas indicações, para garantir a real independência de seus membros, devem partir não do controlador, mas de órgãos respeitáveis dos respectivos segmentos. Assim, em se tratando de trabalhadores, associação de classe considerada e respeitada ou em se tratando de representantes da comunidade, órgão ou ONG ambiental reconhecidos, em ambos os casos, para garantir a qualidade de representação, a exigência de qualificação técnica (exigindo-se inclusive pós-graduação na respectiva área) seria fundamental. Ainda que não seja garantia definitiva, a qualificação técnica é um elemento a mais a proporcionar independência, por ser parâmetro objetivo e racional (em princípio) para decisões.

É importante observar que, em ambas as hipóteses, o acolhimento de representação “externa” (aos acionistas) nos conselhos pode ser algo muito positivo também do ponto de vista econômico para as empresas. No caso da representação dos trabalhadores, é sempre bom lembrar o exemplo da Alemanha, em que a coparticipação nos conselhos é até hoje vista como o elemento fundamental a garantir o predomínio atual da economia alemã, exatamente por criar uma cooperação em duas vias, tornando as empresas mais atentas ao interesse dos trabalhadores, mas também os trabalhadores mais atentos e informados sobre as necessidades e dificuldades da empresa (VORSRUNG, 2017). No caso da representação dos interesses ambientais, além de garantir a sustentabilidade no longo prazo da empresa e da comunidade em que atua, pode proporcionar incremento importante de fontes de recurso provenientes de financiadores preocupados com ética e sustentabilidade. Alguns instrumentos podem ajudar nesse sentido. Pode-se fazer essa ponte através, por exemplo, da criação de um novo instrumento financeiro, aqui chamado de “debênture de impacto”. A criação desse instrumento financeiro seria voluntária e obviamente é possível para qualquer companhia. Bastaria associar o uso dos recursos a um projeto de impacto social e ambiental.

O diferencial seria qu
fundos de impacto, i.e.
social e/ou ambiental
escolher em assemble
impacto”, subcomité

Observa-se, portanto
selhos de administra
nida e dever de elabo
conselho de adminis
a representação no c
elaboração de um es
rão então a ser tam
técnicas também po
e responsabilização

Veem-se, assim, co
introdução se entr
discussão política
alertar os órgãos o
devem assumir. S
cado possam iden
pretendem presen

Conclusão

Em síntese, a dif
mento individual
incentivos e a co

No Brasil, essas
supremo, o pod
um sistema de f

É imprescindív
por meio da atu

Essa iniciativa
garantindo for
shares descrita
maior acionist
sarial no senti

Outro percur
tempo indica

O diferencial seria que os titulares de tais debêntures (que podem ser os enormes fundos de impacto, i.e., fundos que têm por objetivo o financiamento com impacto social e/ou ambiental positivo que vêm sendo criados internacionalmente) poderiam escolher em assembleia própria membro ou membros para o chamado "comitê de impacto", subcomitê do conselho de administração.

Observa-se, portanto, que a representação não precisa se dar exclusivamente nos conselhos de administração. A constituição de comitês de impacto com competência definida e dever de elaborar relatórios que sejam necessariamente avaliados e votados pelo conselho de administração (e/ou assembleia geral) pode ser tão ou mais relevante que a representação no conselho de administração. Por uma razão: eles permitem/obrigam a elaboração de um estudo e documento técnico a embasar as decisões do CA que tendem então a ser também mais informadas ou técnicas. Decisões contrárias às sugestões técnicas também poderão expor a companhia e seus administradores a questionamento e responsabilização.

Veem-se, assim, como questões de definição de interesses relevantes e sua forma de introdução se entrelaçam. Interesses sociais e ambientais não são produto de uma discussão política e ideológica, mas de uma discussão técnica capaz de identificar e alertar os órgãos da empresa sobre os riscos que correm e as responsabilidades que devem assumir. São também balizamento relevante para que os investidores de mercado possam identificar as empresas em que querem investir a partir dos valores que pretendem preservar.

Conclusão

Em síntese, a diferença entre ética e corrupção não está exclusivamente no comportamento individual. Está na existência de estruturas societárias que garantam os corretos incentivos e a correta representação dos vários interesses envolvidos pela empresa.

No Brasil, essas estruturas são gravemente distorcidas pela existência de um poder supremo, o poder de controle dentro das sociedades, que impede o estabelecimento de um sistema de freios e controles.

É imprescindível que esse poder seja revisto e eliminado em casos graves de ilicitude, por meio da atuação das autoridades competentes.

Essa iniciativa pode e deve também partir das próprias empresas. Reestruturar o poder garantindo formas de controle gerencial (por meio da criação, por exemplo, de *golden shares* descritas no item anterior), mesmo sem a perda dos direitos patrimoniais do maior acionista, pode e deve ser uma iniciativa estrutural para alterar a cultura empresarial no sentido da ética e das boas práticas.

Outro percurso importante a seguir no caminho das boas práticas é aquele há tanto tempo indicado pelo artigo 116 da Lei das SA (e nunca perseguido), ou seja, aceitar

representação interna nos órgãos da administração atribuindo, ao lado dos membros nomeados pelos acionistas, peso relevante também aos representantes dos trabalhadores e da comunidade, nesse último caso, identificados com os interesses na proteção do meio ambiente. Assim seria possível obter, a um só tempo, restrição do poder do controlador e inclusão de interesses externos relevantes para a empresa cumprir suas funções e elevar seus padrões éticos e de sustentabilidade.

O poder dominante do controlador seria então substituído por um sistema de pesos e contrapesos, dado pelo poder de uma administração independente e pela pluralidade de interesses representados, algo bem próximo de uma teoria ampliada de representatividade e democracia societária. Cultura interna e ética empresarial seguramente sairiam ganhando.

Referências

- COMPARATO, F. K.; SALOMÃO FILHO, C. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 19-20.
- SALOMÃO FILHO, C. Direito societário e novo mercado. In: _____. *O novo direito societário*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51 e ss.
- VORSPRUNG durch Angst. *The Economist*, v. 424, n. 9048, p. 18-19, July 8th-14th, 2017.