

UNIVERSIDADE DE ARARAQUARA - UNIARA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL E MEIO AMBIENTE

Guilherme Loria Leoni

Compliance: ética, imagem e regramentos anticorrupção no
desenvolvimento socioeconômico

ARARAQUARA-SP

2019

GUILHERME LORIA LEONI

***Compliance: ética, imagem e regramentos anticorrupção no
desenvolvimento socioeconômico***

Defesa de Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, Universidade de Araraquara – UNIARA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente.

Área de Concentração: Desenvolvimento Territorial e Alternativas de Sustentabilidade

Orientado: Guilherme Loria Leoni

Orientador: Prof. Dr. Hildebrando Herrmann

ARARAQUARA-SP

2019

GUILHERME LORIA LEONI

***Compliance: ética, imagem e regramentos anticorrupção no
desenvolvimento socioeconômico***

Defesa de Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente, Universidade de Araraquara – UNIARA, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente.

Data de Aprovação: Araraquara-SP, 29 de março de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hildebrando Herrmann (Orientador)
Universidade de Araraquara (UNIARA)

Prof. Dr. Eduardo Saad Diniz
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto
Universidade de São Paulo (USP)

Prof. Dr. Gabriel Loretto Lochagin
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto
Universidade de São Paulo (USP)

Profa. Dra. Helena Carvalho De Lorenzo
Universidade de Araraquara (UNIARA)

Prof. Dr. Zildo Gallo
Universidade de Araraquara (UNIARA)

Conhece-te a ti mesmo.

Sócrates

(Inscrição no templo de Apolo em Delfos)

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente à minha esposa Taythi Gabriela, na qual me incentivou à inscrição da seleção da primeira Turma de Doutorado da UNIARA, chegando nesta fase final.

Agradeço a meus pais, Darci Santa Loria Leoni e José Antonio Leoni, pelo vigoroso incentivo em fazer o Doutorado, assumindo os incessantes compromissos em nosso escritório de Advocacia, as ajudas com outros compromissos e desejos e pela fiel torcida e admiração, mesmo quando eu não merecesse tanto, relevando as teimosias de um filho mais novo.

Agradeço ao meu filho Atílio, o qual também me ajudou com suas brincadeiras a descontraírem-me em momentos de tensão, levando broncas desmerecidas, e mesmo assim, continua com seu afago ao coração de um pai por vezes ausente.

Agradeço de forma muito carinhosa à Prof^a. Bilú, a qual, ao me entrevistar na seleção do Programa, me lançou um longo olhar e com ternura perguntou-me sobre minha avó paterna Maria Migliorini Leoni, esta que não pude conhecer pessoalmente, mas que pude sentir sua presença e intercessão neste e em todos os momentos de maior dificuldade.

Agradeço a todos os Professores do Programa, em especial, ao meu querido orientador Dr. Hildebrando Herrmann, que nunca me repreendeu com palavras, embora tivesse merecido em alguns momentos, mas com seu olhar paternal apontava algo quando não se mostrava adequado, impulsionando-me dedicar ainda mais à pesquisa.

Agradeço ao Prof. Dr. David Pérez Milan da *Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid*, que gentilmente me acolheu quando da estadia como pesquisador visitante de tão renomada instituição; e de igual modo, agradeço ao Prof. Dr. Alexandre Miguel Cardoso Soveral Martins e à Profa. Dra. Matilde Lavouras da *Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, também pelo acolhimento no período como pesquisador visitante, sendo um sonho concretizado estar em atividade em tão renomados e reconhecidos ambientes do Direito que muito contribuíram e contribuem para a formação do Direito Brasileiro.

Estendo meus cumprimentos, ainda, à Universidade Paulista (UNIP) na pessoa do Prof. Sérgio Vallim Filho, da Profa. Maria Cristina Zampieri e do Prof. Luiz Carlos Agudo, Coordenador Geral do Curso de Direito, Diretora do *Campus* de Araraquara e Coordenador do Curso de Direito do *Campus* de Araraquara, respectivamente, pelo incentivo e compreensão quando dos momentos de necessidade de ausência de minhas atividades acadêmicas ao longo da Pós-Graduação.

Ao Prof. Dr. Gabriel Loretto Lochagin, da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP), e Profa. Renata Fonseca Andrade, da Fundação Getúlio Vargas (FGV), pelas preciosas observações, elogios e incentivo quanto ao tema quando da banca de Qualificação.

Agradeço também às funcionárias da Pós-Graduação, Sílvia e Ivani, que com paciência infindável sempre estiveram presentes com soluções ao que parecia intangível.

Chegar até aqui não foi um caminho fácil, tempo exíguo, atividades acumuladas e saudades de quando estive fora e, por tudo isso, não estaria aqui não fosse o incentivo de todos e pela Fé em Deus de que esse momento chegaria.

RESUMO

A presente tese busca responder uma questão social em que se propala que um dos motivos da crise ética brasileira está na falta de legislação de cuja percepção se vislumbra gerar impunidade associada ao descaso do Poder Público pela falha de fiscalização, esquemas de propinas inseridas no âmbito empresarial, ainda que se tenha uma abordagem do *compliance* mas que de forma deficiente em nada resulta na efetiva solução de conflitos ou infringências normativas. Nesse sentido, o objetivo foi o de abordar a demanda por integridade que se entende passar o país, justificando a inserção do *compliance* e os métodos de desenvolvimento anticorrupção, inserindo-se abordagem literária do homem cordial e culminando na defesa da ética spinozana, e a de outros filósofos, ainda que não interajam entre si, mas cujos enfoques estão voltados para a proteção da ética como fundamento da prática empresarial, especialmente no que concerne à atuação de seus gestores que dificultam ou inviabilizam a imagem da empresa e/ou do empreendimento. A aprovação pública com o crescente incremento de vendas de certos produtos e apoio social ao desenvolvimento de uma marca ou atividade que sustente uma região, restará prejudicada se comprometer aspectos sócio-ambientais ou a moralidade social. Mais que um método para se buscar a resolução dos conflitos, o *compliance* se presta para abordar e a valorar a prevenção dos problemas. Esta premissa está voltada à gestão do risco e, portanto, para sua prevenção. Como normativa metodológica, buscou-se a investigação bibliográfica e documental, abordando-se descritiva e qualitativamente as previsões legislativas, opiniões doutrinárias, dados e reportagens a certos assuntos explorados na presente tese, para que se busque a eficiência descritiva e viabilidade da aplicação ética nas atividades empresariais como meio de se tecer transparência nas atuações a resultar valoração na imagem do ente público ou privado. A mudança da mentalidade empresarial de que o custo na gestão amparado nessa regra se mostra como um investimento, visa resgatar a confiança social justificada pela proatividade decorrente do *compliance* a desenvolver o bom nome da empresa resultando em sua inserção mercadológica como forma de evitar as novas e sérias sanções da Lei Anticorrupção que podem impor a dissolução compulsória da pessoa jurídica e/ou trazer prejuízos incalculáveis à empresa. Como resultado, tem-se a demonstração do entrelaçamento da falha moral e ética da cultura brasileira a justificação dos descumprimentos do ordenamento jurídico, de certo a justificar a preparação do profissional da área jurídica para a atuação preventiva no *compliance* não só como método regulatório de integridade mas também desenvolvendo critérios na gestão de riscos e seus consequentes conflitos, em especial de forma extrajudicial como verificação da

liberdade de atuação a se priorizar de modo mais equânime, célere e menos dispendioso, o desenvolvimento socioeconômico e socioambiental.

Palavras-chave: Ética empresarial; *Compliance*; Anticorrupção; Desenvolvimento social e econômico; gestão de riscos e conflitos.

ABSTRACT

This thesis aims to answer a social question in which it is proposed that one of the reasons for the Brazilian ethical crisis lies in the lack of legislation whose perception is expected to generate impunity associated with the neglect of the Public Authorities due to lack of supervision. Although a *compliance* approach is taken- but in a deficient way-, it does not result in the effective solution of conflicts or normative infringements. In this sense, the aim was to address the demand for integrity that the country intends to go through, justifying the insertion of *compliance* and anti-corruption development methods, inserting the cordial man's literary approach and culminating in the defense of Spinozian ethics and others philosophers, rescuing the need to resume ethical thinking by adapting to business practice. More than a method in seeking to increase the resolution of conflicts, *compliance* deserves an approach to evaluate the prevention of problems; this is the premise as risk management and, therefore, its prevention. The methodology aimed to be a bibliographical and documentary research with descriptive and qualitative approaches to legislative forecasts, doctrinal opinions, data and reports on certain subjects explored in this thesis. All of this was done in order to seek the descriptive efficiency and feasibility of ethical application in business activities as a means of transparency in the actions to result valuation in the image of the public or private entity. The change in the corporate mentality that the management cost covered by this rule shows as an investment. It aims to rescue social trust- justified by the proactivity because of *compliance*- and develop the good name of the company resulting in its market insertion as a way to avoid new and serious penalties of the Anti-Corruption Law that may impose the compulsory dissolution of the legal entity. As a result, we have demonstrated the intertwining of the moral and ethical failure of Brazilian culture to justify the non-*compliance* of the legal system, which justifies the preparation of the legal professional for the preventive action in *compliance* not only as a regulatory method of integrity but also developing criteria in the management of risks and their consequent conflicts. Especially in an extrajudicial way as a verification of the freedom of action to prioritize a more equitable, faster and less expensive socioeconomic and socio-environmental development.

Keywords: Business ethics; Compliance; Anti-corruption; Social and economic development; risk and conflict management.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Índice de corrupção no mundo em 2013.....	113
Figura 2 – Índice de corrupção no mundo em 2017.....	114
Figura 3 – Índice de corrupção no mundo em 2017.....	114
Figura 4 – Pesquisa de idoneidade empresarial.....	115

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA	<i>American Accounting Association</i>
AICPA	<i>American Institute of Certified Public Accountants</i>
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ART	Artigo
BCB	Banco Central do Brasil
BJR	<i>Business judgment rule</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CCO	<i>Chief Compliance Officer</i>
CEIS	Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos
CF	Constituição Federal
CFEM	Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais
CGU	Controladoria Geral da União
CNEP	Cadastro Nacional de Empresas Punidas
CNRH	Conselho Nacional de Recursos Hídricos
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CONAMA	Conselho Nacional de Meio Ambiente
COSO	<i>Committee of Sponsoring Organizations</i>
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
DOJ	<i>Department of Justice</i>
EIAs	Estudos de Impacto Ambientais
EPA	<i>Environmental Protection Agency</i>
ERM	<i>Enterprise Risk Management</i>
EUA	Estados Unidos da América
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>
FEI	<i>Financial Executives International</i>

FGV	Fundação Getúlio Vargas
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FOFA	Força, Oportunidades, Fraquezas, Ameaças
GAFILAT	Grupo de Ação Financeira da América Latina
GAFISUD	Grupo de Ação Financeira da América do Sul
GCR	<i>Global Competition Review</i>
IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IES	Instituição de Ensino Superior
IIA	<i>Institute of Internal Auditors</i>
IMA	<i>Institute of Management Accountants</i>
INMETRO	Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia
ISO	<i>International Organization for Standardization</i>
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
LINDB	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PCAs	Planos de Controle Ambientais
PCG	<i>Principles of Corporate Governance</i>
PCS	Produção e Consumo Sustentáveis
PNSB	Política Nacional de Segurança de Barragens
PNUMA	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
PROCEL	Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica
PRSA	Política de Responsabilidade Socioambiental
RCAs	Relatórios de Controle Ambientais
RIMAs	Relatórios de Impactos Ambientais
RSE	Responsabilidade Social Empresarial
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i>
SGQ	Sistemas de Gestão de Qualidade
SOX	<i>Sarbanes Oxley</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SWOT	<i>Strengths, Weaknesses, Opportunities, Threats</i>
TCC	Termo de Compromisso de Cessação de Conduta
TJ	Tribunal de Justiça

UKA	<i>UK Bribery Act</i>
UNIARA	Universidade de Araraquara
UNIP	Universidade Paulista
USP	Universidade de São Paulo
USSC	<i>United States Sentencing Commission</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 LÓGICA, ÉTICA E FATORES DE CONTROLE SOCIAL	24
1.1 Lógica jurídica: (in)exatidão?	24
1.2 A religião e moral como instrumentos construtores da ética em Spinoza	26
1.3 As vertentes éticas na justificativa do exercício jurídico nas proposições de Fábio Konder Comparato	39
1.4 Virtude Política de Montesquieu como fundamento ao exercício de desenvolvimento e controle social	43
1.5 A colonização e a aproximação pela impressão da vulnerabilidade territorial	46
1.6 Cultura histórica no Brasil a partir do “ <i>homem cordial</i> ” e “ <i>os donos do poder</i> ” em Sergio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro	47
2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE	51
2.1 Ética como compromisso: investimento e proliferação como cultura na atuação empresarial: RSE europeia, PRSA, gestão pública e privada	51
2.2 Liberdade de empresa e livre iniciativa	59
2.3 <i>Compliance</i> como fator de intervenção mínima do estado: garantia do desenvolvimento dos atos jurídicos	63
2.4 Critérios de governança como meio privado de resolução de conflitos	70
2.5 Consequencialismo das decisões e seus efeitos	76
3 A SEGURANÇA JURÍDICA E NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO	81
3.1 Escorço doutrinário quanto aos sistemas <i>civil law</i> e <i>common law</i> e a coalisão desses sistemas influenciando na insegurança jurídica	81
3.2 <i>Stare decisis</i> e a relação com o sistema brasileiro do <i>civil law</i> : surgimento e aplicabilidade nem sempre viável	82
4 CORRUPÇÃO, CRISE E O DIREITO GLOBALIZADO: <i>COMPLIANCE</i> COMO MÉTODO PREVENTIVO	90
4.1 <i>Compliance</i> : surgimento, adequação e consequências de sua não aplicação	90
4.1.1 Atores do <i>compliance</i>	98
4.2 As facilidades no trato da legislação: do “ <i>homem cordial</i> ” aos “ <i>donos do poder</i> ”	99
4.3 <i>Compliance</i> , <i>Discovery</i> , ampla defesa e lei anticorrupção	102
4.3.1 Combate não penal à corrupção	106
4.4 Culpabilidade e <i>business judgment rule</i> : ranking da corrupção e empresa “limpa”	106
4.4.1 Evolução e justificativa científica do ato de corrupção	110
4.4.2 Manutenção da empresa como viabilidade socioeconômica: recuperação no lugar de punição	111
4.4.3 Deveres de lealdade dos administradores e o Direito europeu	112
4.5 Critérios administrativos de idoneidade	124

4.5.1 Dados da corrupção na Espanha: corrupção justificada pela inexistência ética.....	125
5 RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL.....	127
5.1 A vida como direito ambiental e social.....	127
5.2 Sustentabilidade na mineração e desenvolvimento social.....	128
5.3 Casos Vale e legislação aplicável nas atividades minerárias.....	134
6 CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS.....	151
ANEXOS.....	161
Anexo A – Legislações aplicáveis à atividade e prática sustentável.....	161
Anexo B – Artigos com previsão de <i>compliance</i> no Aviso do Banco de Portugal n.º. 5 de 18 de dezembro de 2013.....	163

INTRODUÇÃO

A presente tese se insere nos aspectos jurídicos interpessoais das atividades econômicas e destes com a sociedade e com órgãos públicos à luz dos aspectos éticos e morais espontâneos, desvinculando-se das sanções impostas pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública, valorizando a transparência decorrente da ética, sancionando comportamentos voluntários inadequados.

E essa inserção ética, consensual e valorativa nas relações empresariais espontâneas, se justifica pela problemática levantada ante o empirismo consubstanciado na vulnerabilidade do jurisdicionado, seja pela insegurança jurídica decorrente da atração jurisdicional pelo sistema do *common law* do Direito estrangeiro em confronto ao sistema adotado por aqui no *civil law*, com notória contradição entre imposição legislativa inequívoca e subjetivismo interpretativo voluntário com justificativa infundada na hermenêutica.

A consagração da ética como atenuante em atos empresariais sob o enfoque do *compliance* como meio de acreditação nos atos jurídicos e administrativos é uma temática envolvente justamente por não ser um assunto divorciado da opinião popular, mas sem um estudo que relacione essas situações sociológicas, sobretudo pelo motivo de que o desenvolvimento econômico como crescimento social pode gerar interesses escusos em notado privilégio pessoal em detrimento aos interesses coletivos, merecendo abordagem a se justificar como referido critério ético deve estar presente no exercício jurídico a se evitar a busca do exercício jurisdicional.

Essa relação cultural soa como desculpa aos malfeitos políticos que têm na corrupção danos de ordem social ao impulsionar para baixo o nível da educação, saúde e segurança públicas, como se a população estivesse condenada a sobreviver em situações factuais sem possibilidade de solução pela inexistência de mecanismos jurídicos para a busca de resolver esses conflitos.

A temática, quando lastreada em relação jurídica, não quer dizer estar ligada à relação judicial ante a notória morosidade, custo alto na busca da tutela jurisdicional e pela insegurança das decisões em relação à previsão da lei, já que a sistemática brasileira da *civil law* está perdendo espaço para decisões influenciadas pelo *stare decisis*, decorrentes do sistema anglo-saxão do *common law* a justificar maior celeridade às decisões, e assim, aparecer eficiente aos olhos da comunidade empresária estrangeira.

De se defender, portanto, que a sistemática judicial brasileira, seja qual for a adotada, está longe de angariar adeptos no meio empresarial, visto o intrincado meio propício a

discussões e dúvidas corriqueiramente levantadas por teses trazidas de sistemas jurídicos alienígenas e quase sempre alçando dúvidas nas cortes brasileiras, tendo como justificativa da tese a defesa de se conhecer o problema cultural pelo esgarçamento da ética e valorizar a especialização do assessoramento jurídico quanto a um efetivo planejamento em *compliance*.

Especial nomenclatura a justificar o cerne da presente tese é o de alguém com imagem reputacional ilibada, premiada e festejada, venha agir de modos escusos a ponto de gerar danos coletivos e individuais imensuráveis, e só por situações danosas de tal natureza é que se têm conhecimento, ao final, da inverdade ética a que vivem tais pessoas físicas ou jurídicas, cuja a eticidade demonstra sua real e finalística vontade.

Referida sistematização de crescimento atrelada à ordem econômica e financeira veio insculpida na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, mais especificamente no art. 170¹.

A cultura brasileira já descrita outrora na obra “Raízes do Brasil” é a premissa e o objeto para o desenvolvimento da tese, limitada à descrição do “homem cordial” confrontada com previsões legislativas que visam coibir tal assertiva literária e apagar tal marco cultural pernicioso à nação como se denota, exemplificativamente, no princípio da moralidade trazido no *caput* do art. 37² do diploma constitucional.

Com a moralidade no trato empresarial, os métodos anticorrupção hodiernamente denominados de *compliance* impõem ao ente empresarial meios efetivos de combate aos favorecimentos escusos como, a exemplo, já se debruça há tempos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o qual reconhece que “[...] a mera existência de um programa de *compliance* não é suficiente para afastar a possibilidade de imposição pelo CADE das penalidades administrativas, que incluem, como visto, multas potencialmente vultuosas” (CADE, 2016).

O programa de *compliance* bem instituído não pode ficar no ostracismo e merece ser contemplado e minimizar as sanções administrativas, desde que não ocorra reincidência. Eis que seria um contrassenso ao que se defende.

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, à Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Com referida premissa, a tese se desenvolve trilhando conceituações éticas filosóficas a justificar a necessidade da preocupação humana em se vincular a regramentos como meios de regulação social e dos atos empresariais, cuja organização se justifica para o desenvolvimento da atividade com segurança jurídica aos envolvidos, tendo como objetivo no desenvolvimento da pesquisa a análise dos meios efetivos de reconhecimento dos efeitos geradores da responsabilidade.

De se delimitar o objetivo analítico da tese, ocasião em que não se tratará das questões penais da corrupção, não abordando penas, seus critérios de contagem, majoração e redução, mas de demonstrar as previsões legislativas e situações em que seja possível acordos para a busca de minimização das sanções igualmente descritas na lei, cujo enfoque deve se ater aos critérios da ética empresarial.

Ainda quanto à delimitação temática e de desenvolvimento, não se trará questões sobre os critérios jurídicos e sociais quanto à mineração, barragens e demais insumos e subsídios à referida atividade, uma vez que se entendeu por apontar o notório desastre ambiental da barragem de rejeitos da mineradora Samarco em 2015 como rol exemplificativo a demonstrar que uma empresa premiada, multinacional e geradora de empregos em toda uma comunidade, e assim, ser responsável pelo desenvolvimento socioeconômico local, o que seria um benemérito regional, pode acabar com essa mesma comunidade por inobservância às regras existentes e sem um efetivo programa de *compliance* que pudesse suprimir e evitar os danos causados e que necessitam do amparo estatal pela provocação e resposta jurisdicional ainda sem solução às aflições urgentes pelas quais passaram as famílias locais e que acabou por reincidir em novo desastre no início de 2019 em outra região de Minas Gerais.

Reprise-se que não se analisou o processo judicial do referido caso mas, utilizou-se, como objeto central, os meios midiáticos acessíveis ao homem médio e sua percepção da falta de regras e ordenamento jurídico como causador de referido desastre ambiental e, por fim, apontar que em verdade existem uma seleta e elevada gama de regramentos como, repita-se, de modo exemplificativo em um dos casos mais emblemáticos de lesão aos mais basilares direitos sociais como a vida, moradia e emprego.

A ideia vertente no padrão do homem médio se destaca ao se notar o costumeiro clamor popular da falta de leis sancionatórias aos malfeitos que mais repercutem nos meios midiáticos, tal qual o foi com o caso Samarco de 2015 e 2019; contudo o termo de “homem médio” se vincula ao padrão jurídico de se apontar aquele que pouco conhece dos métodos jurídicos e judiciais e que se nota com os argumentos populares de que a falta de legislação seria o fator a acarretar tais infrações justamente pelo descaso de seus agentes causadores, e,

ainda, se justifica pela amplitude do caso e de que a morosidade em se ter uma reposta punitiva aos que são apontados pelos responsáveis traz a sensação, portanto, da inexistência de regras aplicáveis na espécie mas se reveste, então, do desconhecimento da gama de inúmeras normas e, comumente, pela ignorância quanto ao saber técnico que evitar-se-ia propalar circunstância contrária à veracidade aos fatos concretos.

O “homem médio” é o cidadão que, por desconhecer as regras impostas e oponíveis *erga omnes*, se utiliza de sua ignorância para justificar a própria conduta errônea.; É a pessoa que alega e brada contra algo sem fundamento ou se cala quando a ele se lhe impõem regras existentes e que “desconhecia” ou quando se vale de regras que lhe beneficiem, ainda que sejam estas contrárias àquilo que julgava errado; é alguém que deixa de buscar o motivo dos fatos para impor suas regras morais contra os atos praticados por outrem ou justificar seu insucesso buscando impor a culpa ao fato de terceiro.

Aos casos desta tese, é de se notar que o sentimento popular está voltado a esse descaso de modo a gerar os danos decorrentes das condutas de grandes empresas, sejam em afronta às regras socioambientais, sejam nos casos recentes de corrupção e isso se justifica pois o sentimento de impunidade acaba por impor certa descrença nas instituições a que estão encarregadas de aplicar o regramento social e buscar a paz social como os direitos civis dos cidadãos.

Desse padrão de conduta em alegar, acusar e impor atos sem fundamentos, é que se fundamentou o objetivo principal da pesquisa quanto a uma dúvida social propalada se um dos motivos da crise ética brasileira estaria na percepção da suposta falta legislativa, ou presente a regra, o que pudesse justificar a impunidade associada ao descaso do Poder Público culminando na falha de fiscalização, esquemas de propinas no âmbito empresarial e a uma abordagem do *compliance* de forma inexistente ou deficiente, e com isso de se abordar a evidente demanda pela integridade decorrente dos recentes casos de corrupção que podem culminar negativamente nos resultados das políticas públicas, tanto quanto na imagem das pessoas jurídicas públicas e privadas.

Em continuidade à distribuição dos assuntos abordados, de se demonstrar e desenvolver o tema a partir de comparativos a dispositivos já presentes na legislação pátria que precedem a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013 que, embora esta esteja voltada às ilicitudes da pessoa jurídica em face da administração pública³, as previsões a que se busca demonstrar, tratam também da responsabilização do gestor e demais responsáveis por

³ Brasil (2013). Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

condutas não aceitas, sobretudo, por afronta ao princípio da moralidade, como se quer demonstrar com a passagem pelos preceitos da ética e sua formação doutrinária, lastreado no conteúdo de Benedictus de Spinoza⁴ e Fábio Konder Comparato⁵.

O que se cogitou quanto aos precedentes legislativos se referem especialmente a preceitos já carreados na lei civilista junto aos art. 50, 118 e 1.003⁶ e outras leis especiais que serão apontadas em pesquisas sem, no entanto, avançar quanto às suas especificidades.

Com o *compliance*, o objetivo foi demonstrar seu surgimento, seus critérios, pilares e aplicabilidade e, paralelamente, a inserção junto aos demais métodos de desenvolvimento anticorrupção estrangeiros como o *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* e *UK Bribery Act (UKA)*; bem como situações listadas pelo *plea bargaining* e uma tese que se aflora quanto ao Direito ao Esquecimento, como resposta aos atos impositivos da transparência e consequente divulgação das empresas ímprobas, mecanismo este utilizado pela Controladoria Geral da União (CGU), como o Sistema Integrado de Registro do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Cadastro Nacional das Empresas Punidas (CNEP).

Essa preocupação ao cumprimento das normas, bem como o de solução dos eventuais danos fez com que o ente público, ao se relacionar com entes privados, passasse a exigir uma forma de garantia de que o cumprimento da obra, por exemplo, seja efetivado. Tal garantia vem sendo nominada como *performance bond*, além de métodos como o *dispute board*, como mecanismos de gerir e garantir o bom desempenho das atividades sem exatamente necessitar recorrer ao crivo jurisdicional.

O ponto centralizador da tese foi o de demonstrar então, não somente como atua o *compliance*, mas como ocorre seu surgimento à reorganização dos princípios legais existentes no Brasil que transparecem esquecidos, culposa ou dolosamente, no trato com políticas públicas ante a volatilidade desses atos que culminam no silogismo literário do “homem cordial”.

⁴ Spinoza (2013).

⁵ Comparato (2016).

⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Art. 118. O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.

Art. 1.003. A cessão total ou parcial de quota, sem a correspondente modificação do contrato social com o consentimento dos demais sócios, não terá eficácia quanto a estes e à sociedade.

Parágrafo único. Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

Em atenção à linha de pesquisa do Programa, buscou-se o enfoque em critérios específicos para desenvolvimento de atividades empresariais com observância ao desenvolvimento econômico social, a exemplo da Resolução 4.327 do Banco Central do Brasil (BCB) que traz diretrizes para que se implemente uma Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA).

A atuação público-privada vem, há muito, exortando a necessidade de gestores públicos para bem atender às necessidades públicas, propiciando um adequado meio de convivência social que deve se valer de diretrizes que contemplem os pilares democrático-constitucional insculpidos na CF/88, muitas vezes, vilipendiada em seus anseios impositivos como buscar e manter uma sociedade livre e justa, sem preconceitos, e pobreza como fator que dificulta o desenvolvimento nacional bem delineado no art. 3º⁷.

Oportuno também trazer à lume as garantias constitucionais impostas no art. 5º.⁸ e os direitos sociais descritos no art. 6º.⁹ e seguintes.

É cediço que as atuações de entes privados em atendimento às necessidades públicas denotam a exegese de abstenções de aguçamento financeiro, privilegiando a ética.

Contudo, também se mostra notória a formação de conluíus em atividades eminentemente privadas cujo intuito é o de locupletar-se, a exemplo da formação de cartel em atividades empresariais há muito combatida de maneira eficaz pelo CADE.

Não só o CADE vem trazendo meios efetivos de combate e preservação de ilícitos econômicos, mas também inúmeras legislações que impõe penas de perdimento, a exemplo do que ocorre no crime descrito no inciso I do art. 4º¹⁰ da Lei nº 8.137/1990, que prevê a penalização nos crimes contra a ordem econômica quando “abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas” e tem o agravamento da penalidade em 1/3

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

¹⁰ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

como descrito no art. 12¹¹ e ter o estoque desapropriado pelo Departamento Nacional de Abastecimento e Preços a evitar crise no mercado.

Esses procedimentos de agravamento de pena e sua extensão ao perdimento de estoque em benefício coletivo se mostram evidentemente necessários a uma efetiva aplicabilidade e resultado, além de impor conduta desestimulada à prática de delito.

Enfatiza-se, ainda, que a lei supra descrita denota agravamento da pena em 1/3 também aos casos de cometimento de condutas que ocasionem danos à coletividade e de funções essenciais à ou à saúde, fatores de proteção constitucional.

Esses fatores denotam certa verificação ao fator de aproveitamento pessoal com benesses a interesses cujos resultados impõem prejuízo à coletividade, como há muito foi descrito por Sérgio Buarque de Hollanda e Raymundo Faoro ao apontarem as mazelas no trato econômico no Brasil; para o combate dessa situação evidente, é que faz *jus* a análise da ética em seus fatores ligados ao afeto, como bem representada pelo luso-holandês Benedictus de Spinoza em sua obra simplesmente nominada *Ética*, cujo conteúdo de forte conotação não se deixa enganar pela singeleza do título; assunto aliado ao que se nota na Carta de Pero Vaz de Caminha, também retratando os visitantes que aqui se alojaram em detrimento aos Direitos já, portanto, consagrados aos que aqui viviam sem conflitos de interesse de tal ordem, como se precaver de ser furtado dos Direitos minimamente essenciais à sobrevivência; Pero Vaz de Caminha, aliás, no decorrer de sua missiva ao Rei D. Manuel, destaca os benefícios da nova terra, os auspícios de Cabral e demais integrantes da exploração, demonstra sua presteza e subordinação ao Rei até chegar ao pedido que denota a evidente troca de favor, quando Pero Vaz solicita a vinda de seu genro, Jorge de Osório, da ilha de São Tomé como forma de perdão ao desterro a que fora submetido. Tal pedido é visto com um marco nos relacionamentos espúrios entre o Poder Público e o particular. favorecimentos da nação, sendo abaixo transcrito o trecho da carta:

E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. ...

¹¹ Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos Arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa de Vosso Serviço for, Vossa Alteza há de ser por mim muito bem servida, a Ela peço que por me fazer singular mercê, mande vir da Ilha de São Tomé a Jorge Osório, meu genro – o que d’Ela receberei em muita mercê.

Beijo as mãos de Vossa Alteza.

Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500.

Pero Vaz de Caminha.¹²

As leis existentes se mostram esquecidas ou vilipendiadas e nesse aspecto dúbio é que se buscou demonstrar que a falta de adequação ao cumprimento de lei traz não só as sanções nela imbricadas, mas também a demonstração de desacreditamento público.

O *compliance* é o instrumento que pode trazer a diferenciação entre as condutas empresariais, embora algum ceticismo paire sobre o assunto, quando vozes se contrariam ao modelo como mais um instrumento a ser descumprido.

O modelo de cumprimento de normas não se limita a um mero programa intencional de análise e adequação legal aos atos praticados, mas também como um programa que contemple meios de verificação de suas próprias falhas, solucionando-as e sancionando-as, sendo a transparência um dos fatores de maior justificativa da implantação do *compliance*.

De se observar, ainda, que há muitos instrumentos de mensuração dos critérios de legalidades, entre eles o CADE, cujo trabalho tem demonstrado bons resultados e consequente respeitabilidade, e o procedimento no aludido conselho não contempla o programa de *compliance* como meio de minoração das sanções administrativas existentes.

O que se busca defender é a análise de aceitar atenuante sancionatória a esses procedimentos, tanto no campo judiciário quanto no campo administrativo, quando se tenha um programa de *compliance* de adequada aplicabilidade e que, contudo, ainda se tenha uma mácula corruptiva no corpo empresarial, sobretudo e condicionalmente, sem conhecimento do corpo diretivo da empresa.

O próprio CADE aponta em seu “Guia de *Compliance*” que a instituição de um efetivo programa pode levar a uma atenuação das sanções previstas pelo órgão quando se busca pela

¹² Castro (2014, p. 113).

empresa a negociação do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) quando não seja possível a efetivação do programa de leniência.

O intuito central é o de defender a valoração da ética procedimental, já que a implantação de *compliance* é o de valorar a ética que merece ter parcela criteriosa na leniência aceita pelo órgão regulador que poderia, em tese, ser questionada por mandado de segurança, já que ensina a doutrina de Direito Administrativo ministrada por Hely Lopes Meirelles¹³, que o essencial é que o impetrante tenha direito subjetivo próprio (e não simples interesse) a defender em juízo. Não há confundir interesse com direito subjetivo e, principalmente, com direito subjetivo líquido e certo, que é o único protegível por mandado de segurança e ao qual não se pode negar a proteção do remédio processual.

Outro aspecto que se tem noticiado na esfera criminal é o chamado *plea bargaining*, ato que consiste em negociação entre as partes, de um lado o representante do Ministério Público, e de doutro lado o agente do ato criminoso assim descrito na lei.

O *plea bargaining* deriva do Direito Norte-americano, nação integrativa do sistema *common law*, sistema esse que se utiliza dos preceitos jurisprudenciais e não propriamente dos preceitos legislativos. Por conta dessa derivação de tal sistema anglo-saxão, o *plea bargaining* gera controvérsias sob o argumento de que prejudica, e até exclui, o princípio do contraditório e ampla defesa constitucionalmente garantido ao investigado, já que o intuito do modelo norte americano é o de possibilitar que o acusado possa evitar todo o procedimento jurisdicional, e assim, aceitar um percentual de pena para que seja cumprida nos moldes a que o apontado crime integrar na previsão legal.

Fortes discordâncias apontam, com certa razão, o descabimento do *plea bargaining*, contudo, o ponto a se aproveitar na tese ora estudada é o de demonstrar a intenção ética, ao menos do ponto de vista social, no reconhecimento da infração e, por consequência, se sujeitar a penas inferiores sem passar pelo longo, caro e inseguro sistema jurídico brasileiro. O assunto é melhor delineado em itens desta tese, como possível meio de adequação à regra ética que se sustenta.

O amparo da justificativa da ética se buscou especialmente nas obras de mesmo título de Spinoza e Comparato; passando por análises legislativas e doutrinárias quanto aos preceitos éticos e de responsabilidade, este abordado sem aprofundar-se eis que não se mostra como ponto principal da tese. Em continuidade, são apontados os sistemas jurídicos do *civil law* e *common law*, de modo a analisar o sistema judicial brasileiro em contradição o que se

¹³ Meirelles (2009).

faz justificar a adoção de programas efetivos de *compliance* como meio de garantir o exercício da liberdade de empresa e da livre iniciativa como agregadores no desenvolvimento socioeconômico e ambiental.

Por fim, como resultado tem-se a demonstração do entrelaçamento da falha moral e ética da cultura brasileira a justificação dos descumprimentos do ordenamento jurídico, justificando, também, a preparação do profissional da área jurídica para a atuação preventiva no *compliance*, a busca de amadurecimento das obrigações e direitos de todos os que se relacionam, bem como das soluções, inclusive sancionatórias, de forma extrajudicial como verificação da liberdade de atuação a se priorizar de modo mais equânime, célere e menos dispendioso, o desenvolvimento socioeconômico e socioambiental, estando atrelados, portanto, à linha mestra do Programa em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente.

1 LÓGICA, ÉTICA E FATORES DE CONTROLE SOCIAL

1.1 Lógica jurídica: (in)exatidão?

Ao se tratar de um assunto temático em que se busca problematizá-lo e, por isso, trazer uma resposta defendida como solução, pode-se esbarrar em uma controvérsia científica quando se está diante de uma questão jurídica.

Mas a tese é justamente para que dos problemas havidos se defenda uma forma de atuação como solução a ser utilizada ou criticada, sendo que qualquer uma das situações atenderá sua meta que é o de fazer com que o exercício lógico jurídico seja efetivado, pois a solução ocorrerá uma normatização que se amolda com o tempo, e da crítica surge uma melhor compreensão das necessidades a que se devem debruçar ao assunto para seu contínuo desenvolvimento.

É dessa premissa que se busca defender a tese de responsabilização aos atos de corrupção, agregando às teses existentes novas concepções extraídas da interpretação da aplicação da ética como meio do sistema do *compliance*, que consubstanciado aos ditames legais construir-se-á o conteúdo da essência que faz surgir o método impositivo das regras a serem cumpridas.

A isso oportuno trazer o que Fábio Ulhôa Coelho¹⁴ conclui ao expor uma passagem de um filósofo da Antiguidade, Diógenes Sinope, conhecido como o cínico, que reprovou todos os alunos que concordaram com sua tese ao contestar um assunto, e isso ocorreu porque todo argumento deve ser contrariado, contestado por outro argumento, apontando onde estão os possíveis erros e a isso acrescenta, também, que “a lógica não confere, necessariamente, com a realidade”. Conclui-se, então, que, no Direito, a interpretação da norma jurídica não decorre sempre de um entendimento uníssono, e que nem sempre uma pessoa terá a mesma opinião sobre determinado assunto.

A interpretação jurídica quando explicitada na jurisdicionalidade leva à jurisprudência, que é uma forma de influenciar demais decisões, porém, não se pode afirmar que a jurisprudência esteja certa, mas é uma decisão que já teve uma análise e, por isso, se pressupõe que o seguimento da jurisprudência pelo julgador *a quo* ou pelo próprio tribunal seja algo mais possível de acontecer em vista desse precedente.

¹⁴ Coelho (2000, p. 13).

A questão é se a ética e o Direito dialogam, com corriqueiras ilações contrárias, tratando a ética como mera moral e, nesse ponto de distinção, não ter-se-ia lugar jurídico, pois as sanções da moralidade são subjetivas e nem toda subjetividade poderá se valer para o coletivo.

Oportuna ilação traça o jurista italiano Lucio Pegoraro ao citar Scarpelli, o qual fala que a palavra Direito tem uma história cultural com grande força emotiva e intensa até que se constituiu como um instrumento argumentativo e que referido vocábulo mascara juízos de valor sem uma relação efetivamente jurídica¹⁵.

Dessa perspectiva, de se aferir, portanto, que o vocábulo Direito é costumeiramente utilizado como ameaça a uma imposição de uma pretensão que se julga univocamente possuir com a certeza de procedência, o que se mostra efetivamente equivocado, notando verdadeiro abuso do uso do termo “Direito”, banalizando sua aplicação pensando ser falta de cultura e conhecimento ao respeito das previsões legais e sua aplicabilidade.

Da mesma forma, quando há expressa previsão de leis que regulamentem resguardo a Direitos específicos, a leitura a que se deve fazer não merece dispensar a existência do contraditório e ampla defesa, demonstrando não haver, portanto, Direito absoluto.

O que não seria a criação da norma, que tem alcance *erga omnes*, senão uma análise prévia da eticidade consubstanciada de modo axiológico?

Tais valores se devem ao crescimento da ética na elaboração das normas, mas, sobretudo, na necessidade destas para a regulação de critérios que beneficiem as pessoas coletivamente, não para vantagens e sim para exercício de direitos que influenciam no desenvolvimento e modo de vida, moldando-se, portanto, pela ética.

Não há, pelo menos defende-se aqui, portanto, como dissociar-se a ética e o direito, uma vez que para o exercício do direito deve-se ter a ética para que ele seja eminentemente cumprido de modo previsto e não meramente desejado; eis que o direito não é ferramenta de ameaças ou vantagens, de mesmo modo, enfim, não se pode ter o direito como único, correto ou racional, para a existência de modo da razoabilidade, e disso dependerá a argumentação sem que para isso se vincule à arbitrariedade, como bem explicitado por Perelman¹⁶.

Com o entrelaçamento da ética e o direito na construção da norma como um regramento de estrutura moral, de se ter em mente que a legitimidade da norma é “independente de sua consecução fática”¹⁷, ou seja, a norma imposta não depende de sua

¹⁵ Scarpelli (apud PEGORARO, 2011, p. 22).

¹⁶ Perelman (apud ANTÔNIO, 2014).

¹⁷ Derani (1997, p. 48).

efetiva atuação perante a sociedade, mas depende de sua aplicabilidade no entendimento social de que deve ser observada e cumprida sem sequer vincular-se a um caso concreto. Esta aceitação, fruto da hermenêutica, é o trabalho dos juristas que buscam justificar a amplitude de uma regra e demonstrar as consequências de sua inobservância.

Essa perspectiva normativa tem nesta tese o entendimento de ser o preceito ético da aplicação da norma, antes mesmo que um fato ocorra e seja necessário discutí-lo perante o Poder Judiciário, cabendo ao hermeneuta sua aplicabilidade aos fatos e assim adequar-se ao entendimento jurídico, e não judicial, da abrangência de certa norma, trabalho esse, portanto, dos que buscam atuar com o *compliance* ao se preocupar com a aplicação das regras previstas a um certo fato, antes de judicializá-lo.

Em sua obra “Ética e Direito”¹⁸, Perelman ao comentar o art. 4º. do Código de Napoleão “O juiz que recusar julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação da justiça”, cita Portalis que afirma que “Poucas causas são suscetíveis de ser decididas de acordo com uma lei, de acordo com um texto preciso; é pelos princípios gerais, pela doutrina, pela ciência do direito, que sempre se pronunciou sobre as contestações”, e disso conclui que a doutrina é a ciência do Direito é que guiam os juízes nos “processos delicados”.

Na mesma obra,¹⁹ Perelman afirma que o papel da argumentação e da retórica se nota crescente sempre que, existindo uma controvérsia, acarretará deliberações para se chegar a uma decisão que pareça razoável, seja monocrática ou não, daí se conclui que o direito deve ser aceito e não puramente imposto.

A nova retórica proposta por Perelman leva ao resgate da Teoria da Argumentação, outrora esquecida pelos positivistas, objetivando o convencimento do receptor da informação e também daqueles que estejam envolvidos na relação processual.

1.2 A religião e moral como instrumentos construtores da ética em Spinoza

Adere-se aos ensinamentos do filósofo holandês Benedictus de Spinoza para trazer o enfoque da existência das coisas e suas divergências, buscando-se relacioná-las à ética.

Nem todo fato depende de dicção legal para impor sua retidão ou sua inexatidão consubstanciada em penalidades que possam ser impostas como medidas de correção ao ato antiético.

¹⁸ Perelman (1996, p. 408-409).

¹⁹ Perelman (op. cit., p. 553, nota 16).

Um dos critérios éticos trazidos por Spinoza é o afeto e o modo de vida dos homens que:

parecem, em sua maioria, ter tratado não de coisas naturais, que seguem leis comuns da natureza, mas de coisas que estão fora dela. [...] Pois acreditam que, em vez de seguir a ordem da natureza, o homem a perturba, que ele tem uma potência absoluta sobre suas próprias ações, e que não é determinado por nada mais além de si próprio²⁰.

A essa assertiva, de se notar que a vontade humana é o que propulsiona seus atos, sejam eles corretos ou não, independente de proibição legal ou moral.

O certo é desprovido de grandes elogios, eis que se mostra uma conduta tida como obrigatória e esperada e, por isso, não desponta a simpatia que o comportamento poderia esperar.

A vultosa crítica, com razão, deve ser feita aos atos antiéticos que decorrem, certamente, da vontade humana; eis que a conduta do homem é o livre arbítrio no modo em que pretende seguir seu caminho, e assim é a corrupção.

Contudo, o ato de se corromper e ser corrompido é, inegavelmente, uma escolha e é diferente do erro de um certo ato; eis que a corrupção é, de modo simplista, a vontade de se beneficiar em detrimento aos Direitos de outrem, conforme se notam as consequências em que o ato desleal pode gerar a uma coletividade.

O afeto traçado por Spinoza pode-se robustecer no sentido da busca da razão em decorrência da auto natureza, ou seja, sua subjetividade que regularia a força extrínseca da razão e mantendo-se sua própria intenção decorrente do empirismo a que cada uma possui, e disso se alia aos ensinamentos trazidos por sofistas que:

têm escrito muitas e excelentes coisas sobre o correto modo de vida e dado, aos mortais, conselhos plenos de prudência. Mas ninguém, [...] determinou a natureza e a força dos afetos nem, por outro lado, que poder tem a mente para regulá-los. ... o celebrado Descartes, embora também acreditasse que a mente tem um poder absoluto sobre suas próprias ações, tentou [...] explicar os afetos humanos por suas causas primeiras e mostrar, ao mesmo tempo, a via pela qual a mente pode ter um domínio absoluto sobre os afetos²¹.

Desse modo, o afeto mais uma vez denota uma expressividade ridicularizada por alguns que não a compreendiam, mas muito bem elencada e defendida por outros pensadores, a exemplo de Descartes, que reconhecia a pujança da mente humana como dominadora dos

²⁰ Spinoza (2012, p. 161).

²¹ Spinoza (2012, p. 161).

atos racionais, como amplitude das ações a que se destinavam para os resultados e consequências destes; e a afeto, segundo a percepção do próprio autor, são as:

afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções. Assim, quando podemos ser a causa adequada de alguma dessas afecções, por afeto, compreendo, então, uma ação; em caso contrário, uma paixão²².

A regra moral e ética se colidem entre a subjetividade e a objetividade, cujo sancionamento, respectivamente, decorre da percepção do indivíduo, muitas vezes não propalada, mas solucionada em omissão de atos semelhantes e um amargor de angústias, e as regras legais bem delineadas pelo legislador e que, ainda, dependem do exercício hermenêutico.

A isso se justifica a própria regra objetiva de oportunizar ao indivíduo o exercício de justificar atos desaprovados pela norma, mas diretamente ligados a uma tese subjetiva decorrente de uma aparente razão; ora o que se mostra mais óbvio ou fora da regra dos afetos a não ser proibir algo em norma objetiva e possibilitar uma defesa a se justificar por atos subjetivos?

O fato é que, embora a regra proibitiva trace um modelo de conduta criado por pessoas e decorrentes de suas percepções após debates, em tese, com várias digressões diversas dos legisladores, é certo também que em outro poder poderá analisar a justificativa e dela extrair argumentos aceitáveis e decorrentes da teoria do afeto, podendo, ainda, ser revista e modificada por instâncias superiores que, por um colegiado, poderá ter maior análise dessas interpretações, notando um verdadeiro ciclo das razões, sendo as do legislador, a da vítima, a do acusador, a do defensor e a do julgador, tudo sobre uma mesma regra.

Dessa analogia entre a natureza e raciocínio (subjetividade) a que se debruçou Spinoza, tem-se que as regras e as de uma e outra são diversas; eis que as da natureza são:

sempre a mesma, é uma só e a mesma em toda a parte, sua virtude e potência de agir. Isto é, as leis e as regras da natureza, de acordo com as quais todas as coisas se produzem e mudam de forma, são sempre as mesmas em toda a parte. Consequentemente, não deve, igualmente, haver mais do que uma só e a mesma maneira de compreender a natureza das coisas, quaisquer que sejam elas: por meio das leis e regras universais da natureza. É por isso que os afetos do ódio, da ira, da inveja, etc., considerados em si mesmos, seguem-se da mesma necessidade e da mesma virtude da natureza das quais se seguem as outras coisas singulares²³.

²² Descartes (1999 apud COMPARATO, 2016, 163).

²³ Spinoza (2012, p. 161/163).

Ao contrário do que estampa Spinoza quanto à regra da natureza de ser ela a mesma em toda parte, a regra da racionalidade é diversa em seus cantos de aplicação e, ainda, em uma mesma localidade, esta regra se mostra mutável, aderindo a novos costumes, novas práticas, novos entendimentos e, enfim, nova mentalidade racional.

Contudo, opina-se de que a razão terá a explicação a que o missivista deseja atingir e se expos no elenco supra o termo sofista, como aquele que leva o argumento esperado por seu interlocutor e desse ponto de se questionar, afinal, qual é a razão modelar de conduta correta.

De se imaginar que a conduta correta, mais do que se cumprir a regra objetiva, norma abstrata que é, é a de buscar a amplitude constitucional de não lesar interesse alheio, sobretudo se for esse interesse coletivo; eis que o dano coletivo abrange uma gama de infrações e consequencialismos muitas vezes devastadores, ainda que, inicialmente, silenciosos.

Desse ponto que se remete ao concretismo da ética no trato com as atuações das atividades público/privadas e daí que se denota as acepções do afeto ponderadas por Spinoza em que o administrador deverá se valer da ação que regeram seus atos e, daí, deverá buscar a razão e não a emoção e seus desejos pessoais, como bem saliente a legislação em que deve-se ter impessoalidade no trato da coisa pública, conforme imposto pelo art. 37²⁴ da CF/88. Neste, o princípio norteador de uma regra que impõe uma situação moral e que afronta, muitas vezes, a percepção da razão humana em favorecer pessoas próximas de quem tem o poder decisórios quanto a serviços e atuação públicos, com melhor abrangência oportunamente.

A atuação humana mutável, como aduzido supra, decorre da necessária verificação do que chama Spinoza de potência de agir, sendo esta atuante ou não dentro dos parâmetros que estimulam a vontade do ser humano, e nem sempre essa volitividade se mostra adequada às regras tidas como corretas, eis que a mente humana age ou padece. Assim:

A nossa mente, algumas vezes, age; outras, na verdade, padece. Mas especificamente, à medida que tem ideias adequadas, ela necessariamente age; à medida que tem ideias inadequadas, ela necessariamente padece²⁵.

É cediço, como se também discute sobre a moralidade em item específico infra desta tese, ser justificável o ceticismo sobre a mudança do caráter de alguém que pratica ilicitude, como sendo um vício, ante o fundamento filosófico de Schopenhauer, em que cada indivíduo

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, a Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

²⁵ Spinoza (2012, p. 165).

é responsável pelas características dos atos praticados, decorrente de sua índole, quando explica que:

era perfeitamente possível uma acção inteiramente diversa, que poderia ter-se verificado se ele fosse outro: foi esta, e só esta, a razão determinante dos acontecimentos. É certo que a ele não era possível uma acção diversa, porque ele é este e não outro, porque tem um carácter com esta configuração concreta; mas, em si mesma, ela era possível. À primeira vista, a responsabilidade, de que ele tem consciência, respeita apenas ao facto; mas, no fundo, respeita ao seu carácter: ele sente-se responsável por este e é por este que também os outros o responsabilizam²⁶.

Contudo, de se notar as questões da inimputabilidade, sobretudo quanto aos crimes atentatórios à vida, o que não se reveste referida tese de tal previsibilidade, tampouco se se tratar dos crimes administrativos e de corrupção, eis que a delimitação tratou de cuidar das questões filosóficas, cívicas e administrativas de tais atitudes; e a dúvida surgida é se o indivíduo ímprobo pode mudar sua conduta, mudar sua potência de agir, o que acredita-se ser possível, pelo fato de uma nova linha de conduta intrínseca, impositiva, sancionatória privada e administrativamente, sem prejuízo das sanções judiciais.

O autor Spinoza traça a justificativa divina como o modo de pensar, sendo esta a causa em Deus, que define o pensamento e não sua explicação, e desse modo, deve-se buscar a reflexão correta, porque Deus é retidão não sendo o corpo humano em seu comando de pensamento a um certo ato, antagônico nesse ponto eis que depende da autonomia divina, Contudo, volta à digressão de que o corpo exalta e obedece a persuasão da mente.

É de se convencer, portanto, que nada mais diferencia-se da necessidade de certos momentos, ou da persuasão de terceiros ou da ganância por poder e dinheiro na busca do ser exaltado, o que se mostra o meio mais célere e limítrofe ao caminho do resultado aético e corruptível, por facilidades e afrontas aos princípios da moralidade e impessoalidade, eis que se busca a resolução e acomodamento da situação unilateral em detrimento aos preceitos coletivos.

É justamente essa linha tênue do mesmo indivíduo, decorrente do afeto em Spinoza, que faz com que as consequências da inobservância divina sejam limitadoras dos preceitos éticos, ainda que estas sejam impostas por legislações decorrentes também da volitividade humana.

É dessa característica volátil do ser humano que se encontra inúmeros casos de improbidades e, quiçá, sequer praticados diretamente pelo agente público ou privado em detrimento aos preceitos públicos, mas por representantes, que infra textualmente se tratará da

²⁶ Schopenhauer (1962 apud ROXIN, 1991, p. 518).

questão da responsabilidade do representante que age em nome próprio em conflito de interesses aos do representado.

O cotidiano é o meio mais notável da questão ética dos afetos, quando os corpos (pessoas) se esbarram na vivência desse cotidiano, sendo este a mola propulsora da potência de agir; eis que ninguém busca sentido de vivência sem que se tenha uma conduta esperada e buscada a que justifique os atos de vontade; eis que agir por algo não desejado e sequer esperado não se mostra justificativo de um resultado a que se quer, pois ninguém age imbuído ou estimulado por algo que não queira.

O fazer o bem é tido, portanto, como algo essencial ao bom andamento dos atos públicos, ao ser explicitado por Javier de Burgos, em 1833, em documento sobre os procedimentos da administração pública ao afirmar que:

Hacer bien es la incumbencia esencial, la suma de todas las atribuciones de la Admnsitración. Esta obligación es activa, y no debe reputarse desempeñada com llenar formalidades más o menos importantes, má o menos prolijas, a las cuales no se dará valor em el Ministerio de mi cargo, sino em cuanto, en conformidad de lo dispuesto en el artículo 11 del citado Real Decreto, aparezca visible el bien que hayan proporcionado (Punto 68º)²⁷.

De se presumir que o fazer o bem deve decorrer de uma vontade implícita na índole do ser humano, mas como se denotar da transcrição supra, é de outros tempos que a inserção diretiva se mostra necessária para não se tornar duvidosa a obrigação de bem gerir as funções públicas.

É desse ponto, ainda, que a vontade e conseqüente potência de agir nem sempre decorrerá de uma conduta correta e ética, pois o resultado esperado e vislumbrado pode transcorrer de uma manifestação de vontade imprópria que vise um resultado cujos meios podem transcender a eticidade imposta por regras objetivas.

No entanto, Spinoza propõe o esquecimento como meio de se desconectar dos atos não condizentes aos fatos corretos e que geram infelicidade; eis que se ocorrer um abatimento num primeiro momento de incertezas e infelicidades, não estará o indivíduo preparado para o próximo ato, gerando desconfortos, fraquezas e impossibilidade de vivência ao o que se propus fazer, como bem delineou Renato Nunes Bittencourt²⁸ na passagem em que:

Jesus proclamou aos seus seguidores: “Ouvistes o que foi dito: olho por olho, dente por dente. Eu, porém, vos digo: não resistais ao homem mau. Se alguém te bater na face direita, oferece-lhe também a outra” (Mt, 5, 38-39; Lc, 6, 29). Essa proposta

²⁷ Burgos (1833 apud BLANCO, 2011, p. 110).

²⁸ Bittencourt (2014, p. 11).

evangélica permite o desenvolvimento da seguinte ideia: se uma causa exterior nos afeta de modo inadequado, devemos conservar a integridade de nosso estado de ânimo, além de reforçarmos a nossa disposição de ânimo, preparando-nos para uma possível nova ofensa por parte do agressor, mantendo, no entanto, uma postura de dignidade e afirmação perante este, de modo que as suas mais violentas invectivas se tornem vãs.

O raciocínio dessa expressão é a de justamente, pelo afeto, renunciar ao mal de um fato causado e estar pronto para os demais atos e fatos da vida, sob pena de estancar a potência de agir e limitar o exercício da vivência em sociedade, o que estaria afrontando o sentido da existência do ser humano, já que ao longo de sua vida estar-se-á frente a inúmeros casos de situações boas ou ruins, atos de sucesso e insucesso, alegrias e tristezas, conseguir o que se quer e muitas vezes não; trabalhar com o que se gosta e muitas pessoas trabalham pela necessidade de sobreviver a um sistema que impõem necessidades, ou seja, não se deve desistir em um primeiro fato contrário ao desejo, sob pena de não se saber o quão bom é conseguir aquilo que se objetiva.

Ainda que essa reflexão seja equivocadamente explorada como meio de submissão religiosa frente ao divino, a ideia a que se melhor adequa é esta de seguir frente às adversidades que surgirão, bem como em lidar com inimizades, invejas e prejudicialidades criadas em ambientes sociais como explicitado por Christoph Türcke citado por Bittencourt²⁹, de que:

O amor mais autêntico e intenso é o amor pelo diferente, pelo “inimigo”, pois essa disposição amorosa exige a capacidade de valorização das qualidades intrínsecas daqueles que consideramos os nossos mais odiosos inimigos. Conforme comenta Christoph Türcke, “Não resistir ao mau, amar também seus inimigos: isto nenhuma lei do mundo se pode permitir – nenhuma que mantenha coesa uma comunidade religiosa ou política, e nem sequer uma que dê sustentáculo moral a uma alma. Onde há ordem jurídica ou moral aí há lei. Porém, constitui justamente a definição de lei que ela tenha um inimigo: o que se desvia dela, o proibido. E ela só dura enquanto se comporta de fato hostilmente contra este inimigo, não tolera o proibido e busca extingui-lo através do castigo.

O ponto do aludido texto de que “onde há ordem jurídica ou moral aí há lei”, retrata bem a questão dos conflitos de interesses, eis que nenhuma sociedade será totalmente isenta de situações que necessitem de decisões a uma das partes, evitando-se a autotutela, e dessa necessária organização decisória é que concernem os conflitos e criação de regras que demonstrar-se-ão impositivas e sancionatórias a todos.

Contudo, as previsões desses regramentos não impedem que fatos contrários a essas leis ocorram e justamente daí que se parte a ideia da vivência e convivência com fatos

²⁹ Türcke (apud BITTENCOURT, op. cit. p. 12).

aceitáveis, possíveis e corretos e os inaceitáveis e incorretos com o sopesamento das duas virtudes, a da lei e a da moral que estará em confronto com a razão de cada uma das partes envolvidas, eis que cada um possui sua ética.

O que explicaria um crime ou uma mera infringência de uma regra social e quão grave isso se opera perante a uma única vítima ou a toda a sociedade, a ponto de ter a lei que delimitar tais atos ilícitos com maior ou menor gravidade, dividindo-se a vontade unipessoal da vontade sócia, impondo a demonstração do ilícito juntamente com um dano para que dessa causalidade se imponha uma regra criada e decorrente de hipotéticas situações e se aguarde a ocorrência de fatos concretos aplicáveis, não fosse o afeto humano?

A razão, como um dos afetos expostos por Spinoza, traça a justificativa de atos decorrentes da mente, vezes responsável pelos atos do corpo, vezes não, eis que defende o filósofo que certos atos decorrem por impulso, como a fala e atos quando explica que “certamente as coisas humanas estariam nua situação bem melhor se tanto o calar quanto o falar também estivessem sob o poder do homem. A experiência, entretanto, ensina, sobejamente, que nada está menos sob o poder dos homens do que a sua língua [...]”.

A tese de que a razão depende de conceitos variados, mas unívocos em sua conceituação bem se nota em uma improvável incursão de relacionamento com as vontades próprias, mas em relação com o Estado, como bem salientado por Renato dos Santos, ao analisar a teoria Sadeana embasada em uma teoria erótica francesa e ligada ao empirismo exposto por Locke e Hobbes, conceitos elevados ao *status* de entropia ao final trazida na obra de Francisco Verardi Bocca (Do estado à orgia: ensaio sobre o fim do mundo)³⁰, e que aqui de se relacionar o prazer do ser humano às suas vontades; eis que o que seria a vontade em ter para si algo que não lhe pertence e que decorre da facilidade do exercício do poder, senão a construção e manutenção do prazer, tal como se verifica pelo exercício da corrupção, emanada do exercício fraudulento dos atos do poder, e a essa linha o referido autor bem traça a relação com a entropia onde expõe que o “Esgotamento, desgaste, destruição, aniquilamento, degradação das energias, o declínio das máquinas e o envelhecimento irreversível da vida são algumas das expressões de um mundo entrópico”.

Desse modo, a corrupção é um exercício da vontade do indivíduo na busca de um prazer pessoal decorrente do poder conquistado ou elegido com atuação junto ao Estado, sendo as vantagens a orgia dessa relação. Contudo, tal fato pernicioso não merece se perpetuar e, assim, como a entropia, deve cessar e ter seu declínio como meio de sustentação

³⁰ Santos (2018, p. 351).

da razão kantiana e prevalência da paz social como exercício dos Direitos fundamentais de cada indivíduo.

O enfoque da razão e potência de agir estriam ligados à certeza de quem age ou de quem recebe o ato favorável ou desfavorável, como o corruptor que age sabendo estar frente a uma ilicitude mas certo de que poderia agir de tal modo em seu favor; bem como os que atuam em atividades-meio e garantem um resultado que, se ocorrido restará cumpridor de sua palavra, mas se sucumbido restará responsável pelo resultado prometido e não atingido, e dessas experiências é possível se arrepender e buscar o esquecimento dos atos errados, como explicita o autor:

Se a experiência, entretanto, não mostrasse aos homens que fazemos muitas coisas das quais, depois, nos arrependemos, e que, frequentemente, quando somos afligidos por afetos opostos, percebemos o que é melhor, mas fazemos o que é pior, nada os impediria de acreditar que fazemos tudo livremente. [...] Igualmente, o homem que diz loucuras, a mulher que fala demais, a criança e muitos outros do mesmo gênero acreditam que assim se expressam por uma livre decisão da mente, quando, na verdade, não são capazes de conter o impulso que os leva a falar. Assim, a própria experiência ensina, não menos claramente que a razão, que os homens se julgam livres apenas porque estão conscientes de suas ações, mas desconhecem as causas pelas quais são determinados. [...] Sem dúvida, tudo isso mostra claramente que tanto a decisão da mente, quanto o apetite e a determinação do corpo são, por natureza, coisas simultâneas, ou melhor, são uma só e mesma coisa, que chamamos decisão quando considerada sob o atributo do pensamento e explicada por si mesma, e determinação, quando considerada sob o tributo da extensão e deduzida das leis do movimento e do repouso [...] ³¹.

Ora, buscou-se com a presente tese a análise ética de atos e seu sancionamento quando considerados ilícitos e, mais que isso, o cerne principal, o meio de descoberta dos atos fraudulentos mediante colaborações e delações que, em certos costumes, os têm como atos aéticos.

Buscou-se, assim, com a análise das proposições filosóficas da ética de Spinoza, demonstrar o que se mostra mais adequado aos atos humanos, se a corrupção ou se a entrega de informações que não se saberiam e uma análise comum e sem acesso a dados exponenciais, e dessa assertiva de se colacionar outro entendimento que justifica a posição da razão dessa demonstração intrínseca do ato, quando se afirma que:

As ações da mente provêm exclusivamente das ideias adequadas, enquanto as paixões dependem exclusivamente as ideias inadequadas. [...] Nenhuma coisa pode ser destruída senão por uma causa exterior. [...] À medida que uma coisa pode destruir uma outra, elas são de natureza contrária, isto é, elas não podem estar no mesmo sujeito ³².

³¹ Spinoza (2012, p. 171).

³² Ibid., p. 173.

Denota-se, portanto, que da atuação ética é que se esperam preceitos de políticas públicas para as atuações em que se relacionam o público e privado, não podendo o agente valer-se de sua vontade ou de quem lhe interesse, mas sim o interesse público; eis que mesmo devendo atuar com integridade em tal observância, escolhas e decisões devem se pautar como premissa, contudo os atos públicos se esbarram na imponderabilidade do mundo que denota que nem toda conduta tem plena segurança, eis que os atos da vida, e nela as decisões, é constituível de relações ininterruptas eis que o mundo é o que lhe faz mover e dele não se pode isolar-se.

As promessas de garantias, como já se aduziu, se mostram como uma espécie de antecipação da vida que podem causar a frustração se incompreendida ou inatingível em seu resultado esperado, pois não há exatidão e sequer segurança de atos.

De todo modo, ainda que se ache questionável a segurança, a garantia, o resultado, ainda assim, deve-se sempre pautar os atos nos moldes das adequações propostas a um certo ato; eis que o argumento se mostra justificável pelas razões, e a isso chamou Spinoza de “servidão” que explicou como sendo:

a impotência humana para regular e refrear os afetos. Pois o homem submetido aos afetos não está sob seu próprio comando, mas sob o do acaso, a cujo poder está a tal ponto sujeitado que é, muitas vezes, forçado, ainda que perceba o que é melhor para si, a fazer, entretanto, o pior. [...] Quem decidiu fazer alguma coisa e a concluiu, dirá que ela está perfeita, e não apenas ele, mas também qualquer um que soubesse o que o autor tinha em mente e qual era o objetivo de sua obra ou que acreditasse sabê-lo³³.

Dessa assertiva, também pode-se concluir que quem decide fazer algo previamente elencado como incorreto e atinge seu objetivo, estará em uma atuação visto, sob tal prisma, como uma atuação perfeita, sendo que o imperfeito necessitará de fundamento para se comprovar a eventual ilicitude, ou seja, toda argumentação contrária a um certo ato já praticado enseja necessariamente um contra-argumentatividade comprobatória.

E dessa ideia de praticar atos com resultados esperados é que se nota o argumento de Clóvis de Barros Filho, ao enfatizar que:

falamos de uma perspectiva espinosana de geometria dos afetos que nada tem a ver com resultados. [...] Porque toda vez que uma pessoa é estrangida a agir exclusivamente em função de certos resultados, ela se prende a uma ética dita consequencialista³⁴.

³³ Spinoza (2012, p. 263).

³⁴ Cortella (2014, p. 18).

Dessa conceituação insta lembrar uma premissa antiga, mas notável de se saber se os fins justificam os meios, eis que nem todo resultado positivo aos olhos da sociedade poderá ter percorrido um caminho coeso, correto e ilibado e é dessa linha lógica que se busca salientar um probó caminho com eticidade que, nem sempre, terá o resultado almejado como o melhor de todos, mas que o resultado alcançado o foi de forma idônea, ainda que não seja positivo ou integralmente como se desejava.

Um resultado positivo pode ter passado por situações que não podem apontar a conduta sob pena de preceitos sancionatórios, e Mário Sérgio Cortella, lembrando Kant, diz que:

tudo o que não se puder contar como fez, não se deve fazer. Porque, se há razões para não poder contar, essas são as mesmas razões para não fazer. E não estou falando de sigilo, estou falando de vergonha. Pois existem coisas que não podem ser contadas porque pertencem ao terreno da privacidade, do sigilo. Mas há aquelas que não podemos contar porque nos envergonham, nos diminuem³⁵.

A natureza explicitada por Spinoza como sendo a mesma em todas as localidades e situações é o que se pode traduzir pelo instinto a que o homem, curiosamente racional, não possui, eis que necessita adaptar-se às realidades e para se ter uma norma de conduta adequada; mas e quando esse regramento ético-teórico muda? As previsões pretéritas se tornam antiéticas? A ética é um método único?

A tais questionamentos, imprime-se maior relevância a explicação de Cortella³⁶ ao criticar os chamados “código de ética” o que seria uma espécie de tabela de como agir o que distoia da conceituação ética, sendo mais adequado nesses casos um “código de conduta”.

A conduta unívoca pode ser questionada ao verbalizar dúvidas de seus atos como corretos, ou a negativa de agir tal qual descrito e imposto nas escritas normativas; contudo, liga-se tais atos às noções de afeto de Spinoza que analiticamente apresentou a distinção entre bem e mal sem que digam, essencialmente, algo de positivo em relação a coisas; eis que são, como firma, modos de pensamento ou de noções obtidas em cada ato a que se pratica, eis que decorrentes de atos comparativos entre um ato e outro ou até mesmo indiferente e que tudo dependerá da relação causal entre o ato e a percepção do agente.

Como distinção conceitual do bem e do mal, ensina o filósofo que:

³⁵ Cortella (2014, p. 20).

³⁶ Cortella (op. cit., p. 42, nota 31).

por bem compreenderei aquilo que sabemos, com certeza, ser um meio para nos aproximarmos, cada vez mais, do modelo de natureza humana que estabelecemos. Por mal, por sua vez, compreenderei aquilo que, com certeza, sabemos que nos impede de atingir esse modelo³⁷.

A certeza explicitada está, ainda, ligada ao subjetivo do indivíduo, intrinsecamente ligada à sua percepção e do modelo a que elege como estabelecido, o que denota possível falha dessa percepção, já que a subjetividade se relaciona com a moral, percepção essa que se amolda a fatores extrínsecos-empíricos moldada ao meio de vivência do cada um de nós.

Quando se busca amoldar referidas percepções aos fatos de amplitude coletiva e que possam se mostrar como lesivo a fatores como o bem público, um ato pode ser conjugado como corruptível se assim estiver bem delineado pela legislação aplicável à espécie; contudo, ainda que a esfera legislativa esteja presente, esta não se mostra suficiente para delimitar e pacificar um entendimento ante a situação hermenêutica a que se está ligada toda e qualquer relação jurídica consubstanciada na ampla defesa que, certamente, proporcionará argumentos defensivos e poder-se-ão se valer o julgador como meio limitador da previsão e pretensão legislativa de condenação.

Desse modo, o que social, legal ou coletivamente se têm como mal, pode não ser a percepção do julgador e não corroborar com o sentimento esperado, da mesma forma que o ato visto e tido como o bem praticado não seja assim tido aos olhos de quem busca razões para assim não o ter, a exemplo de ser notório que o fornecimento a título gratuito de sobras de gêneros alimentícios por produtores ou estabelecimentos de varejo a pessoas e/ou entidades, aparentam situações de bondade e benefícios a quem necessita, mas não se mostra aceitável nos termos legais ou, ao menos, impõem uma série de restrições que inviabilizam sua prática.

Assim, Spinoza delinea a conduta do indivíduo quando explica que:

Chamamos de bem ou de mal aquilo que estimula ou refreia a conservação de nosso ser, isto é, aquilo que aumenta ou diminui, estimula ou refreia nossa potência de agir. Assim, é à medida que percebemos que uma coisa nos afeta de alegria ou de tristeza que nós chamamos de boa ou de má³⁸.

A conceituação dos afetos de Spinoza, portanto, faz-se de modo a demonstrar e comprovar que não há um domínio absoluto sobre esse sentimento, não sendo mero controle da vontade subjetiva, e que o indivíduo necessita, em sua vivência prática, “refrear e regular

³⁷ Spinoza (2012, p. 267).

³⁸ Ibid., p. 277.

os afetos” cuja constatação se denota aos temas como “A potência do intelecto ou a liberdade humana”.

Essa outra parte relacionada à ética, também por ele nominada como “potência da razão” se revela qual a importância do conhecimento para os atos que conduzem à liberdade como exemplifica que a análise se verifica em saber “o quanto o sábio é mais potente que o ignorante”³⁹ para que se note como influencia na regulação dos afetos.

De se concluir que é o conhecimento de regramentos que poderão influenciar no cometimento, ou não, de situações contrárias a tais normas, sabendo o agente de suas consequências e, por conta delas, como atuar para minimizá-las ou evitá-las, como evidente busca do resultado ilícito praticado, e conseqüentemente, desejado como benefício e nessa relação causal entre a prática, o benefício esperado e resultados entre a descoberta, ou não de tal ato, é que se denota a potência de da razão, derivado, contudo, da potência de agir.

Não há ato sem previsibilidade de resultado e, sobretudo, de conhecimento do que deve ou não ser feito, não se podendo arguir desconhecimento dos regramentos promulgados; eis que *erga omnes*.

É dessa conscientização e conhecimento quanto ao regramento que uma vez notada sua inobservância se deve adequar-se ao que se determina para o adequado cumprimento a que se destina, e é justamente esse autorreconhecimento que se verifica mais difícil, uma vez que a assunção dos equívocos se mostra resistente a uma grande maioria das pessoas, sobretudo quando deliberadamente estejam praticando um ato em desacordo a um cumprimento de normas. Contudo, as sanções aos descumprimentos a essas normas também devem ser conhecidas; eis que se o descumprimento é voluntário, por isso, a resistência aos efeitos sancionatórios devem ser minimizados, relacionando-se com a previsão de Spinoza quando afirma que:

À medida que a mente compreende as coisas como necessárias, ela tem um maior poder sobre os seus afetos, ou seja, deles padece menos. [...] Com efeito, vemos que a tristeza advinda da perda de um bem diminui assim que o homem que o perdeu dá-se conta de que não havia nenhum meio de poder conservá-lo⁴⁰.

A especificidade de Spinoza quanto ao amor, Deus e afetos, se traduz nas relações humanas e, dentre elas, a relação ética a que se espera da relação público-privada que, como se sabe, gera situações que acabam nas esferas corruptivas de recursos públicos e que, como defende-se nesta proposta, se trata de uma questão cultural arraigada em nossas origens como,

³⁹ Spinoza (2012, p. 365).

⁴⁰ Ibid., p. 375.

aliás, tratar-se-á na análise de Raízes do Brasil e dos Donos do Poder, que ilustram essa situação.

1.3 As vertentes éticas na justificativa do exercício jurídico nas proposições de Fábio Konder Comparato

É notório que o conhecimento dos atos modernos dependem da relação histórica a que se pretende seguir ou mudar em comparativo aos ensinamentos que não mais fazem parte da realidade cotidiana de certa sociedade e, desse modo, Comparato acerta, a que se comunga nesta tese, em relatar fatos e legados históricos como o sentimento clássico e presente na iminência de se buscar respostas para a análise de atos de terceiros e, antes disso, assim ter autoconhecimento suficiente a ponto de se fazer relação, ainda que crítica, aos atos sociais.

Desse modo, a máxima de Sócrates “conhece-te a ti mesmo”⁴¹ é a epígrafe desta tese, e assim, se acredita que deste ponto se fará a correta análise do conteúdo a que se vivencia hodiernamente decorrente de aspectos religiosos, da tradição e das relações sociais a que o indivíduo possa se adequar.

A observação do aspecto religioso por Comparato⁴² denota o surgimento da civilização e por consequência das famílias, fator responsável com maior vigor do que a própria natureza; eis que os encontros religiosos eram o motivo da união familiar e não propriamente os “laços de sangue”, onde a mulher casada se unia à família do marido deixando sua família natal e se submetendo aos poderes do *pater*.

Como se sustenta, os atos da vida privada, bem como da pública, que envolvam atos empresariais que denotem resultado social aos indivíduos de um determinado lugar, depende da perspectiva ética que cada um desses indivíduos possui ao efetivamente exercer a prática da vida em sociedade.

Em um primeiro momento, sem que as regras estejam a postas de modo *erga omnes*, natural que *de per se* se escolha a que tipo de vida se queira para a caminhada e que influência se quer deixar como legado e, sobretudo, ao exemplo que se quer deixar para que as pessoas a nós ligadas sintam orgulho ou vergonha quando nossos atos pretérito sejam rememorados.

Até aqui, não se encontra uma resposta única para afirmar que ato possa ser visto como melhor aos olhos de toda a sociedade, pois de se analisar qual é o público que será alvo

⁴¹ Sócrates (apud COMPARATO, 2016, p. 49).

⁴² Comparato (2016, p. 49).

das atitudes perpetradas e que servirão de base para a quem se interesse, e desse modo, qualquer atitude se mostrará correta frente ao público que se vislumbra atingir.

A essa narrativa introdutória, insta salientar que no também intróito de Fábio Konder Comparato⁴³, traz o autor diálogo entre Sócrates e Glauco quando afirmava que “esta investigação diz respeito ao que há de mais importante: viver para o bem, ou viver para o mal”, sendo esta a busca para a resposta quanto à perquirição da felicidade; ainda em tal tema, também, de se pensar, que não há um unívoco caminho, eis que a maldade pode fazer com que o indivíduo que a pratica possa lhe gerar prazeres que somente aos malévolos assim entendam; o mesmo aos que praticam o bem, eis que a ajuda ao próximo lhes tragam a certeza do cumprimento de sua escolha.

Contudo, ante os atos de regramento, a sociedade visa a paz social frente a uma sociedade eivada por conflitos de interesses que geram a percepção individual de que seu ato seja o único adequado. De modo a suprimir a autotutela é que o Estado toma para si a dicção do direito após a análise das duas proposições quando uma, ou parte de ambas, esteja correta, ao menos sob o ponto de vista do julgador, podendo ser reanalisada dentro de certos aspectos legais.

Em vista dessa generalidade a certo grupo de pessoas é que as regras surgem e impõem ao indivíduo o modo de agir, podendo se ter um critério mais ou menos adequado ao meio em que vive, pois, o ser humano não nasce com tal discernimento, que se moldará de modo do convívio a que se submeterá por indução ou vontade própria.

É sabido e pacífico de que é do Estado de Direito a regulação do convívio entre os homens, e desse regramento gera-se a liberdade que notório é não ser absoluto do ponto de vista da vontade ilimitada do ente, mas sim, liberdade exercida dentro dos ditames legais previamente estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

E não somente aos cidadãos ou pessoas jurídicas a que se impõem as regras para o salutar convívio, mas também nas hipóteses “em que todas as autoridades e todos os indivíduos se encontram ligados por regras gerais e impessoais pré-estabelecidas, numa só palavra, pela lei”, como bem lembra Karel Vasak⁴⁴.

Dessa limitação imposta pela lei, é certo afirmar que se tratam de limites até que se alcancem a possibilidade de exercício dos mesmos direitos pelos outros indivíduos da sociedade, a bem do que já se dispunha na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no art. 4º, que textualizava que “O exercício dos direitos naturais de cada homem

⁴³ Comparato (2016, p. 17).

⁴⁴ Vasak (1983, p. 21).

não tem outros limites além daqueles que garantem aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados pela lei”.

Contudo, bem ressalta Vasak que a lei já não se mostra descritiva da vontade geral como dispunha Rousseau, mas se mostra ainda como o único meio de determinação de regras de convivência e exercício da liberdade, já que emanada de um parlamento eleito pelo povo.

Como se vem tratando na tese quanto ao exercício de um regramento de conduta eficaz com a instituição de um *compliance* eficiente e não meramente textual, da mesma forma se deve ter em mente para o cumprimento do regramento jurídico normativo com garantias eficazes para se ver valer suas previsões.

Não se pode deixar de pequena lembrança fazer que um desses direitos acaba por garantir ao indivíduo sua não concordância com a regra e, por fim, desobedecê-la. Mas, de se ver essa discordância da lei como uma tradução da resistência à opressão havida quando da Revolução Francesa e que teve sua textualização efetiva na Declaração Dos Direitos do Homem de 4 de junho de 1793, que dispunha que: “A resistência à opressão é a consequência dos outros direitos do homem. [...] quando o governo viola os direitos do povo, a insurreição é para o povo e para cada parte do povo o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres”.

Fica a dúvida se uma regra infringe o direito de um povo e, mesmo sendo lei, poderá ela ser negada em seu cumprimento pelos cidadãos?

Nisso, tem-se a impunidade; a inaplicabilidade do numerário público no exercício dos direitos fundamentais do povo entre outras infringências que, ainda assim, não pode justificar um descumprimento voluntário por qualquer pessoa.

A busca pela racionalidade como modelo bem se destaca por inúmeros filósofos, a exemplo de Descartes⁴⁵ no moderno “Discurso sobre o Método” que traça quatro logicidades, assim descrito por Comparato, como:

1) jamais receber por verdadeiro o que o sujeito não percebe evidentemente como tal; 2) dividir cada uma das dificuldades a serem examinadas em tantas parcelas quantas forem possíveis e necessárias para melhor resolvê-las; 3) conduzir ordenadamente os pensamentos, a começar pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, a fim de elevar-se, pouco a pouco, por graus sucessivos, até o conhecimento dos mais complexos; 4) proceder a enumerações completas e revisões gerais, de modo a assegurar-se de que nada foi omitido nessa análise.

Oportuno artigo traçado pela Revista de Informação Legislativa, na pena de Fábio Luiz de Oliveira Bezerra⁴⁶, ao analisar a ética judicial sob três aspectos bem delineados por

⁴⁵ Descartes (apud COMPARATO, 2016, p. 18-19).

Comparato, aponta alguns critérios de ordem subjetiva do julgador, a exemplo de defender o articulista que:

o juízo ético não é realizado apenas pela razão, mas essencialmente pela emoção, pelos sentimentos, haja vista que se está enveredando pelos campos dos valores” e que “até o mundo moderno, principalmente na filosofia grega e na teologia medieval, os valores eram considerados algo de objetivo e geral, sem referência à condição humana. Após a modernidade, podemos dizer que os valores passaram a ser qualidades próprias do ser humano⁴⁷.

Desse modo, tais assertivas se baseiam no que ensina Comparato ao afirmar que “os valores são qualidades do ser, mas que só existem para os homens; são, portanto, realidades intencionalmente humanas”⁴⁸.

Sem embargo ao elencado pelo articulista, de se notar que defende a atuação subjetiva do julgador o que, entende-se, ser algo delicado justamente para a questão da eticidade, o que pode invadir e, em alguns casos, se confundir com a moralidade, uma vez que o julgamento puramente subjetivo afasta a principal ética do julgado que é a imparcialidade muito bem figurada pelas vendas da deusa mitológica grega Têmis:

que por meio da qual a justiça é definida, no sentido moral, como o sentimento da verdade, da equidade e da humanidade, colocado acima das paixões humanas. [...] Numa visão mais moderna, é representada sem as vendas, significando a Justiça Social, para qual o meio em que se insere o indivíduo é tido como agravante ou atenuante de suas responsabilidades. Os pratos iguais da balança de Têmis indicam que não há diferenças entre os homens quando se trata de julgar os erros e acertos. Também não há diferenças nos prêmios e castigos: todos recebem o seu quinhão de dor e alegria⁴⁹.

E tudo isso pelo motivo de que o conteúdo dos autos deve se ater aos critérios processuais de demonstração de direitos e defesas, sem cerceamento a tais atos judiciais sob pena de nulidades.

O exercício ético do julgador está justamente em associar os fatos às normas e, sob tal prisma, ter a observância da dignidade da pessoa humana, lembrando-se que os critérios de aceitação de julgados estão diretamente ligados às regras recursais e seus limites devendo-se cumprir a coisa julgada.

O julgamento eminentemente subjetivo, como faz crer o articulista, se mostra um papel contrário ao regramento jurisdicional; eis que desse Poder soberano não se presta para

⁴⁶ Bezerra (2010).

⁴⁷ Bezerra., p. 270.

⁴⁸ Ibid., p. 270.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal - STF (2018).

assistencialismos mas sim pela observância da ética entre fato e norma, cabendo a um outro Poder, o Legislativo, editar normas que tragam critérios assistencialistas e que possam ser julgados perante demonstrações para se chegar a essa pretensão e, assim, se observar e fazer valer o critério defensivo da dignidade da pessoa humana.

A exemplo de se traçar o direito de propriedade que é resguardado pela legislação constitucional e infraconstitucional, mas que pode sofrer uma decisão de desapropriação se descumpridos critérios da função social da propriedade, estando diante de uma relativização de um direito que muito se diz ser absoluto; assim, é a lei que quis definir limites ao exercício de direitos e, nesse ponto, o de resolver as questões de abuso ou descaso na observância de tais regras, vislumbrando as consequências do reflexo social e não o reflexo da vontade do julgador, onde vontade não se confunde em nada, ou pelo menos não deve se confundir, com convicção jurídica, esta lastreada em robusto amparo jurídico, ou seja, já previsto na legislação vigente.

1.4 Virtude Política de Montesquieu como fundamento ao exercício de desenvolvimento e controle social

Importa destacar, como já advertido no intróito desta tese, que não se traça conceitos interligados a um período literário, tampouco se revela necessária a unívoca conceituação sobre um determinado assunto, mas sim de se revelar e carrear fundamentos a justificar a necessidade de se observar os regramentos aos atos que se reverterão em consequências socioeconômicas ou, em outras palavras, não se trata de estudo filosófico a um tempo certo, mas sim de resgate às observâncias e interesses filosóficos na obediência à regra em justificativa à integridade, ainda que alguns dos filósofos aqui trazidos nesta tese sejam de períodos e entendimentos frontalmente confrontantes, como Spinoza e Montesquieu.

O iluminista Montesquieu traz verdadeira advertência quanto à compreensão do leitor à obra “Do espírito das leis”,⁵⁰ ao justificar sua conceituação e tradução de virtude, ocasião em que afirma ser o amor à pátria e à igualdade e, ainda, que não se trata de virtude moral ou cristão, mas sim de uma virtude política.

O homem de bem tanto narrado na aludida obra “não é o homem de bem cristão, mas o homem de bem político, [...] que ama as leis de seu país e age pelo amor a tais leis”⁵¹.

⁵⁰ Montesquieu (2003).

⁵¹ Ibid., p. 16.

O princípio da igualdade pelo iluminista citado é o que faz mover o fundamento da democracia em que o povo deve exercer o poder da soberania em toda sua plenitude de correção como se agisse por si mesmo, cujo zelo pelo bem público na república é exercido sem limites e a isso gerava-se a acusação entre pessoas quando um cidadão entendesse existir violação a algum bem público.

A delação naquele período era relatada como algo funesto no sentido de se espalhar discórdias, eis que se valiam disso para se valer de prêmios e honrarias ao apontar pessoas com possíveis crimes praticados.

Contudo, o Estado passa a se organizar de modo a se valer de entes oficiais para formalizar os atos criminosos e adequá-los às leis impostas, executando-as, sem a intervenção do delator que, entendia-se, ser uma figura que somente traria à baila a conduta de outrem por interesse próprio e não pelo interesse público, o que se divorcia da intenção da virtude política.

A preservação do bem e interesse públicos é o que faz o cidadão se valer dessa virtude, tendo a igualdade um meio de exercício de Direitos em que todos possam usufruir das mesmas previsões e, contudo, respeitar as mesmas regras e ter, como consequência, as mesmas responsabilidades, ocasião em que os tratamentos para as sanções serão os mesmos sem distinção, sobretudo, quando se verificar descuidos ou abusos frente à coisa pública.

Esse regramento tem, por Montesquieu, a conceituação da lei como “relações necessárias que derivam da natureza das coisas”, eis que defende a uniformidade e considera que “o povo, quando tem o poder soberano, deve fazer por si mesmo tudo aquilo que possa fazer corretamente; e tudo que não puder fazer corretamente, cumpre que o faça por intermédio de seus ministros”, que “somente lhe pertencerão se ele os nomear”⁵².

A premissa, mesmo trazendo uma lógica a quem pensa de modo ético, merece ser explicada no sentido do preceito de confiança no modo de representação quando assim não puder agir diretamente o cidadão, ou como diz o iluminista, o povo; é certo que a representação se faz por quem exerça influência de confiança, seja pelo modo de agir correto e sincero aos andamentos a que se deve dar pelos preceitos legais, seja pelo que se espera no modo de agir em consonância com tais imposições legais.

A autoridade não é emanada pura e simplesmente por quem a representa nos moldes legais, não se mostra e nem se exerce pela sua vontade própria de representante, mas sim pela vontade do representado, desde que cumprida a previsão legal impositiva, não podendo o

⁵² Montesquieu (2003, p. 24).

representado reclamar por algo a que não se fez em consonância com sua vontade, eis que essa vontade pensada e desejada pode não apontar a luz ao caminho da justiça e da ética.

Do mesmo modo, o representante não pode se curvar à uma vontade ilícita e aética do representado, devendo aquele agir nos ditames cabíveis e previstos, não se deixando influenciar por vontades escusas, ainda que seja ele em cumprimento de mandado.

Mas possível se elevar a dúvida de que se o representante não deve agir pela vontade ilícita ou escusa de seu representante e também não deve agir por sua vontade unilateral, deve-se buscar observar os aludidos preceitos emanados da lei e, sobretudo, da ética em sua atuação.

A essa assertiva em não praticar o que pode se mostra aético, também o seria se há omissão do representante, subordinado ou gestores e controladores em não levar a conhecimento de autoridade o fato corruptivo.

Assim, não basta se negar ao ato, mas deve-se complementar à atuação negativa do subordinado no ato lesivo o de denunciar, combatendo, dentro desse critério ético, o silêncio eis que esse fator omissivo não fará cessar o dano advindo da corrupção.

E a esse critério de se tomar como adminículo ao estudo o que já se posicionou Rodrigo Pironti em afirmar que:

A preocupação ganha relevo quando se verifica que as decisões que responsabilizam gestores e controladores solidariamente o fazem em relação ao controlador, por omissão. É dizer, como regra, os controladores internos são responsabilizados pelos Tribunais por sua omissão em face do ato irregular⁵³.

Algumas atividades não têm mandato eletivo do cidadão, mas está diretamente vinculada à atividade do Estado soberano que tem em seus representantes o exercício desse mandato emanado do povo e que consequencialmente nomeará representantes alçados a cargos por concurso público, como se exerce nas atividades da magistratura, da promotoria de justiça e em cargos de segurança pública.

A condição da segurança brasileira, por exemplo, tem desafiado a questão da sociologia quanto ao enfrentamento dos crimes cada vez mais rotineiros em centros de aparente segurança, ainda que não seja pela efetiva atuação do Estado, mas pela sensação ética da obediência das regras morais a que se espera a sociedade. Contudo, crimes têm ocorrido à luz do dia e sem medida ou respeito ainda que seja à existência de terceiros, quando se nota reação de agentes públicos que não estejam no efetivo exercício de sua

⁵³ Castro (2016, p. 198).

atuação profissional, surgindo à baila a dúvida quanto ao dever de atuação desse representante do Estado em tal circunstância, ou deixar que o fato criminoso se consuma impunemente, tendo como possível resposta a possibilidade, ou não, de ação o que se deve confiar o discernimento a este representante estatal, além de que se pode mensurar sua ação como uma garantia de ação pelo dever legal imposto pela Lei.

1.5 A colonização e a aproximação pela impressão da vulnerabilidade territorial

O período de expansão mercantil dos países ibéricos fez invasões parecerem conquistas e por aqui é pacífico que a inserção portuguesa em terras tropicais se justificou, primeiramente, pela aparente facilidade de angariar riquezas e não especificamente por desenvolver um intento em conhecer as gentes aqui já existentes, tampouco em formar conhecimentos sobre o ambiente, os costumes e crenças.

De início, a própria ostentação dos colonizadores fizeram com que os indígenas aqui existentes demonstrassem surpresa aos animais de criação que não tinham e aos reluzentes colares do Capitão Pedro Álvares Cabral, o que acendeu a gana pela troca do que aqui existia em abundância mas o valor era mensurado pelos colonizadores e a impressão dos capitães era, como sustenta Faoro, de que “havia terras virgens, habitadas de bons selvagens, onde a vida se oferece sem suor”, ao interpretar Pero Vaz de Caminha⁵⁴, e impondo a ideia de que a simplicidade e inocência era moldável vez mais pela religião, notando-se um viés de percepção maliciosa para o domínio territorial de modo astuto.

Essas descrições tomaram fama frente aos que não tinham meios de outro ganho e assim despertava aos olhos aos não tidos pela lida da vida e procuravam facilidades, como bem aponta Raimundo Faoro que escritores europeus vendiam a imagem de um novo mundo “ativando-o, enriquecendo-o de apelos e sugestões, transformando-o num convite a uma larga clientela de desajustados, de desamparados e de excluídos aos bens da sociedade fechada do tempo”⁵⁵, além de apontar a visão de Montaigne quando afirmava-se que as pessoas no Brasil vivia “*en une admirable simplicité et ignorance, sans lettres, sans loy, sans religion quelconque*”⁵⁶, e ainda, completava afirmando que diferente das corrupções que já se notavam no velho mundo, por aqui não havia:

⁵⁴ Faoro (2012, p. 119).

⁵⁵ Ibid., p. 121.

⁵⁶ Montaigne (apud FAORO, Ibid., p. 121).

aucune espèce de trafic; nul cognoissance de lettres; nulle Science e nombres; nul nom de magistrat, ny de superiorité politique; nul usage de servisse de richese ou de pauvreté; nuls contrats; nulles successions; nul partages; nulles occupations qu'oysives; nul respect de parenté que commun; nuls vestments; nulle agriculture; nul metal; nul usage de vin ou de bled. Les paroles mesmes qui signifient la mensonge, la trahison, la dissimulation, l'avarice, l'envie, la detraction, le pardon, inouïes⁵⁷.

Com essas impressões empíricas restava a evidente corrida para o lado de cá do Atlântico ante as facilidades em obter as vantagens ante a falta de reação do povo aqui inerte, e a essa índole populacional, não podia ocorrer outro resultado senão o acolhimento de pessoas interessadas em ganhos sem esforço, trocas escusas e o de acumular riquezas.

O luso-brasileiro Padre Vieira se destacava por seus sermões críticos à imposição despótica de certos setores político na ocasião do século XVII e, por oportuno, se destaca aqui pelos severos questionamentos àqueles que pregavam sem cumprir, de fato, sua obrigação, notando-se contraditórios entre os que impunham e orientavam e o que faziam.

Referidos pensamentos denotavam ao livre-arbítrio a ideia do mal, em contraponto aos atos humanos, eis que se afirmava que o homem feito à imagem e semelhança de Deus que só tem o bem, como seria possível explicar a maldade humana, resposta atribuída ao livre-arbítrio uma vez que o ato Divino busca e se preocupa com a ascensão da alma, enquanto que o ser humano se preocupa na busca de bens materializados que, pela teoria da aparência, se denota o quão importante o ser pode ser pelo ter.

Torna-se crível, portanto, que o interesse do ser humano pela materialização de suas conquistas resulta em procedimentos de força irracionais, gerando afronta aos regramentos existentes e a necessidade de surgirem outros que melhor se adequem à regulamentação dos casos omissos. Contudo, a dúvida ainda permanece quanto aos procedimentos corruptivos na busca do bem material, acarretando ao ser humano a indicação de fatos vistos na esfera do mal, podendo-se concluir que o livre-arbítrio é a escolha do homem em seguir, ou não, os ensinamentos Divinos, e ao se negar tais critérios, o mal é visto como uma escolha consciente.

1.6 Cultura histórica no Brasil a partir do “homem cordial” e “os donos do poder” em Sergio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro

As atividades empresariais e administrativas brasileiras passam por profunda transformação em seu comportamento ético, buscando no *compliance* uma espécie de solução aos atos que se mostram desobedientes às regras até então previstas.

⁵⁷ Montaigne., p. 121.

Cediço é que o lastro ético em atividades público-privadas se mostra maculado há tempos e muito bem ilustrada pelo homem cordial na obra literária *Raízes do Brasil*, e as recentes ocorrências político-jurídicas, mostram a transição por que passa o Brasil.

A Lei nº 12.846/2013, trouxe interessante inovação em não acobertar os diretores da pessoa jurídica pelos ilícitos comprovados, eis que contempla sanções também a seus dirigentes (art. 3º.), limitando a responsabilização até sua participação (§ 2º.).

Contudo, tal dicção legal acerca da responsabilização de representantes e administradores já se contempla junto ao Código Civil a exemplo dos artigos 50 e 118, bem como estende por 2 (dois) anos a responsabilização a ex-sócio ou cedente de cota empresarial como aludido pelo parágrafo único do art. 1.003 do diploma civil.

Importante reforçar o critério elástico da Lei Anticorrupção, dissociando as esferas administrativas e judiciais (art. 18) que, por lógico, não visa limitar ou impedir responsabilização e sanção em eventual apuração por ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), ilicitudes em licitações e contratos da administração pública (Lei nº 8.666/1993).

Além disso, o CADE, com notório e amplo aspecto ético na área concorrencial, instituiu um Programa de Leniência nos termos da Lei nº 12.529/2011, incentivando a boa imagem da empresa.

As atividades empresariais têm passado por importantes transformações éticas, sobretudo, quando se relaciona a entes públicos que de modo geral aos olhos do cidadão podem ocorrer atos escusos, como vêm sendo reiteradamente veiculado na imprensa brasileira.

A exemplo de atos de algumas empresas de infraestrutura que são apontadas como sustentáculos de esquemas de propinas, também há o episódio do desastre do rompimento da barragem de empresa do ramo minerário em que vitimou a o meio ambiente e moradores próximos que acabou por surpreender a população visto que a empresa responsável pelo dano socioambiental havia recebido inúmeros prêmios no ano anterior cuja mensuração tratou-se do crescimento no mercado e rankings do ramo de atuação a que está ligado sem, no entanto, apontar índices de sustentabilidade.

Desses fatos recentes, a pergunta que se faz é se tais situações ocorrem por falta de legislação e, por conseguinte, geram a impunidade ou se é resultado de mero descaso do poder público a quem deveria fiscalizar ou, ainda, uma rede de propinas entre os entes envolvidos.

Por conta dessas questões é que o *compliance* vem ganhando terreno no mundo corporativo, mas ainda tem pouca aplicabilidade jurisdicional.

Na tentativa de responder a questão retro apontada, é de se observar que a legislação brasileira tem concretas previsões aos exemplos aqui explicitados, no entanto, tal fator legislativo, por si só, não tem se mostrado suficiente para que as atividades humanas de um modo geral e que envolvam tanto pessoas físicas quanto jurídicas padecem de uma mácula crônica, a saber, a corrupção travestida de facilidades, sejam ilícitas ou omissivas.

A ilicitude, de um modo simplista, é toda atividade que afronta a previsão concreta da lei e, quase que na totalidade dos casos, intencionalmente e, quando assim não se mostra, ao menos acredita-se estar agindo de modo intuitivo.

A omissão se acoberta do célebre jargão de “brecha na lei” que, aos que se arvoram eruditos lançam também a notória escusa para a interpretação jurídica, de que o Direito não é uma regra unívoca e que o exercício hermenêutico é um caráter indispensável para se chegar ao que se pretende, ou não.

Mas nem toda aparente falta de previsão legal merece ter amparo da hermenêutica que se mostra como um sério e necessário instituto jurídico para justamente evitar as chamadas “brechas” legais e fazer com que a jurisdição se exerça de modo mais equânime e que o dissenso não seja um fator desagregador para a busca do Direito.

O meio hermenêutico como um meio interpretativo de modo simples é salutar ao exercício jurídico e não como meio de se evitar ou justificar uma eventual e pretensa inaplicabilidade da lei, ou seja, deve-se buscar a aplicação da lei, mas de modo que se adeque à busca da paz social, evitando danos de qualquer ordem.

Contudo, a atuação escroque de certas pessoas físicas por si própria ou em nome de terceiros ou em representação às pessoas jurídicas fazem com que o representado responda pelos danos causados até o limite que lhe favoreceu como bem observa o art. 116⁵⁸ do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), mas nem sempre a atuação do representante traduz, de fato e de Direito, a manifestação de vontade do representado.

O mesmo se nota quando Sérgio Buarque de Holanda bem apontou em *Raízes do Brasil* um meio de se buscar trocas de favores, principalmente no âmbito da administração pública, com intuito eminentemente pessoal.

Essa “cordialidade” é o ponto primordial das mazelas a que se busca retratar aqui; é a hermenêutica ruim e propositadamente alegada mesmo quando há uma norma expressa e empírica sobre atos já praticados; é a mudança contraditória para atos anteriormente praticados; é a facilidade nos atos públicos para o desembaraço aos fatos daqueles que

⁵⁸ Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

descumprem e desobservam as regras *erga omnes*, e de todos esses exemplificativos apontamentos é que reinam as facilidades erradas e que geram danos sociais.

Referida realidade vem de longa data, desde a corte lusitana quando já formados estavam os pleitos às cadeiras legislativas e executivas em que se via a ocupação a tais vagas não pelo voto especificamente da pessoa do candidato mas decididamente pela pessoa a quem pediu o voto, gerada pela influência ou situações de imposição, e nesse sentido, Raymundo Faoro lembra que:

Afonso Celso, deputado de 1881 a 1889, desde primeira eleição sob a lei Saraiva até à queda da monarquia, confessa que sua carreira deve-se exclusivamente ao patrocínio de sua pai, o visconde Ouro Preto. “Por si só, - escreve lealmente - independente de qualquer patrocínio ou auxílio, ninguém jamais, em parte alguma, começou a vida pública. Que é uma candidatura séria? É aquela que foi sugerida ou adotada por uma ou muitas influências locais ou gerais.”⁵⁹

De se notar que o voto sequer é confiado ao candidato efetivamente, mas é angariado exclusivamente por terceiro que expões sua condição política e de prestígio para pleitear o sufrágio para alguém de seu interesse.

⁵⁹ Faoro (2012, p. 441).

2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E LIBERDADE

2.1 Ética como compromisso: investimento e proliferação como cultura na atuação empresarial: RSE europeia, PRSA, gestão pública e privada

O desenvolvimento econômico no Brasil traz explícita previsão na CF/88, junto ao art. 170, para que se justificasse o crescimento social a todos os cidadãos cuja ordem econômica se funda pelo desenvolvimento e valorização do trabalho e livre iniciativa condicionados à observância de princípios constitucionais como livre concorrência e defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, entre outras previsões, mas as que aqui se concentram apontar se revestem do caráter do objetivo da tese em restabelecer os critérios éticos ao desenvolvimento econômico em atividades relacionadas ao meio ambiente.

A ética como premissa para as atividades empresariais, ambientais e legais merecem maior enfoque para um correto e melhor desenvolvimento interdisciplinar e que decorram das atitudes dos responsáveis por tais atividades como um exemplo a ser seguido, contemplando uma nova ética como essência humana, como afirma Zildo Gallo⁶⁰.

O *compliance* tem em sua estrutura uma verdadeira função empresarial e construtiva ao desenvolvimento socioeconômico e da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA) e que se justifica no meio econômico empresarial como exposto por Katharina Wulf ao entender que a empresa é atrativa “se for transparente nas suas práticas, agir de acordo com as leis e poder apresentar-se, em geral, como uma empresa ética”.⁶¹

A questão de responsabilidade social empresarial vem como um preenchimento de uma lacuna há muito discutida e sem que se encontrasse uma forma sustentável de se suprir referida situação, e a União Europeia, como localidade de antecipada preocupação com referido assunto, e quando da estada para pesquisa na Universidade de Coimbra, logrou-se êxito em localizar alguns trabalhos do assunto cujo aspecto de maior relevância é o de ter um maior desenvolvimento da sociedade empresária se esta se mostrar preocupada e vinculada por um programa de responsabilidade em que esteja voltada a uma demonstração de métodos sustentáveis como uma resposta a uma nova exigência globalizada a que se surgia na ocasião, quando em 2001 a Comissão Europeia lança o Livro Verde para que se promovesse uma economia europeia “[...] baseada no conhecimento mais dinâmico e competitivo do mundo,

⁶⁰ Gallo (2007, p. 118).

⁶¹ Wulf (2012 apud PIZARRO, 2016, p. 13-14).

capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos, e com maior coesão social [...]”⁶².

É certo que a nova visão da empresa tem uma mudança no comportamento dos que nela atuam, bem como dos que com ela buscarão ter uma relação, seja de consumo, seja laboral e dessa ideia a União Europeia, desde 2001, traz duas dimensões, uma interna e outra externa, para que se concretize a adequação da nova realidade de responsabilidade social.

A Dimensão Interna abrange a Gestão dos Recursos Humanos; a Saúde e Segurança; a Adaptação à mudança; a Gestão dos Recursos Naturais e o Impacto Ambiental; e a Dimensão Externa, a Comunidade Local; os Direitos Humanos; as Preocupações Ambientais Globais; e os Parceiros Comerciais, Fornecedores e Consumidores⁶³.

Desse enfoque em dimensões, de se notar a necessária mudança de dentro para fora, em nada adianta ou favorece expor externamente algo que ou não se sustenta de imediato, ou se reverterá em fracasso decorrente de um erro ou problema mais adiante em total dissonância com o que se expõe, como o caso da mineradora Samarco em que teve prêmio de excelência em sua atuação e modo de gestão, quando protagonizou um dos maiores desastres ambientais do Brasil em 2015, como melhor se demonstrará em outro momento nesta tese, e o caso mundialmente notório do *Dieselgate* da Volkswagen que manipulou dados de emissão de poluentes dos veículos da marca (Volkswagen, Audi, Skoda, Seat) em 2015, com reais impactos na América do Norte e Europa, principais locais de comercialização dos veículos de combustão à diesel⁶⁴.

Com uma efetiva e real programação de melhorias de sua gestão, certo será que, a partir daí, poderá gerir melhor sua imagem perante a comunidade, terceiros e público-alvo, como premissa de seus atos internamente renovados e autorizados dessa demonstração.

É certo que uma imposição de uma nova realidade e com mudanças não somente comportamentais, mas também estruturais, faz com que a medida não seja vista com tão bons olhos como se devia esperar o jurista e o legislador, como se depreende de pesquisa efetivada em 2005 pelo pesquisador supracitado junto às pequenas e médias empresas de Portugal, a saber:

Ao nível dos principais gestores de PME:

A Responsabilidade Social é entendida de forma vaga, imprecisa ou parcial;

É encarada mais como uma responsabilidade interna com ênfase nos trabalhadores, sendo ao nível externo potenciadora de notoriedade;

⁶² Gaudêncio (2010).

⁶³ Ibid., p. 18-19.

⁶⁴ National Public Radio - NPR (2019).

Maioritariamente entendida como uma vantagem e como factor positivo, tem os custos inerentes de aplicação como principal desvantagem.

Ao nível das práticas no local de trabalho:

A generalidade das PME proporciona formação profissional no local de trabalho;

Existem medidas para proteger a saúde, segurança e higiene dos colaboradores, mas não existem planos ou estratégia previamente definida;

A maior parte das empresas não proporciona ao pessoal ao seu serviço ou à família apoio social complementar;

Existe alguma flexibilidade entre a conciliação da vida profissional com a pessoal, no entanto esta não está presente em todos os níveis profissionais e decorre mais da dimensão reduzida das empresas do que de medidas objectivas de proporcionar melhores condições aos trabalhadores;

Existem défices de comunicação, decorrentes do sistema hierárquico tipo, que dificulta a introdução de medidas de Responsabilidade Social;

A igualdade de oportunidades, nomeadamente ao nível da discriminação segundo o sexo, ainda não é uma realidade, pois existem situações de segregação de mão-de-obra e permanece uma desigual repartição entre homens e mulheres por diferentes postos de trabalho e funções;

A solicitação de trabalhadores deficientes é escassa.

Ao nível das práticas relativas à comunidade local:

A maioria das empresas considera que tem uma boa relação com a comunidade em que estão inseridas;

Os apoios à comunidade local são essencialmente de natureza monetária.

Ao nível das práticas relativas ao mercado:

Existe informação da empresa sobre os seus produtos e serviços de forma impessoal;

Existe pouca abertura ao exterior, a maioria das informações sobre as suas actividades são essencialmente as decorrentes dos imperativos legais;

Existe recolha de informações sobre clientes, fornecedores e parceiros essencialmente através de questionários.

Ao nível das práticas ambientais:

A generalidade das empresas declara que adopta práticas para minorar o seu impacto ambiental;

Esta área é pouco valorizada pelos gestores.

Com o aduzido, de se ver a confirmação da mentalidade do empresário quando se vê frente a uma nova realidade que envolva investimento sem se vislumbrar um retorno de imediato na empresa, sobretudo quando se tenha de mudar estruturas, treinar funcionários e envolver terceiros para que se possa valer dessa estruturação e ter seu resultado em prática, o que não é exactamente a cultura empresarial esposada quando de sua formação, ao menos antes dessa nova visão conceitual social.

É de se notar curioso que as empresas acabam por indicar a adoção de práticas que visem ter menor impacto social e também ambiental, sem que se comprovasse tal efetivação, bastando, em algumas, meramente demonstrar um plano escrito, ou seja, demonstra a existência de um documento de adoção de tais práticas sem demonstrar como se coloca em prática tais indicadores, caso da Samarco, ou manipula dados para informação errada, caso da Volkswagen.

Essa prática se mostra tão nociva quanto a tentativa de se aplicar e não dar certo, eis que se confirma uma tendência antiética de empresa em todos os demais ramos de atuação, eis que se revela uma mentira.

É dessa conduta a que se merece mudar e ter o empenho dos meios legais para que se faça valer um empenho autocrítico e de seu resultado impor suas novas mentalidades, mudando o que precisa ser mudado, desde o material humano até as estruturas materiais para fomentar essa prática.

É do *compliance* esse papel transformador da cultura ética como determinante e condicional para o novo exercício dos negócios; eis que como se nota, a União Europeia na virada do século XX para o XXI se debruçava nesta perspectiva em mensurar os problemas sociais, e neles os ambientais, para que se impusesse uma atuação de conformidade com essa nova e necessária realidade.

No Brasil, as preocupações dessa amplitude também chegaram, ainda que pouco mais tarde, para incutir na sociedade empresária essa amplitude de responsabilidade socioambiental, o que gerou o desenvolvimento em 2015 do “Guia Produção e Consumo Sustentáveis (PCS): Tendências e Oportunidades para o Setor de Negócios”⁶⁵, elaborado em conjunto pelo Departamento de Meio Ambiente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).

A ideia central de se instituir um programa de produção sustentável se mostra crível a medida em que a sociedade deve colaborar para a criação e manutenção de um ambiente menos insalubre para a população e não somente para seus consumidores, como um critério de extensão na preocupação para com “o outro”, onde se busca orientar, em um primeiro momento, na busca de critérios e mecanismos para a produção mais sustentável de modo a minimizar a produção de resíduos sólidos, minimizar o uso de recursos naturais e conservá-los ao máximo, e à correta gestão da biodiversidade e ecossistemas, minimizando assim o impacto ao meio ambiente.

Para que a empresa tenha a mentalidade de mudar seus critérios de produção, é oportuno observar 10 princípios do Pacto Global das Nações Unidas⁶⁶ para a atividade empresarial:

10 PRINCÍPIOS DO PACTO GLOBAL DAS NAÇÕES UNIDAS DIREITOS HUMANOS

⁶⁵ FIESP (2015).

⁶⁶ Ibid.

1. RESPEITAR e apoiar os direitos humanos reconhecidos internacionalmente na sua área de influência;
 2. ASSEGURAR a não participação da empresa em violações dos direitos humanos;
- TRABALHO**
3. APOIAR a liberdade de associação e reconhecer o direito à negociação coletiva;
 4. ELIMINAR todas as formas de trabalho forçado ou compulsório;
 5. ERRADICAR efetivamente todas as formas de trabalho infantil da sua cadeia produtiva;
- MEIO AMBIENTE**
7. ASSUMIR uma abordagem preventiva, responsável e proativa para os desafios ambientais;
 8. DESENVOLVER iniciativas e práticas para promover e disseminar a responsabilidade socioambiental;
 9. INCENTIVAR o desenvolvimento e a difusão de tecnologias ambientalmente responsáveis;
- CONTRA A CORRUPÇÃO**
10. COMBATER a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e suborno.

A Espanha debatia a possibilidade da existência de um código geral para funcionários e servidores para atuação empresarial privada e pública, respectivamente, e concluiu uma gama de diversidades entre as atividades públicas e privadas, mas entendeu-se a possibilidade de se efetivar um regramento baseado em normas orientativas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 1997⁶⁷, denominado como *Código de Buen Gobierno de Gobierno de España*⁶⁸ e devem observar e respeitar:

1. *Transparencia informativa: Los altos cargos proporcionarán información a los ciudadanos acerca del funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados y, cuando realicen campañas de información, lo harán evitando cualquier actuación que las aleje de su contenido informativo.*
2. *Custodia de documentos: Garantizarán la permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables en las tareas de Gobierno.*
3. *Dedicación al servicio público: Los altos cargos de la Administración General del Estado se abstendrán de aceptar cargos y puestos directivos en organizaciones que limitem la disponibilidad y dedicación al cargo político.*
4. *Austeridad en el uso del poder: Los altos cargos evitarán toda manifestación externa inapropiada u ostentosa que pueda menoscabar la dignidad con que ha de ejercerse el cargo público.*
5. *Prohibición de aceptar regalos: Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, pueden condicionar el desempeño de sus funciones. En el caso de obsequios de mayor significación, se incorporarán al Patrimonio del Estado.*
6. *Promoción del entorno cultural: La protección del entorno cultural y de la diversidad lingüística inspirará las actuaciones de los altos cargos adoptados en el ejercicio de sus competencias, así como la protección del medio ambiente.*
7. *Protección y respeto de la igualdad de género: En la actuación administrativa y, particularmente, en la adopción de decisiones velarán por promover el respeto a la igualdad de género, removiendo los obstáculos que puedan dificultar la misma.*

⁶⁷ OCDE (1997 apud VILLORIA, 2011, p. 196).

⁶⁸ Ibid., p. 197-198.

8. *Objetividad: La actuación de los altos cargos se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas o cualesquiera otras que pueden colisionar con este principio. Se abstendrán de todo tipo de negocios que puedan comprometer la objetividad de la Administración.*

9. *Imparcialidad: Em sua actuación se abstendrán de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.*

10. *Neutralidad: No influirán en la agilización o resolución de trámites o procedimiento administrativo sin justa causa.*

A crítica doutrinária ibérica a este código supra transcrito é de que referidas regras não se mostram sancionadoras, notando meramente orientações de conduta, contudo há a previsão no conjunto documental de que o *Ministro de Administraciones Públicas* remeterá a um *consejo de Ministros*, anualmente, um informativo quanto aos descumprimentos aos referidos princípios éticos para uma correta observação à uma eventual necessidade de alteração do código de conduta, bem como em propor medidas sancionatórias cabíveis como meio de garantir a objetividade das decisões, sendo que referida conselho “*adoptará las medidas oportunas*”⁶⁹.

Referida posição se amolda ao que se defende nesta tese quanto à premissa de que se criem normas de integridade calcadas na ética e na boa-fé para que as relações sejam independentes, contudo, de se merecer ter uma previsão sancionatória para que, em um primeiro momento, sejam as partes envolvidas detentoras de seus próprios mecanismos para resolução dos conflitos surgidos, sendo relegado ao poder estatal a tomada de decisões quando por descumprimento voluntário das regras então definidas pelas partes.

A legislação brasileira não se omite na previsão de políticas públicas para que a empresa se insira em referidos aspectos e se adeque de modo correto para uma prática sustentável e que traga à empresa uma conduta de inserção social (vide anexo A de legislações aplicáveis).

Já se mostra pacífico o entendimento cultural quanto à necessidade de uma nova relação empresarial com a sociedade, e quem não se atentar a essa nova realidade não estará frente aos procedimentos de mercado, sendo essa uma nova necessidade e novo critério de seleção da imagem da empresa.

A Lei nº 12.846/2013, com vários adjetivos (Anticorrupção, Empresa Limpa, Antiimprobidade, entre outras) se mostra cada vez conhecida e, desse modo, acaba por impingir às sociedades privadas e públicas, bem como a seus gestores, uma nova cultura procedimental e, por que não dizer cultural.

⁶⁹ Villoria (op. cit., p. 200, nota 65).

A essa assertiva, de se notar que referida previsão legislativa traz um importante marco à inserção da integridade das sociedades e, por consequência de seus gestores.

Como se defende nesta tese, a linha de raciocínio é a de ter uma previsão legal para atuação íntegra sem a necessidade de imposição tutelada, ou seja sem a necessidade de imposição pelo Estado através do Poder Judiciário, já que se faz referida imposição pela lei e assim a sociedade se adequa aos seus impositivos.

Não é algo impossível de se fazer, e muito menos difícil, embora o ceticismo ainda impero por várias vertentes, e assim de se acreditar em tal normativa ética, pois ainda existem muitas pessoas éticas no meio corporativo e outras ainda em formação, já devem ter acesso a essas previsões legislativas e doutrinárias e, desse modo, formar seu caráter de gestão.

Bem observa Wagner Giovanini⁷⁰, ao lembrar que referida lei não tem em seu texto qualquer imposição de se obrigar a empresa em proceder a existência e implementação de mecanismos de integridade, mas sim o de majorar a sanção pecuniária pela inexistência destes mecanismos.

Por conta disso, a leitura majoritária dessa particularidade, fez crer que a lei impusesse, de modo direto, a criação de tais mecanismos de integridade, mas na verdade, em caso de intervenção jurisdicional, as atenuações eventualmente possíveis não terão acatamento por falta da implementação desse mecanismo.

Em conjugação paralela a esses critérios, fora criado a Lei das Estatais (Lei nº. 13.303/16)⁷¹ e prevê explícita e diretamente às empresas públicas e mistas a criação de regras estruturais, práticas de gestão de risco e controle interno; a elaboração e divulgação de um código de conduta, com delegação expressa de fiscalização pelo alto escalão diretivo, tudo pautado pela ética como medida obrigacional⁷².

⁷⁰ Giovanini (2019).

⁷¹ Brasil (2016).

⁷² Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam:

I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno;

II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos;

III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

§ 1º Deverá ser elaborado e divulgado Código de Conduta e Integridade, que disponha sobre:

I - princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude;

II - instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta e Integridade;

III - canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta e Integridade e das demais normas internas de ética e obrigacionais;

IV - mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que utilize o canal de denúncias;

V - sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e Integridade;

Igual medida quanto à ética, gestão de riscos e integridade gerou a assinatura presidencial do Decreto nº. 9.203, de 22 de novembro de 2017⁷³, em que trata da atuação ética⁷⁴ diretamente no texto normativo no inciso III do artigos 5º e inciso I do artigo 18, que preveem, respectivamente, mecanismos para correta e eficazmente gerir possíveis riscos quando da atuação que envolvam dispêndio de recursos públicos e exerçam controle e fiscalização mediante auditoria independente e nos ditames ético profissionais.

Ainda, no referido Decreto nº. 9.203/2017 há expressa determinação da instituição de programa de integridade dos órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional⁷⁵.

As políticas e mecanismos de integridade se valem de meios procedimentais para uma boa gestão não apenas ao que se refere ao desenvolvimento fim da atividade, seja pública ou privada, mas de que tais atuações meio sejam destinadas a um padrão moral universal e com observância à dignidade de todos em especial quando tais atos afetem um bem-estar coletivo, sempre de modo a prevenir a corrupção, uma vez que sem essa preocupação, todo o

VI - previsão de treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta e Integridade, a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, a administradores.

§ 2º A área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos deverá ser vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário, devendo o estatuto social prever as atribuições da área, bem como estabelecer mecanismos que assegurem atuação independente.

§ 3º A auditoria interna deverá:

I - ser vinculada ao Conselho de Administração, diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário;

II - ser responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

§ 4º O estatuto social deverá prever, ainda, a possibilidade de que a área de compliance se reporte diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

⁷³ Brasil (2017).

⁷⁴ Art. 5º São mecanismos para o exercício da governança pública:

III - controle, que compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos.

Art. 18 A auditoria interna governamental deverá adicionar valor e melhorar as operações das organizações para o alcance de seus objetivos, mediante a abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, dos controles e da governança, por meio da:

I - realização de trabalhos de avaliação e consultoria de forma independente, segundo os padrões de auditoria e ética profissional reconhecidos internacionalmente;

⁷⁵ Art. 19. Os órgãos e as entidades da administração direta, autárquica e fundacional instituirão programa de integridade, com o objetivo de promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas à prevenção, à detecção, à punição e à remediação de fraudes e atos de corrupção, estruturado nos seguintes eixos:

I - comprometimento e apoio da alta administração;

II - existência de unidade responsável pela implementação no órgão ou na entidade;

III - análise, avaliação e gestão dos riscos associados ao tema da integridade; e

IV - monitoramento contínuo dos atributos do programa de integridade.

regramento estar-se-ia sofrendo uma inércia prática com resultado inverso de todo o pretendido por tais políticas de integridade.

2.2 Liberdade de empresa e livre iniciativa

A linha de raciocínio da liberdade no tocante à prática comercial, remonta às dicções de Raymundo Faoro ao apontar que o que se chamou de “capitalismo politicamente orientado”, que seria a relação com a colonização e as conquistas dela derivadas, ao “capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições”⁷⁶, e dessa premissa é que se busca a base para justificar a liberdade de atuação empresarial decorrente da liberdade de escolha em que ramo e área atuar e sua forma, sendo certo, contudo, que essa liberdade deve ter amparo e observância na norma, critério essencial à metodologia de atuação empresarial e toda a atividade que requer critérios de relacionamento entre as pessoas ou entes envolvidos.

É certo ainda, como bem tratou o autor supracitado, de que a

liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a lei, como expressão da vontade geral institucionalizada, limita o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legitima as relações entre os dois setores, agora rigidamente separados, controláveis pelas leis e pelos juízes⁷⁷.

De se notar que a preocupação desde a previsão da obra na década de 1950, é a de garantir ao indivíduo a aquisição e de disposição de seus bens e de se notar uma premissa literária ao verificar que o autor estampa uma intervenção estatal às avessas quando, em vez de se notar a dicção de que o Estado é detentor da imposição extrema de controle, de se notar que a atividade estatal se limitará nas acepções do escopo literário e nos termos que nele se prevê e que podem ser previstos quando da assunção contratual e, se descumpridos e forem suscetíveis de danos e prejuízos sem reparação espontânea, poderá se socorrer do Judiciário.

Tratar de liberdade de empresa envolve, por sabido, dois riscos inerentes a qualquer ato empresarial, eis que de trato público, seja pelos que nela se juntam pela *affectio societatis*,

⁷⁶ Faoro (2012, p. 819).

⁷⁷ Ibid., p. 820.

seja pelo relacionamento com o público propriamente dito que busca se valer dos serviços ou produtos elencados pela atividade empresarial junto ao mercado em que os oferta.

Como atividade de maior relevo junto ao meio empresarial se nota a sociedade anônima em que os que nela se associam têm a proteção jurídica de não se responsabilizar além de suas cotas adquiridas ou subscritas, sendo limitada à integralização efetivada, gerando a responsabilização limitada a tal situação.

O administrador é o elo entre os interesses da empresa por ele exteriorizado com os que com ela contratam e, por isso, geram deveres de conduta que necessita o acautelamento justamente por essa atuação em nome da empresa, cujos atos reverterão ao bom ou mau nome da companhia.

A essa responsabilização da pessoa jurídica pelos atos do administrador, justifica-se pela culpa *in elegendo*, onde aquele que escolhe seu representante responde pelos atos de seu escolhido e isso pelo motivo de que a escolha de seu representante não deve se abster das responsabilizações a que estaria adstrito o próprio proprietário das cotas, sob pena de se valer de administradores para simulação de atos que, se improcedentes, estariam isentando o sócio cotista, o que faria apenas para auferir a positividade e sucesso de tais atuações. Assim, o sócio cotista e a pessoa jurídica em geral estarão responsáveis pelos bônus e também pelos ônus decorrentes de seus atos e dos que os representem.

De se notar, em tese, que a representação somente obrigará o representado nos limites dos poderes outorgados; contudo, ainda que a atuação ocorra em frontal conflito de interesses entre representante e representado, este último poderá ser responsabilizado se evidenciado estiver ter ele auferido benefícios de tal ato de representação. A isso se justifica para se evitar o acobertamento de ilicitudes como se aduziu supra, e também para unificar o entendimento jurídico a estas representações.

Afeto ao objetivo da tese de se demonstrar a ética nas atuações empresariais cujas atos se coadunam com as regras previstas e impostas de modo *erga omnes*, o Código Civil de 2002 já transmite aos que nele se amparam alguns artigos cuja responsabilização se mostra clara, evidente e impositiva como o art. 50 e os que descritos no Capítulo II Da Representação, art. 115 a 120 do Código Civil.

Inicialmente, de se justificar a diferenciação apontada na parte metodológica quanto à problemática da hermenêutica explicativa e a compreensiva.

Com muita propriedade é de se notar a itemização na obra Curso de Direito Constitucional do jurista Gilmar Mendes⁷⁸, ao citar Dilthey quanto à compreensão de objetos culturais em que se busca compreender o “significado das ações ou das criações humanas”.

A compreensão metodológica é ainda explicada aos objetos como próprias da ciência do espírito, como chama o aludido jurista, traz clara conceituação ao tema de Carlos Cossio⁷⁹:

[...] enquanto a explicação prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento e partida [...], a compreensão, ao contrário, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por explicação, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um recomeço e não aumenta o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido. Diversamente, tal como ao se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda à outra – verificamos que todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o mais adiante.

Desse modo, de se notar que a compreensão é o método de reanálise dos estudos já realizados sobre um assunto e, com tal exercício hermenêutico, busca-se uma nova roupagem interpretativa a se acrescer novos critérios de análise de modo a complementar os critérios pretéritos, não de modo a excluí-los ou modificá-los, mas sim, de modo a complementá-los, como bem preceitua o jurista já apontado supra ao citar Radbruch⁸⁰, que afirma que “a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro”.

Da mesma maneira, também transcrito pelo jurista Gilmar Mendes, o autor espanhol Josef Esser⁸¹ ensina que:

O sentido supra histórico de uma obra de espírito é recriado a cada geração” e “A história de uma ideia jurídica não chega ao seu fim [...] pelo fato de ter sido concretizada em uma lei, a história ulterior de suas diversas interpretações [...] não é somente a história das errôneas maneiras de entendê-la.

De se notar, portanto, que o objeto, e conseqüente ideia central, é a de carrear novas perspectivas à previsão da liberdade de empresa e se a solução dos conflitos de interesses deve, sempre e unicamente, passar pelo crivo jurisdicional ou se as partes, sobretudo a que de fato gerou danos decorrentes de seu próprio ato, devem se ater à resolução de seus conflitos

⁷⁸ Mendes (2009, p. 54).

⁷⁹ Cossio (apud MENDES, *ibid.*, p. 55).

⁸⁰ Radbruch (apud MENDES *ibid.*, p. 274).

⁸¹ Esser (apud MENDES, *op. cit.*, p. 329, nota 58).

consubstanciados nas previsões do *compliance* associado à ética dos atos estipulados consensualmente.

O art. 170 da CF/88 garante o exercício do incremento da ordem econômica por observação da livre iniciativa (inciso I), bem como o exercício de qualquer atividade econômica, mesmo que sem autorização do poder público, salvo nos casos expressamente impostos legalmente (parágrafo único), tendo relação com a livre concorrência.

Contudo, há distinção efetivada pela doutrina e que é possível afiançar que a livre iniciativa é a liberdade de escolha profissional e sua consequente projeção do que se gerou e colocou em circulação de modo a auferir os bônus de tal atividade, ou seja, trata-se de liberdade de buscar um meio produtivo e dele lograr o êxito dessa atividade; por outro lado, a livre concorrência se mostra diretamente relacionado ao meio econômico onde o meio produtivo decorrente, portanto, da livre iniciativa, se mostra flexível à fixação de regras para a colocação de produtos e serviços no meio consumerista sem uma direta intervenção impositiva do ente público, salvo nas questões de abuso de direito e notória afronta aos regramentos que possam influir na escolha da coletividade, destinatário final dessa cadeia produtiva e como consequência gerar lucros de modo infringente à lei.

Dessas assertivas, lúcido asseverar que uma liberdade decorre de outra e são, portanto, intrínsecas eis que sem a liberdade em escolher o ramo de atuação e seus meios de produção, é certo que não há como participar da concorrência e competir com outros entes privados que exercem a livre iniciativa e a liberdade concorrencial.

Pelas descrições das liberdades que se asseverou, de se concluir que a intervenção estatal merece ser vista com cautela quanto ao efetivo exercício de escolha de ramo de atuação e sua prática, sendo certo que as previsões legais previamente descritas à livre observância a tais escolhas e atuações são cabíveis, cogentes e necessárias à essa prática, o que, defende-se não ser necessária tal intervenção direta e irrestrita no exercício dessas atividades, cabendo às partes quando envolvidas solucionarem entre si os conflitos havidos dessa relação econômica, podendo-se buscar a intervenção estatal em última análise, por provocação da parte que entende estar privada de algum direito estampado em lei ou quando há evidente e frontal infringência legislativa.

De notável interesse jurídico compreender que a intervenção estatal se presta desde o início de uma *affectio societatis*, eis que para sua regulamentação deve-se estar frente às previsões legais; estar amparado por advogado e efetivar o registro da sociedade comercial nas juntas comerciais e as sociedades civis nos cartórios de registro civil e pessoas jurídicas como bem preceitua o art. 114 da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015 de 31 de dezembro

de 1972), a fim de se dar a formalidade do início da pessoa jurídica, suas obrigações, direitos, seus sócios, administradores, cotas, subscrições, alterações, domicílio, entre outras descrições que deem à sociedade a validade jurídica, cujas imposições decorrem de lei. Certamente e, desse modo, se nota a intervenção estatal no surgimento e regularização desse ente que poderá se valer dos critérios constitucionais de livre concorrência e livre iniciativa, e nem poderia ser diferente, eis que a lei é fator de controle social para a participação dos preceitos também legais de livre atuação econômica, diverso do que se busca justificar com a atuação da empresa no cenário econômico de modo a se evitar as situações de infringência às regras anticorrupção, regras antitruste e demais situações que pudessem gerar danos aos que com ela se envolvem no trato comercial.

2.3 *Compliance* como fator de intervenção mínima do estado: garantia do desenvolvimento dos atos jurídicos

A atuação do Estado nos envolvimento privados tem como resposta não só à atuação do poder-dever jurisdicional, mas também por uma crise do próprio Estado como bem assenta o sociólogo e jurista coimbreense Boaventura Sousa Santos quando aponta que “o crescente protagonismo dos tribunais é, antes de mais, o sintoma de uma dupla crise do Estado: como centro de regime democrático, a contas com uma crise de legitimidade, e como Estado-providência incapaz de manter altas expectativas dos cidadãos a seu respeito”⁸².

A crise, de se dizer, é da sociedade, parte do Estado, em não conseguir manter o cumprimento das vinculações contratuais, sejam públicas ou privadas, bem como em se notar a prevalências de interesses pessoais em não conseguir fazer valer os pactos, culminando na busca do Estado-juiz para dirimir tais conflitos.

Contudo, a preocupação do missivista supra transcrito é o de como fazer valer a especialização desse Estado-juiz nas mais variadas vertentes a que se relaciona a sociedade em tempos de globalização; eis que as relações se mostram em dimensões sociais, além da atuação comum da resolução de conflitos, e cita o que se chama de tribunais transnacionais a exemplo do ambiente europeu como o “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, cujas decisões têm forte impacto de desenvolvimento de políticas públicas de natureza financeira, comercial, ambiental, de proteção de direitos sociais e humanos”, tendo como uma divisão a

⁸² Santos (2002 apud GOMES, 2018, p. 238).

função política apontadas por Boaventura que decorre de controle social, mas de questões especialmente envolventes a:

crimes cometidos por pessoas com relevância política, da sua mobilização para a afirmação de direitos fundamentais (expansão do judiciário para áreas típicas da ação governativa), cada vez mais precarizados, e do escrutínio sobre a ação política através de crescente transferência para o campo do judiciário da resolução de problemas de natureza política - fenómeno conhecido por *judicialização da política*, de que a crise da Catalunha é um exemplo⁸³ – colocando sob stress institucional o princípio da separação dos poderes⁸⁴.

De se notar, portanto, que a crescente atuação do Judiciário no consequencialismo político é crescente e tem formado inúmeras críticas, positivas ou negativas, variáveis em cada País a que se submete e que influência traz para a democracia, quando a autora aponta que, em 1995, referida atuação fora vista como antidemocrática no Canadá, do mesmo modo que em outras atuações nacionais a expansão da jurisdição se mostre bem-vinda quando traz forte expectativa na defesa dos interesses fundamentais. Mas qual jurisdição pode se fortalecer se não for para garantir a estrita observância aos direitos fundamentais?

A linha limítrofe desse protagonismo jurisdicional na democracia se fará com a demonstração da “cultura judiciária” de cada localidade a que a autora faz quanto à qualidade na formação dos atores atuantes na justiça, desde sua formação jurídica inicial quanto com a formação contínua, cuja conclusão da aludida jurista lusitana é a de que não se deixe esquecida a “noção de direito enquanto fenómeno social, bem como a essencialidade de conhecer a sociedade, não como apêndice, mas exatamente como constitutiva do direito”⁸⁵.

É dessa fonte que se parte a presente tese, a de ter a formação consubstanciada na essência da relação jurídica e não meramente judicial, para que as partes envolvidas encontrem na relação uma autorregulação de suas atitudes e resoluções, relegando à jurisdicionalidade somente as questões de ordem pública e que envolvam pretensões punitivas do Estado.

⁸³A Procuradoria-Geral espanhola, seguindo instruções do governo, acusou e pediu a prisão preventiva pela prática dos crimes de “sedição, rebelião e desvio de fundos” de vários membros dos partidos independentistas da Catalunha (Partido Democrata Europeu Catalão e Esquerda Republicana da Catalunha), que o tribunal decretou. Josep Ramoneda, em artigo publicado no jornal *El País*, de 24 de março de 2018, sintetiza bem a judicialização da política que se vive na Catalunha: “desde o primeiro momento, Rajoy optou por não assumir as suas responsabilidades políticas transferindo-as para o campo do judiciário e agora pagam-se as consequências. Um problema político transformou-se num problema judicial escapando ao controle de Rajoy. Quem marca a agenda política não é o governo espanhol, mas sim o juiz Llarena” (Ramoneda, 2018, tradução da autora).

⁸⁴Gomes (op. cit., p. 238-39).

⁸⁵Ibid., p. 255.

De igual posição, pode-se tomar uma importante constatação um professor de universidade canadense *Osgoode Hall Law School of York University*, Peer Zumbansen⁸⁶:

The emergence of private authority in global governance - as expressed in areas such as trade agreements, rating agencies, product safety, standardization or the lex mercatoria - constitutes a significant challenge for constitutional thought. These regulatory regimes in the transnational arena reflect, on the one hand, on a fundamentally changed role of the state in the exercise of 'public' governance, the origins of which have to be seen, firstly, in a transformation of the international context and in the inner-state shift 'from government to governance'. Secondly, these changes are associated with the emergence of norm-making processes, institutions of rule creation, as well as implementation and adjudication which scholars are struggling to recategorize. Negotiating their allegedly 'autonomous' nature 'without' or 'beyond' the state, lawyers, political philosophers and sociologists are equally faced with the following question: "Is constitutional theory able to generalize the ideas it developed for the nation state and to respecify them for today's problems? In other words, can we make the tradition of nation-state constitutionalism fruitful and redesign it in order to cope with phenomena of privatization and globalization"⁸⁷?

O questionamento feito pelo jurista da universidade canadense é de importante papel para a instituição dos regramentos normativos de integridade, que que o relacionamento global seja de empresas privadas, seja entre estas e o ente público, de se conceber a ideia de que alguns regramentos constitucionais poderiam se contrapor a tais normativas e, se isso se vislumbrar, qual procedimento deveria ser verificado, ante a soberania de uma norma constitucional.

Dessa assertiva, quanto à vulnerabilidade da soberania constitucional do País que regram suas condutas de integridade, confirma tal fragilidade o autor espanhol Francisco Jiménez García quando afirma uma importante constatação que “*estos procesos regulamentarios plantean problemas de legitimidade cuando se incardinan en los sistemas constitucionales nacionales de forma automática o cuasi-automática em virtude de la naturaliza internacional de la norma em cuestión*”⁸⁸, ou seja, haverá uma vulnerabilidade

⁸⁶ Zumbansen (2011).

⁸⁷ O surgimento da autoridade privada na governança global - expressa em áreas como acordos comerciais, agências de classificação de risco, segurança de produtos, padronização ou *lex mercatoria* - constitui um desafio significativo para o pensamento constitucional. Esses regimes regulatórios na arena transnacional refletem, por um lado, um papel fundamentalmente modificado do Estado no exercício da governança “pública”, cujas origens devem ser vistas, em primeiro lugar, em uma transformação do contexto internacional e na mudança interna do governo para a governança. Em segundo lugar, esses modificadores estão associados ao surgimento de processos normativos, instituições de criação de regras, bem como à implementação e adjudicação, que os acadêmicos estão lutando para recategorizar. Negociando sua suposta natureza 'autônoma' sem 'ou' além 'do Estado, advogados, filósofos políticos e sociólogos enfrentam a seguinte questão: "A teoria constitucional é capaz de generalizar as ideias que desenvolveu para o Estado-nação e de respeitá-las? Para os problemas de hoje? Em outras palavras, podemos tornar frutífera a tradição do constitucionalismo do Estado-nação e redesenhá-la para lidar com os fenômenos da privatização e da globalização?"

⁸⁸ García (2015, p. 26).

nacional se imposta regras oriundas de normas estrangeiras e que tenham eventual conflito conceitual e procedimental.

A problemática tem razão de ser, mas de modo inverso, acredita-se, pois, que ao se reger as atividades criando-se um procedimento de integridade, de início a observância às cláusulas pétreas de uma norma constitucional devem ser primeiramente observadas, sob pena de se ofender uma soberania nacional o que se abriria um perigoso precedente para descumprimentos dessas normativas e sem poder ter algum fomento moral e ético a justificar decisões sancionatórias e impositivas de cumprimento.

De se discutir a formação da empresa com os critérios de *Compliance* sobretudo com eficiente desenvolvimento do regramento de auto verificação de situações discordantes com as imposições de seu próprio sistema de controle, sem a necessidade de se recorrer ao judiciário para a solução do conflito existente, ou até mesmo do conflito desde que antecipadamente identificado.

A bem da verdade de se notar que o termo mínimo não quer dizer sem estado, eis que, já aduzido supra, o regramento para que as empresas possam se organizar ao seu eficiente funcionamento e também eficiente solução de controvérsias são adstritas do Estado, do mesmo modo que a orientação dessa organização empresarial dependerá de assessoria de uma *compliance officer*, que dependerá de apurada pesquisa societária, civilista e administrativa dentro do ramo jurídico e, se advogado for, ainda estará com a habilitação legal no exercício do *munus* jurídico, que também advém do Estado, em especial pela regra constitucional no art. 133 que esclarece a indispensabilidade do advogado na “administração da justiça” como peça chave e premissa do acesso do cidadão ao Poder Judiciário; eis que detentor de habilitação legal para tal ato.

A bem da verdade o *munus* da advocacia não se presta somente ao exercício do litígio, ainda que seja uma cultura brasileira em estudar e enfatizar os meios contenciosos, prendendo-se muito mais à forma ao seu conteúdo, peça primordial à construção dos Direitos e, de se entender ser essa a verdadeira função social da advocacia, a de orientar, cuidar para minimizar litígios, conciliar, apurar os conflitos e demonstrar os regramentos cabíveis ao caso concreto a se evitar o exercício do contencioso.

Desse modo, o exercício do advogado não é o de propiciar o acesso ao Poder Judiciário mas, mais que isso, visa levar ao interessados a orientação consubstanciada na regra legal, buscando a ética como fator primordial desse ordenamento funcional e tem o status de serviço público como arrimado no parágrafo 1º do art. 2º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), eis que sua atuação profissional tem

alcance social e não somente ao cliente que busca tais serviços jurídicos, e não somente judiciais.

Contudo, não bastasse essa questão de intervenção estatal no sistema concorrencial, é de certo sabido que o CADE, autarquia federal e com vínculo ao Ministério da Justiça atuando nas atribuições da Lei nº 12.529/2011⁸⁹ para “zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência”, e sustenta a guarda dos critérios éticos, morais e legais da concorrência correta e sem sobreposição do poder de mercado, sob pena de se contrariar a garantia insculpida na CF/88 e, nesse ponto, bem destaca o art. 1º que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) dispõe sobre “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”.

De se notar que a atuação autárquica, embora órgão autônomo e descentralizado, tem função auxiliar e fiscalizada pelo Estado e por isso se trata de um controle estatal dos atos praticados em livre concorrência, onde se poderia sugerir que não se tem o critério de *livre* empregado na expressão legal.

O CADE, portanto, tem função pública descrita na própria norma constitucional em reprimir o abuso do poder econômico que objetive enfraquecer e eliminar a concorrência para conseqüente aumento de preços e dominação de mercado, e essa preocupação busca viabilizar um exercício digno da concorrência.

Contudo, mais que a *repressão* aos atos de infringência em face da ordem econômica, de se notar com maior acuidade o outro caráter a que se reveste o SBDC que é a *prevenção* com enfoque no interesse da coletividade, como se insculpe o parágrafo único⁹⁰ do mesmo art. 1º.

Essa finalidade da prevenção merece destaque e ainda dever-se-ia entendê-la como primordial, eis que sua observância traria maior desenvolvimento aos negócios insculpidos nos princípios ora debatidos, como a livre concorrência e a livre iniciativa; contudo como cediço é, o Direito brasileiro tem forte enfoque na litigiosidade, se debruçando em premissas de maior relevância quanto à forma e não em seu conteúdo, tendo no contencioso um meio de maior atuação nas bancas jurídicas e, desse aspecto, se notam os volumosos acervos jurisdicionais que se arrastam para a decisão almejada pelas partes.

⁸⁹ Brasil (2011).

⁹⁰ Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

É por essa razão que, acredita-se, a prevenção sequer é observada no texto como deveria, papel merecedor em ser a finalidade precípua da assessoria jurídica empresarial, esta sim de modo a se fazer a justiça em defesa dos interesses das partes e da coletividade como bem ressalta o parágrafo único do artigo 1º já transcrito.

Embora seja uma atividade de *múnus público* do advogado que assessorará a atividade preventiva e descrita por lei, a prevenção nela imposta evita a intervenção jurisdicional e seus consequentes custos, riscos e desperdícios como se observa, analogicamente, a uma importante pesquisa sobre os custos, andamentos e resultados de feitos jurisdicionais de execução fiscal cuja essência é de ser eminentemente estatal, eis que se tratam de verbas públicas inadimplidas.

Os resultados surpreendem quando se comparam as estatísticas entre os feitos cumpridos e, portanto, frente ao resultado que se busca e se espera quando se aciona a tutela jurisdicional, e os feitos sem efetividade, como os que são extintos sem resolução do mérito decorrentes, em tese, de falhas processuais em não atender a forma em vez do conteúdo; da extinção por prescrição ou decadência que de se vislumbrar a desídia no trato processual; extinção do feito ao perdoar a dívida pela remissão, mesmo após todos o tempo efetivado com o trâmite processual e cancelamento da inscrição do débito, como bem se observa pela estatística de baixa processual pelos motivos transcritos⁹¹: 33,9% pagamento integral da dívida; extinção por prescrição ou decadência, 27,7% dos casos; cancelamento da inscrição do débito 17%; extinção sem julgamento do mérito 11,5; e remissão 8%.

A pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) traça uma conclusão de sucesso quanto aos feitos distribuídos ao comemorar 33,9% de sucesso processual por pagamento, o que se ousa discordar; eis que os feitos baixados sem atingir o objetivo almejado é muito maior como se nota a soma dos feitos extintos sem resolução do mérito, os cancelados, os remissos, os prescritos e decaídos somam 64,2%.

É de se observar curioso resultado em que o contribuinte ainda que acionado judicialmente, em quase empate aos que pagam espontaneamente, prefere ariscar na espera da prescrição da dívida e assim se livrar do ônus que a lei lhe impõe.

No caso de execução fiscal, o prejuízo social não se mostra somente quanto ao inadimplemento tributário, mas também ao custo processual que se soma a essa dívida que, impaga, se mostra prejuízo aos cofres públicos, ampliando o aludido prejuízo a toda coletividade.

⁹¹ IPEA (2012).

É de se justificar essa intervenção estatal jurisdicional se analisado o custo ao acesso judicial e seu efetivo resultado?

A atuação judiciária não traça amplitude para a solução de controvérsias de modo a prevenir os conflitos, mas se mostra possível intermediar uma conciliação em um litígio já instalado.

A intervenção mínima a que se defende, portanto, é a de não buscar a repressão judiciária e sim envidar esforços para as atuações de prevenção em um bem concentrado e estruturado programa de *compliance*.

A estruturação soberana do Estado aos atos de controle e paz social se mostram evidentes ao ordenamento jurídico e, de se lembrar que a defesa neste item é o de minimizar a atuação jurisdicional, justamente pela prévia organização estatal em regular os preceitos de conduta na livre-iniciativa e o exercício, conseqüentemente, do livre comércio e de atuação concorrencial.

Essa liberdade deve ser regulamentada justamente para que se evite o abuso do direito e trace as premissas de atuação e assim, bem delineou o estudioso Eduardo Gaban⁹² ao aferir que:

a denotação de “livre-iniciativa” é o valor mais indicado para representar predominantemente o espírito da ação do Estado com base na Lei Antitruste em atenção à Constituição de 1988, consubstanciando-se em verdadeira vertente (eixo) sobre a qual repousa a ordem econômica brasileira. A livre-iniciativa apresenta reflexos circunstanciais ao contexto econômico abrangente da liberdade de indústria e de comércio, ou liberdade de empresa, e a liberdade de contrato.

De se notar que essa preconização da livre-iniciativa é o que movimentava a economia, uma vez que sem essa liberdade não haveria meios de escolha para o exercício laboral, estrutural e formador da sociedade e essa circunstância não se faz de modo subjetivo e unívoco, mas sim de modo público e pautado por diretrizes previamente instituídas, eis não ser algo absoluto como, em outra ocasião, bem lembrou o agora Ministro do STF Luís Roberto Barroso⁹³:

Como já assinalado, nenhum princípio é absoluto. O princípio da livre iniciativa, portanto, assim como os demais, deve ser ponderado com outros valores e fins públicos previstos no próprio texto da Constituição. Sujeita-se, assim, à atividade reguladora e fiscalizadora do Estado, cujo fundamento é a efetivação das normas constitucionais destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa e aprimorar-lhe as condições de funcionamento.

⁹² Gaban (2016, p. 54).

⁹³ Barroso (2002).

A atividade fiscalizadora do Estado como salienta o jurista supra aludido, é função pública cuja omissão pode gerar responsabilização, contudo esse procedimento estatal não é o que se critica nesse item, mas sim o de se evitar ao máximo a intervenção estatal, consequência de uma intervenção pela jurisdicionalidade.

Ainda que a atividade fiscalizadora seja meio de controle das atividades com poder de polícia nas atuações, a atuação do gestor privado, em especial pelo *compliance officer*, deve ser o diferencial para que o exercício funcional da empresa tenha ampla e correta fluência em vigorosa análise e cumprimento dos regramentos impostos e, em complemento à atuação desse gestor, desenvolver e organizar canal de denúncias e análise rigorosa com sancionamento prescritos em lei e ainda nos regramentos internos.

É justamente essa visão em não ser a livre iniciativa absoluta pela observância ao regramento estatal a que se deve render o intérprete, o que se pode chamar de liberdade estatal, ou liberdade condicionada eis que o exercício da atividade se nota como uma liberdade privada, como bem diferenciou Eros Grau⁹⁴:

Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A esse critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, podemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

- a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;
- b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

É de se aferir, portanto, que a expressão livre iniciativa não se revela inócua quanto a palavra *livre*, uma vez que ela se condiciona à liberdade pública exarada constitucionalmente na expressão: “*livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”⁹⁵.

É senso doutrinário de que a livre iniciativa deve respeito aos direitos dos trabalhadores, os quais, portanto, interferem na atividade empresária que depende da atividade pessoal de cada indivíduo, além do interesse e respeito pessoal em elevar a imagem da

⁹⁴ Grau (2018, p. 199/200).

⁹⁵ Parágrafo único do Art. 170 da Constituição Federal de 1.988.

empresa se não estiver adstrita a um ato personalíssimo de um gestor integrado ao interesse socioeconômico.

2.4 Critérios de governança como meio privado de resolução de conflitos

O controle das atividades econômicas, quando se tratam de grandes corporações, sofre ingerências de diversos setores internos que visam estritamente o lucro dissociando-o das suas obrigações socioambientais, criando uma “dinâmica estruturante mais poderosa na sociedade global moderna”⁹⁶ bem como adotando atitudes em desacordo com qualquer princípio ético, por mais raso que seja. Tais atuações corporativas, estariam integradas, como diz autor citado, ao “vale tudo global”⁹⁷?

Referidas atividades empresariais, neste patamar global, enfrentam inúmeros problemas de gestão e com consequentes impactos financeiros que vulneram a imagem corporativa, hostilizando-a no mercado. Fator de interesse nesta tese é a responsabilização dos agentes privados, a exemplo do *Diesel Dupe* da Volkswagen em 2015 quando a Agência de Proteção Ambiental americana (*Environmental Protection Agency - EPA*) constatou um *software* em alguns veículos da montadora que fraudava resultados da emissão de gases poluentes em veículos movidos a diesel para mascarar resultados ruins e assim alavancar a venda nos Estados Unidos da América; a descoberta gerou a renúncia do chefe executivo do grupo e seu sucessor declarou que a principal preocupação era a de resgatar a confiança do grupo, como noticiado pela BBC⁹⁸.

A esses escândalos não se pode atribuir meramente a uma falha ocasional, um mero erro de gestão mas, sim, como um ato consciente de tomada de decisões: um agir fraudulento, objetivando o lucro como objetivo principal..

A ideia central da tese foi analisar que atos dessa natureza, tidos inicialmente como erros involuntários, mas que dada sua repercussão, foram admitidos como fraudulentos, comprometeram a imagem da empresa e que foram necessárias atitudes drásticas para resgatar a imagem da empresa para alçar novamente seus produtos no mercado, ou seja, a demanda pela integridade.

⁹⁶ Dowbor (2017, p. 55).

⁹⁷ Ibid., p. 55.

⁹⁸ "My most urgent task is to win back trust for the Volkswagen Group - by leaving no stone unturned," Mr Mueller said on taking up his new post. Disponível em <https://www.bbc.com/news/business-34324772>. Acesso em 20.03.2019.

Em análises sobre essa premissa, taxou-se tal enfoque como ingenuidade, eis que ainda se acredita que a ética corporativa se mostra como uma intenção utópica, estando dissociada à função precípua da empresa que é o lucro.

Insta salientar que não se condena o lucro da empresa mas sim, demonstrar que os atos empresariais, incluindo os meios de produção podem gerar uma vulnerabilidade na imagem da empresa e na de seus colaboradores e, por isso, a preocupação corporativa em resgatar seu bom nome e imagem para reconquista da credibilidade social.

A governança corporativa pode ser verificada como uma atuação de fatores a investimento ou, ainda, como meio de gestão decorrente de um critério de organização, este último o enfoque, portanto, a que interessa ao estudo.

Defende-se, portanto, que a gestão decorrente da governança corporativa é um meio a se buscar a atuação empresarial de modo a se preservar o ordenamento previsto, e de se acrescentar a enfoque central da tese de que se busca a liberdade de agir sem que para isso seja necessária a intervenção do Estado de modo para avaliar quem afinal estaria mais adequado às previsões consensuais celebradas.

A consequência da atuação pela governança corporativa é a de engajar os participantes nos relacionamentos corporativos como bem explicitou Yduan de Oliveira May⁹⁹ ao transcrever o conceito exposto pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre os proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade.

O conceito traz o regramento de envolvimento entre todos os atores envolvidos na busca da construção de uma imagem para destinação ética de seus atos, para assim fazer valer a confiança no relacionamento empresarial, sendo uma das partes que se atrela ao *due diligence*.

De se reforçar o entendimento quando o mesmo doutrinador Yduan relata a visão de Steinberg¹⁰⁰, ao afirmar que:

Na definição usual, constitui o conjunto de práticas e de relacionamentos entre acionistas e cotistas, conselho de administração, diretoria executiva, auditoria independente e conselho fiscal com a finalidade de aprimorar o desempenho da

⁹⁹ May (2016, p. 49-50).

¹⁰⁰ Steinberg (apud *ibid.*, p. 50).

empresa e facilitar o acesso ao capital. Já existe consenso sobre o fato de que quanto maior o valor da empresa, mais facilmente se externa cidadania e o envolvimento dos *Stakeholders* (públicos de interesse). Há quem resuma tudo isso numa frase: criar um ambiente de controle, dentro de um modelo balanceado de distribuição do poder.

Oportuno afirmar-se a existência de governança em toda relação empresarial uma vez que se mostram presentes a vinculação entre os administradores e administrados e os demais que com a empresa se relacionam ou os que buscam referido relacionamento, eis que sem esse mínimo de entrelaçamento não há como estar frente a uma organização empresarial.

É evidente a sujeição às restrições estatais e dessas imposições *erga omnes* é que deve se ater o gestor em especial quando assessorado por *compliance officer*; a essas previsões não há como se opor e, em especial observância e cumprimento, é bem provável que não necessite se sujeitar às atuações jurisdicionais.

Contudo, para que essa assertiva se mostre possível, é certo que o relacionamento empresarial deve se pautar pelas observâncias a práticas do *due diligence*, eis que em nada se mostra viável ter preocupação em estar frente aos exatos regramentos e seus consequentes cumprimentos impositivos legalmente se ao se relacionar com outros entes privados e/ou públicos estes não se pautam pelo mesmo critério de observância legislativa.

O *due diligence* merece receber um programa de observâncias a serem tomadas quando das negociações e tratativas, não bastando somente a afeição negocial, mas a verificação da idoneidade da pessoa jurídica a que se busca relacionar e mensurar os potenciais riscos dessa iminente parceria.

É notório que o relacionamento gera particularidades que se desconhecidos vícios ou atos diversos, podem fazer com que a parceria empresarial seja desfeita, podendo levar a questionamentos decorrentes de conflitos de interesses que até então se acreditava convergentes entre as partes.

Nesse critério de divergência de interesses e com possível consequência lesiva, não restar-se-á outra alternativa senão em buscar a jurisdição para solucionar tais conflitos, mas qual solução esperar?

É justo que com a impossibilidade de entendimento entre as partes a alternativa seja a tutela jurisdicional, mas esse o melhor interesse para as partes? Defende-se que não.

Salvo a desídia na busca da idoneidade do parceiro, os critérios de medidas extrajudiciais a se evitar tais conflitos, ou quando havidos já estar prevista a solução de modo a não se buscar o Poder Judiciário.

Tal raciocínio se denota na regra norte-americana do *business judgement rule* bem relatada por Pedro Teixeira¹⁰¹, ocasião que informa ser uma “regra de decisão negocial” lembrando uma específica atuação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em que traz importante, oportuno e esclarecedor voto que se transcreve:

A business judgement rule foi aplicada no Brasil pela primeira vez em voto proferido pelo ex-diretor da CVM, Pedro Oliva Marcílio de Souza, no PAS 1443/2005 – “para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário Americano criou a chamada ‘regra da decisão negocial’, segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial e decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão ex post pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios à companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior (CVM, Proc. No RJ-1443/2005, Rel. Dir. Pedro Oliva Marcílio de Souza, v.u., j.21-3-2006.

A atividade do administrador, neste caso específico, não pode ser definida como uma atividade de resultado, como não deve ser de nenhum outro profissional que não tenha o poder de decisão, mas sim deve diligenciar para que se busque o resultado almejado, a saber trata-se de uma atividade de meio e, por isso, na hipótese de se chegar ao Poder Judiciário não se mostra justo a automática responsabilização desse administrador, mas sim deve-se analisar se agiu de modo adequado aos meios que possuía para atender aos interesses da empresa.

Esse critério é o que já vem consagrado no art. 159, § 6º da Lei nº 6.404, de 1976, em que pode ser excluída a reponsabilidade do administrador se age este com boa-fé, não se atuando nos termos do *caput* a mera e automática responsabilização deste profissional, embora exista minoritariamente que essa relação jurídica não ocorra, a escola que majoritariamente abarque tal relação ainda relaciona a ‘regra de decisão negocial’ (*business judgement rule*) à função social da empresa como indica Ana Frazão¹⁰²:

Sob essa perspectiva, o princípio é compatível com a função social da empresa, tendo em vista que esta não tem o alcance de responsabilizar o administrador pelo insucesso econômico da companhia, seja diante dos riscos envolvidos na atividade empresarial, seja diante da necessidade de não onerar demasiadamente o referido regime de responsabilidade.

¹⁰¹ Teixeira (2016, p. 143-144).

¹⁰² Frazão (2011, p. 147).

É certo que essa previsão na lei das sociedades anônimas se mostra extensível às atividades empresariais, eis que o gestor visa atuar de modo diligente para a busca de um resultado positivo o que, notório é, nem sempre alcançará o pretendido resultado, uma vez que essa atuação é uma pretensão e depende de outros fatores extrínsecos que escapam da vontade do administrador, ainda que se mostre diligente e competente.

Essa regra da decisão negocial é importante ao desenvolvimento da empresa de modo a estimular, ou ao menos evitar que se desestime, a atuação desses profissionais, não imputando exclusivamente a eles eventual insucesso, sobretudo se decorrente de atividades do mercado que se sabe da volatilidade das regras globalizadas em que uma crise internacional pode afetar todo um planejamento bem elaborado.

De qualquer modo, o critério fica à mercê da subjetividade do julgador jurisdicional que nem sempre será alguém conhecedor do assunto ou atualizado com os acontecimentos globalizados, e esse critério se mostra temerário ante a sabida cultura da litigiosidade processual brasileira que abarca a intenção punitiva do Estado como meio regulatório da sociedade sem se ater ao alcance do consequencialismo jurídico desta decisão, mostrando, vez mais, que se socorrer do Poder Judiciário não é o meio sempre mais adequado a se buscar.

A atividade empresarial tem considerável atividade de risco e esse critério não pode ser o bastante e único a se considerar univocamente a teoria do risco como método de responsabilidade civil, sob pena de se condenar de antemão as atividades empresariais e seus gestores, e esse risco deve ser demonstrado àqueles que com a empresa atua ou se relaciona, não se podendo alegar desconhecimento ou interesse conflituoso ao de quem o representa.

Trata-se de um risco existente e não criado; eis que desse último se verificado com desídia do gestor, é neste ponto que se poderia imputar a conduta lesiva.

Deve-se sempre ter em mente que a atuação junto à busca e provocação do Poder Judiciário não é garantia de sucesso àquele que assim pretende resolver a questão, uma vez que deve ser bem orientado que os riscos jurisdicionais são de sobremaneira vultosos se o entendimento do julgador não estiver bem adequado às demonstrações na peça petítória ou defensiva, sem deslembrar da imposição legal dos ônus sucumbenciais àquele que não atinge sua pretensão que pode se agravar quando do reclamo recursal, ante a uma subjetividade do julgador que entender ser o recurso ou o pleito eivado de má-fé, majorando eventual condenação sucumbencial anteriormente imposta, como se verifica no novel art. 85 do Código de Processo Civil (CPC) e ainda mais grave de impossibilidade de análise probatória nas instâncias superiores como bem salienta a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o

que se mostra dúbio e inseguro socorrer-se da jurisdição se sequer analisará provas, fator essencial à demonstração do Direito que se entende violado.

2.5 Consequencialismo das decisões e seus efeitos

Recentemente, a Lei nº 13.655¹⁰³, de 12 de abril de 2018, que altera a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), trouxe estampada a preocupação de prevalecer maior segurança jurídica aos atos de julgamento nas esferas administrativa, controladora ou judicial.

Essa atuação não pode ser baseada com abstração jurídica e deve levar em consideração as “consequências práticas da decisão” (art. 20), o que se mostra com um ganho jurídico para a segurança dos atos decisórios, uma vez que decisões meramente condenatórias sem mensuração dos riscos e consequências financeiras e dos critérios impositivos sancionadores não merecem prosperar, eis que a intervenção estatal deve ser instada com responsabilidade de modo a não atingir negativamente tanto a pessoa jurídica quanto a seus gestores.

A preocupação do resultado do exercício jurisdicional é tema muito bem explorado por doutrinadores que questionam se a jurisdicionalidade é de fato um meio a se buscar para a solução de problemas, evidentemente decorrentes de conflitos de interesses; contudo de se questionar, enfim, a quem interessa uma decisão que possa aparentemente solucionar uma situação privada e com efeitos unicamente pessoais em detrimento aos interesses coletivos, ainda que indiretos sob o pretexto e fundamento, é verdade, de que estar-se-ia cumprindo fielmente a letra da lei.

A hermenêutica é sábia em demonstrar que a lei é mutável pelo critério de evolução social, sem que se possa afirmar que o termo *evolução* seja sempre algo positivo ou benéfico eis que o legislador não conseguirá agradar a todos, sempre existindo uma turba contrária às mudanças por critérios empíricos.

Nesse sentido, o magistrado George Marmelstein Lima¹⁰⁴ traz à tona o efeito *backlash* de origem norte-americana em que, como afirma, é um contraposto às decisões judiciais em temas de grande polêmica, sobretudo questionadas pelo poder político de que o poder jurisdicional estaria buscando exercer um certo tipo de controle, ressaltando que essas

¹⁰³ Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

¹⁰⁴ Lima (2018, p. 370).

decisões “ainda que bem-intencionadas e progressistas, podem gerar um efeito contrário ao esperado, prejudicando um grupo que supostamente estaria sendo protegido”.

A mensuração desse aludido efeito *backlash* decorrerá do quão conservador for a sociedade em que a decisão for proferida e cita o autor um exemplo de impacto em certas localidades em relação aos direitos de homossexuais, cujas decisões têm impacto direito na sociedade conservadora, bem como algumas das mais recentes discussões como a legalização do aborto, de drogas e de armas e tal medida se deve aos critérios religiosos.

É notório que decisões de impacto social acabam por gerar maiores reações até então veladas, e encorajam atos de intolerância, pacíficas ou não, e com forte influência religiosa.

Desse mesmo raciocínio, mas com outra nomenclatura jurídica, no caso alemã, a abordagem da pretensão protetiva unívoca da jurisdição esbarra na atuação com excessos (*ubermassverbot*) mas também com cuidados para que não haja uma proteção deficiente (*untermassverbot*) e que é transcrito por Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira e Leandro Corrêa de Oliveira¹⁰⁵ uma decisão jurisdicional da Alemanha em que se decidiu sobre o aborto e assentou que:

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*) [...].

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...].

Contudo, embora trilhado um enfoque pouco diverso do delimitado nesta tese, ingressando em questões sociais, não é exagero afirmar que essa mesma linha de raciocínio se presta aos tratos de gestão empresarial, sobretudo em direito público, cujo raciocínio entende-se ter surgido o texto da Lei nº13.655/2018 cuja preocupação é, ao final, de majorar a segurança jurídica das atividades de aplicação do direito público, mas que certamente merecem alcance ao direito privado.

¹⁰⁵ Oliveira (2016, p. 430.431).

E desse texto cautelar, de se notar os art. 29¹⁰⁶ e 30¹⁰⁷ que com especial atenção do legislador em atender aos interesses coletivos, indica consulta pública na edição de normas e sua aplicação com uniformidade.

De igual preocupação, os art. 23¹⁰⁸ e 24¹⁰⁹ da aludida lei, traçam que as eventuais mudanças nas decisões de nova imposição ou dever, devem ter um “regime de transição” para a correta e necessária visando não gerar lesão de direito a “interesses gerais”, bem como deve-se garantir a observação das normas vigentes à época dos fatos e negócios jurídicos, não podendo prevalecer as mudanças posteriores a referidas situações já iniciadas garantindo a segurança jurídica.

Ao Estado cabe o importante e exclusivo papel em delimitar regras ensejadores de obrigações dos indivíduos como resguardo de sua atuação, atendendo não só a um caráter pessoal mas também coletivo, e não de modo a garantir um direito à coletividade, mas a todos os que estiverem inseridos em atos, fatos e negócios jurídicos adstritos pela norma, bem como em não agir de modo a gerar danos exclusivos a uma pessoa física ou jurídica que poderá atingir a toda uma coletividade também pretensa aos atos previstos ou, no caso de empresas, a de causar lesão de direitos aos que diretamente dela dependem e é justamente dessa premissa de cautela em decisões administrativas e judiciais que a Lei nº 13.655/18 a que deve observar quem terá o papel do *decisum*.

Essa figura cautelar decisória, é salutar, contudo, mais lógico se mostra a atividade Estatal criadoras de regras lógicas e que se devam observar a ética em sua aplicabilidade, autorizando o próprio ente privado em ter a aplicabilidade e observância estritas dessas regras e fazê-las cumprir e solucionar as infringências.

¹⁰⁶ Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º. A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

¹⁰⁷ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

¹⁰⁸ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

¹⁰⁹ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Se mostra preocupante o julgador garantista, cuja atuação é a de aplicar a lei sem uma correta e acurada análise dos fatos, mas em extrema aplicação da lei ao que se alega em eventual afronta à lei e se valendo do direcionamento a que se sabe ter o julgador, não analisando os fatos e, portanto, sem interpretá-los ao previsto na legislação.

Muitas vezes a lei é decorrente de uma questão de poder, vem imposta em atenção à uma vontade pessoal do legislador ou de quem o convença, ou seja, nem sempre a lei é uma questão de Direito.

De se aclamar uma relevante observação de Alexy¹¹⁰:

as teorias positivistas defendem a tese da separação. Ela afirma que o conceito de direito deve ser definido sem a inclusão de qualquer elemento moral. Assim restam a uma teoria positivista somente dois elementos definitórios: a legalidade autoritativa e a eficácia social [...]. Todas as teorias não-positivistas defendem, ao contrário, a tese da conexão. Ela afirma que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais.

Por óbvio cada pessoa possui um direcionamento, a bem da verdade, uma educação, uma formação, mas é justamente por esse preparo que o julgador não pode se deixar levar por isso, mas certamente ter bases comparativas para exercer sua função de julgar.

Nesse prisma é que demonstrou Hoerster¹¹¹ a relativização da lei e da moral, eis que não se pode afirmar ser uma ou outra normatização correta:

Não existe nenhuma garantia ou sequer possibilidade de que aquela moral que o juiz ou o cidadão em questão incorpore em seu conceito de direito seja de fato uma moral “esclarecida” [...]. Nada em geral [...] advoga a favor de que as representações morais de qualquer indivíduo determinado ou de qualquer sociedade determinada sejam mais esclarecidas em qualquer sentido (por exemplo mais humanas ou mais justas) que as normas jurídico-positivistas do estado correspondente. Há precisamente não só, como os opositores do positivismo jurídico sempre voltam a sugerir, os juízes ou os cidadãos que confrontados com “leis nazistas” prefeririam seguir uma moral humanitária. Há, do mesmo modo, juízes ou cidadãos que confrontados com leis democráticas (por exemplo da República de Weimar ou de Bonn) preferiram seguir uma moral nazista.

Desse modo, qual a regra a seguir senão o cumprimento das previsões normativas existentes, mesmo que esteja contrário à sua moral ou a seus critérios de valor legal?

Esse questionamento é de ser feito ou outro teria mais razão de dúvida: cumprir os regramentos a se evitar o questionamento no judiciário e se sujeitar à subjetividade do julgador?

¹¹⁰ Alexy (2019, p. 218).

¹¹¹ Hoerster (ano apud ALEXY ibid., p. 261).

Referidos critérios devem se unir e buscar um resultado que se adeque à uma moral coletiva. Mas qual?

A defesa na tese é a de se organizar de modo a cumprir os regramentos previstos a se evitar danos às partes envolvidas e à coletividade.

É melhor se preparar a um consenso, ceder e receber Direitos, cumprir previsões sem que para isto o outro envolvido se prejudique estando certo de que não seja necessária a provocação jurisdicional ante a falta de segurança jurídica a que estão submetidas as litigiosidades.

O contencioso abre as portas da incerteza por mais que se diga acreditar na justiça, como se a “sua verdade” fosse a única, sendo certo, ainda, que não basta a ideia do convencimento do julgador se este tem suas bases formadoras já indutoras de um raciocínio a que pudesse levar a um resultado que possa surpreender a quem esteja envolvido em um litígio.

O clichê de se “acreditar na justiça” soa, a bem da verdade, como a pretensão (leia-se certeza) de que o resultado será o esperado em melhor atender e beneficiar-se.

Defende-se, portanto, ser justamente o contrário a que se deve pensar, eis que a provocação do judiciário deixará a mercê do julgador um resultado subjetivo.

A diretriz da norma não pode olvidar uma condenação como também se mostra outro clichê jurídico ao afirmar que crimes ou desobservâncias legais ocorrerem pela certeza da impunidade, o que transparece também contraditório ao espírito da lei que é o de se efetivar o procedimento jurídico e judicial, mas nunca em poder afirmar seu resultado, esse, enfim, o papel de uma gestão eficaz a buscar a implantação de um correto e efetivo sistema de *compliance*.

3 A SEGURANÇA JURÍDICA E NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO BRASILEIRO

3.1 Escorço doutrinário quanto aos sistemas *civil law* e *common law* e a coalisão desses sistemas influenciando na insegurança jurídica

A segurança jurídica é o método mais aclamado por quem busca o Direito com consequente amparo na lei. Vislumbra-se ter no Direito um critério de certeza de que ao se relacionar em um negócio jurídico as regras serão observadas e cumpridas. Contudo, mesmo quando as são um dos indivíduos pode questionar situações que entenda pendentes ou simplesmente não cumpri-las, sendo nesses pontos que se faculta buscar a prolação decisória a que é concernente da jurisdição.

De se notar a notória assertiva de que a segurança jurídica deve ter amparo no sistema brasileiro da *civil law* e, se assim for necessário, deve também emanar do Judiciário; repita-se, a segurança é jurídica e não judicial e estritamente por essa razão é que se deve zelar pela segurança ao se redigir um contrato; ao celebrar uma entidade familiar; ao se vincular à uma atividade laboral e a uma celebração empresarial e a uma relação fiscal, entre outros relacionamentos que dependam de regramentos a serem definidos e efetivamente cumpridos, como bem delineou Bandeira de Mello, lembrado por Ada Pellegrini Grinover¹¹² que o princípio da segurança jurídica:

não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo [...]. A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indiscutivelmente, um dos mais importantes entre eles.

De se notar, portanto, que a segurança jurídica é o de garantir uma assistência e orientação do modo de agir, e não simplesmente a tese majoritária em buscar o Judiciário para se ter um resultado certo e único.

É da segurança jurídica a certeza em praticar um ato fundindo-se a um negócio jurídico e que se tenha a fundamentação legal de como agir, como fazer ou não-fazer, cumprir as obrigações assumidas, em outras palavras agir com os critérios da boa-fé em cumprir o

¹¹² Mello (apud GRINOVER, 2009, p. 48).

avencado e, mais que isso, redigir a celebração contratual nos termos da lei sem que se tenha sobreposição de interesses em detrimento ao Direito de outrem, e consoante a esse raciocínio não se deve restar como certo e único o argumento de que a segurança jurídica não é aplicável quando passa-se a ter uma nova cultura jurídica (e não meramente judicial) em combater e conseqüentemente punir atos de corrupção por exemplo, ou seja, não é pelo motivo de que os atos corruptíveis anteriores a uma nova mentalidade não tenham sido punidos e os de agora estão, que seja possível afirmar que os recentes julgados sejam arbitrários, eis que em algum momento haverá a transição para uma nova realidade jurídica e as sanções previstas serão aplicáveis ao caso concreto, mas sempre em observância à segurança jurídica com amparo na lei, eis que sob o enfoque da hermenêutica sem infringência da previsão legal.

É nesse ponto que as atuações negociais devem ter um criterioso planejamento com foco na legislação prevista, eis que é da premissa legislativa a que se deve contemplar os atos, contudo essa cautela ainda não garante a observância, em tal aspecto unívoco, se necessário for chegar ao Judiciário e, sob tal enfoque, é que se nota possível contemplar orientações que pautam atos sob o comando da lei e outras sob o comando dos precedentes jurisdicionais, chegando-se ao ponto central da tese.

É de se contemplar a mudança cultural e jurídica nesse aspecto, e justamente por não querer estar-se diante do critério de punibilidade é que se justifica ainda mais a busca de um efetivo programa de *compliance*.

3.2 *Stare decisis* e a relação com o sistema brasileiro do *civil law*: surgimento e aplicabilidade nem sempre viável

O assunto se faz mediante necessária lembrança, quanto ao sistema jurídico adotado pelos países e sua conseqüente aplicação do Direito, sendo que o Brasil adota o sistema do *civil law*, assim como a maioria dos países da Europa, em que vigora o princípio da legalidade em contraponto ao sistema anglo-saxão do *common law* em que prevalece o precedente judicial e assim se moldam os demais atos e planejamentos, fortalecendo o *compliance* nesse sistema que exportou ao Brasil essa nova sistemática que melhor se analisará em item oportuno.

Contudo, mesmo sendo a hermenêutica uma atividade essencialmente do Direito é certo, portanto, que a mudança na interpretação não pode macular a boa-fé de quem segue a lei imposta e não mera interpretação jurisprudencial que é variável a cada juízo ou Corte a que se pode chegar e disso bem explicitou Ada Pellegrini ao citar o constitucionalista Manoel

Gonçalves Ferreira Filho quando chama a segurança jurídica de *confiança legítima* e explica que “tem duas vertentes. Uma, a da ‘qualidade do direito’; outra, a ‘exigência da previsibilidade do direito’”¹¹³.

É notório que os precedentes merecem moldar os atos jurídicos, mas a segurança jurídica não pode se ver precarizada por uma preocupação em garantir uma efetividade processual, eis que a legalidade do direito material é medida que molda a conduta do indivíduo, das empresas e dos relacionamentos entre um e outro, evidenciando a boa-fé nos atos jurídicos.

A busca da regulamentação legal, e não propriamente da efetividade processual, é uma atividade-meio a se adequar aos critérios e imposições legislativas aos atos jurídicos a que se almeja atuar ou relacionar, contudo, paralelamente, deve-se estar atento ao novo modelo em que se vem adotando o Direito brasileiro ao mesclar o nosso sistema *civil law* com o sistema do *common law* e analisar o *stare decisis* do ramo ou caso a que se busca a vinculação.

De se notar uma certa contradição nesse raciocínio jurídico brasileiro, eis que o flerte com o sistema da *common law* se fez surgir justamente pela justificativa de se ter uma morosidade grave em nosso ordenamento judicial e, dessa maneira, critérios legais foram criados de modo a se evitar ou buscar minimizar os meios de provas, bem como da amplitude recursal com imposição de multas e litigância de má-fé para recursos que subjetivamente forem interpretados pelos julgadores como tal, o que se eleva a crítica a esse modelo, pois a morosidade judicial não se revelou resolvida ou minimizada por essa nova sistemática processual.

Assim, de se ver com certa temeridade essa sobreposição de um sistema de precedentes ao nosso sistema que valoriza o princípio da legalidade, eis que não se mostra coeso existir um ordenamento complexo de Direitos sem que se possa efetivamente exercê-los, eis o defeito jurídico brasileiro que fez aumentar a evasão de empresas estrangeiras por insegurança jurídica, onde o que se tem previsto em lei não é necessariamente o cumprido e mantido pelo Judiciário.

Mesmo desse temor à novidade, embora seja natural nas mudanças, de se notar com a cautela peculiar do Ministro do STF Luís Roberto Barroso¹¹⁴ essa nova perspectiva do Direito brasileiro sem perder a essência da segurança jurídica e do princípio da legalidade insculpida no Direito pátrio, eis que enaltece a Constituição como balizadora das mudanças dos critérios interpretativos do ordenamento ao tecer três importantes transformações no pensamento e na

¹¹³ Grinover (op. cit., nota 73, p. 51).

¹¹⁴ Barroso (2018, p. 28-30).

prática do Direito brasileiro contemporâneo como a “superação do formalismo jurídico”, o “advento de uma cultura jurídica pós-positivista” e a “ascensão do direito público e centralidade da Constituição” eis que, como já aludido, tem-se, respectivamente, que o ordenamento jurídico não é a fonte unívoca em que estejam prontas as respostas para todos os conflitos e provocações jurisdicionais, pois a norma não é a razão unívoca justamente por não conter logicidades uma vez que se molda ante os interesses temporais a que se contempla em sua trajetória, devendo ser o meio para a construção do resultado a que se busca; já o pós-positivismo explicitado elenca a aproximação do Direito da moral e da política, afastando a separação clássica a que o positivismo impõem, uma vez que não há mais um único lugar, como se pedestal estivesse, para o Direito como conceituação de estrita legalidade “mas não despreza o direito posto”. Por fim, a centralização constitucional se revela como um critério interpretativo, uma vez que se mostra direta quando a análise se faz pelo texto da Carta, ou de modo indireto quando se ampara em legislação ordinária infraconstitucional cujo texto deveras passado pelo crivo de compatibilidade com a Constituição.

De claro interesse traçar o raciocínio de Barroso, ao lembrar a tese kantiana da “razão prática”¹¹⁵, em que se constrói um fundamento racional com moral e justiça em atenção à “ação humana” em contraponto à “razão teórica” do positivismo, consubstanciando uma atuação jurídica como modelo construtivo pelo uso prático da razão em análise ao texto da lei, não restando limitado ao mero conhecimento da regra legislativa.

É assim que se espelha o homem médio ao se deparar com o Advogado ao questionar-lhe o texto da lei e dele impingir o conhecimento direto e raso da letra sem ao menos lhe garantir o exercício racional e moral da similitude do caso concreto ao texto escrito da norma e daí exercer os consensos e dissensos para a aplicabilidade legal aos fatos concretos, e assim é a interpretação da legislação ao exercer o planejamento de um programa de *compliance*, não se limitando a inserir a lei de modo vulgar sem a reflexão necessária à cada necessidade e situação.

Dessa necessidade e situação ao caso concreto é que se remonta à tese de Alexy ao relacionar a ‘dimensão fática’ com a “dimensão ideal” cujo relacionamento se faz pela existência e validade da regra normativa e sua “correção moral”, respectivamente.

Note-se que a legislação é o tema central da atividade, mas a realidade contemporânea no momento de sua aplicação é o que fará a diferença em sua aplicação ao se comparar com

¹¹⁵ Barroso (op. cit., p. 29-30, nota 82).

os atos jurídicos positivistas, uma vez que separam essa relação, em especial não aceitam a junção da moral como o ideal para cada situação fática.

É dessa preocupação prática e fática é que se debruça o Judiciário brasileiro em analisar a aplicabilidade do sistema do *common law* no sistema pátrio, o que bem se ilustra pela apuração doutrinária quando a então Ministra do STF Ellen Gracie Northfleet traduziu o texto do jurista norte-americano Edward D. Re, em meados de 1994, confessando em nota que o assunto era:

objeto de constante curiosidade entre nós. [...] demonstra vantagens que podem ser resumidas em três aspectos. Ela permite que o juiz se beneficie da experiência de seus predecessores; uniformiza a aplicação do direito e, sobretudo, torna esse direito mais previsível, acrescentando ao ideal de segurança jurídica. Mas pode, também, em contrapartida, introduzir um indesejável elemento de rigidez no ordenamento jurídico¹¹⁶.

A previsibilidade é de fato um fator de segurança jurídica, mas o que se deve mensurar é se esse precedente formulado pela doutrina do *stare decisis* quanto se amolda ou desvirtua a previsão legal.

É de se defender que a mutação jurídica é essencial ao progresso social e econômico, contudo essa mudança decorre de fatores empíricos que culminam na formulação da lei e, desse modo, se impõe *erga omnes* e assim deve ser observado e cumprido, e é de modo equânime assentou Roscoe Pound que “O direito deve ser estável, no entanto, não pode ser estático”¹¹⁷.

Contudo, sob o enfoque de se ter uma regra adequada às novas realidades é que se deve ter redobrada cautela em não infringir as regras; se a pretensão de se ter na jurisdicionalidade uma modernização imposta pela globalização, deve-se cuidar para que a nova regra seja, então, contemplada por lei, sem se esquecer do sistema da *civil law* que se aplica no ordenamento brasileiro.

O professor de Direito Constitucional da New York University Kenji Yoshino bem enfatizou a relação do *stare decisis* que, enfim, se trata da doutrina dos precedentes a que se impõe o seguimento nos demais casos concretos, ao afirmar que “o Direito não valoriza a originalidade”¹¹⁸ e faz uma interessante comparação com a literatura e explica que o juiz que se utiliza dos precedentes é bem visto naquele sistema jurídico, enquanto que um autor de

¹¹⁶ Re (1994, p. 281-287).

¹¹⁷ Roscoe (apud op. cit., p. 282, nota 84).

¹¹⁸ Yoshino (2014, p. IX).

literatura não tem crescente reputação se afirma que sua abordagem decorre de texto precedente, sendo a “originalidade” uma nova interpretação a cada caso.

O que se defende nesta tese é que a lei interpretada pode ter divergências dos pares da Corte, eis que é da natureza do Direito tal assertiva prática, contudo o questionamento que se faz é se essa necessária estabilidade pode eventualmente ferir o ordenamento jurídico imposto.

A estabilidade, portanto, deve demonstrar como agir o indivíduo ao se vincular a algo, sendo esse o papel do *compliance* em fazer com que o assessoramento seja contemplador das normas existentes, uma vez que não se pode agir em desconformidade com a lei, essa a segurança jurídica.

De se notar, portanto, que a defesa do assessoramento e planejamento pelo cumprimento de normas se faz de modo a se evitar uma contenda judicial, especificamente pela adoção de precedentes o que se entende inviabilizar a discussão judicial, sobretudo pela necessidade de renovação das decisões também neste sistema, como bem ressaltou Edward Re ao afirmar que “Uma vez que a doutrina do precedente continua a servir a uma função útil e benéfica, é sempre apropriado que se examine e reexamine sua aplicabilidade e limitações”¹¹⁹.

E a ideia central da inserção do *stare decisis* gera, inegavelmente, limitações como não ser, a bem da verdade, um caso finalizado; eis que entende o autor que o caso a que se tem a decisão pelo referido sistema é um “ponto de partida”, um princípio que

é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz, no sistema do *common law* afirma a pertinência e um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo, moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si. O processo de aplicação, quer resulte numa expansão ou numa restrição do princípio, é mais do que apenas um verniz; representa a contribuição do juiz par o desenvolvimento e evolução do direito.¹²⁰

A cautela com o sistema de precedentes, pensando no atual e ainda vigente sistema do *civil law* que se tem no Brasil e a fusão de ambos, é saber se, se baseando na assertiva supra, o caso concreto a que se decidiu e formou o precedente foi devidamente questionado de modo a vergastar todas as situações inerentes ao caso analisado o que nem sempre será suficiente a um novo caso que traz suas particularidades que se amoldam com as atuações das partes envolvidas e com o tempo.

¹¹⁹ Re (op. cit., p. 282, nota 84).

¹²⁰ Ibid., p. 282.

Essa percepção traça duas circunstâncias quanto ao precedente, a de ser vinculativa ou persuasiva, eis que a primeira se impõe quando se esgotam todos os questionamentos e nada mais há a ser analisado e a segunda é a de se ter um ponto de partida propriamente dito e com várias circunstâncias a serem tratadas em uma nova análise, é e dessa assertiva que parte o jurista norte-americano Henry Campbell Black, ao afirmar que:

Uma decisão não faz autoridade em relação a quaisquer questões de direito que não tenham sido suscitadas ou apresentadas perante a Corte e que não tenham sido levadas em consideração e decididas por ela, ainda que estivessem logicamente presentes no caso e possam ter sido abordadas, ainda quando tais questões conduzissem a uma decisão diversa da que foi proferida, se houvessem sido apreciadas pela Corte.¹²¹

A preocupação dessa aspiração ao sistema do *common law* pela juridicidade brasileira é de se preocupar ante a ideia de que o precedente se torne algo automatizado, nítido despreparo de um local adotante do *civil law* e que busca a resposta pelos problemas existentes com uma solução que não está de acordo com a realidade local, contudo de se notar, enfim, que o *stare decisis* não é algo de aplicação automática ante a necessidade de verificação de que o novo caso tenha relação ao precedente a que se pretenda utilizar, uma vez que não se pode unicamente tratar por assuntos.

O socorro jurídico não deve se pautar por uma divisão capitular, mas sim encontrar no fundamento das decisões precedentes o caminho pautado para se chegar a uma solução a cada caso concreto, não podendo se misturar toda e qualquer situação como únicas, pois, acredita-se, que para cada caso existam variantes outras que se devam mensurar quanto às subjetividades das partes envolvidas consubstanciadas nas vontades e expectativas de cada um; as objetividades quanto às leis a que se acreditava estar vinculado; as previsões sancionatórias a que acreditava-se estar adstrito e as perspectivas de negócio; situações que não podem ter uma unívoca análise, mas sim uma percepção quanto ao que se possa aproveitar em cada caso.

É uma vinculação do empirismo e de se acreditar, e defender, que o exercício de atos jurídicos depende do aprendizado obtido pela prática e percepção que integram o conhecimento e um dado obtido para um caso poder servir a outro de forma complementar.

¹²¹ Black (1912 apud RE, op. cit, p. 283, nota 84).

Esse dado é explicado por Hume ao afirmar que é “o fluxo do sensível, uma coleção de impressões e de imagens, um conjunto de percepções. É o conjunto do que aparece, o ser igual à aparência”¹²².

Atenta a essa limitação a própria Corte de Apelação do Estado de Nova Iorque ao afirmar:

Mas a doutrina do *stare decisis*, como quase todas as outras regras de direito, comporta exceções. Ela não se aplica a um caso onde possa ser demonstrado que o direito foi mal compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão. São tão numerosas as manifestações a advogar que, em tais casos, constitui dever dos tribunais reexaminar a questão.¹²³

Essa é a tradução da ideia do paradigma e desse critério empírico deve se valer aquele que atuará com o Direito, sobretudo o de modo preventivo a se evitar a tutela jurisdicional e assim bem elaborar um programa de *compliance*.

Um dos fatores de maior relevância e talvez influência ao *common law* é o costume e nele se justificam decisões ainda que não se tenha previsão legal e, mesmo assim, está obrigado o julgador em dar a resposta jurisdicional à provocação.

O critério do princípio da legalidade é o balizador de nosso sistema da *civil law* e que vem expressamente estampado no art. 5º, inciso II da CF/88 que disciplina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por essa razão, de se entender que a legislação pátria se preocupou em autorizar os precedentes como norma agora contemplado no CPC (Lei nº 13.105/2015) arts. 926 e 927¹²⁴ em que se impõe aos tribunais a uniformização da jurisprudência e sua manutenção de modo estável e coesa que formarão as súmulas com atenção às circunstâncias fáticas dos precedentes.

¹²² Hume (apud DELEUZE, 2012, p. 101).

¹²³ Re (op.cit., p. 284, nota 84).

¹²⁴ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A limitação do *stare decisis* acima suscitada foi contemplada na legislação processual nos §§ 2º, 3º e 4º¹²⁵, ao garantir nova perspectiva de entendimento aos critérios legais invocados, sempre em atenção à segurança jurídica.

¹²⁵ § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

4 CORRUPÇÃO, CRISE E O DIREITO GLOBALIZADO: *COMPLIANCE* COMO MÉTODO PREVENTIVO

A questão da corrupção que acaba por violar direitos fundamentais não pode ser justificada por desconhecimento ou por falta de vontade, ainda que nem sempre possa ter partido ou nascido diretamente do corruptor, mas decorrer de um oferecimento de terceiro, notando-se o conluio dos envolvidos.

É da vontade, como bem ressalta Friedrich Nietzsche, a responsabilidade em envolver as pessoas em muitas “questões admiráveis, maldosas, duvidosas”¹²⁶, ou seja, a vontade nem sempre será algo correto, eis que às vezes impetuosa, outras vezes pensada com intuito de enganar.

A questão da vontade e da verdade trazida por Nietzsche, se mostra relacionada de modo que algo possa resultar de sua contrariedade com inúmeras questões que podem justificar a situação de alguém, pessoa física ou jurídica, ter sua imagem imaculada eivada por questões aética e que acabam por gerar danos coletivos e individuais.

Foi dessa premissa que, como já aludido pela justificação da tese, a que se partiu de fatos notórios no Brasil em especial aos casos no Estado de Minas Gerais da mineradora Vale que com o desastre ambiental de 2015 e o de 2019, havia recebido ano anterior ao primeiro fato, prêmios de qualidade do produto e de sustentabilidade, como largamente noticiado na imprensa e por relatório próprio da empresa¹²⁷ com alguns dados referentes à ética, *compliance* e análise e controle de riscos dos rejeitos nas barragens descritos em item melhor apropriado para o assunto.

4.1 *Compliance*: surgimento, adequação e consequências de sua não aplicação

O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *comply* que significa, basicamente, agir de acordo com uma regra, uma instrução interna, um comando ou um pedido, consubstanciado em um conjunto de disciplinas para fazer cumprir normas legislativas e regulamentares bem como as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades da a que a instituição ou empresa estão organizadas para prestação de produtos ou serviços.

¹²⁶ Nietzsche (1999, p. 11).

¹²⁷ Relatório Samarco (2015).

Desse modo, no vernáculo ter-se-á o cumprimento, enquanto que o *compliance* terá essa vinculação a uma observância a uma norma, sendo na França uma *conformité*, na Itália, a *osservanza*, na Alemanha, o *einhlung*, e na Espanha, o *cumplimiento normativo*.

De se notar a ligação aparentemente vinculativa ao ramo do Direito ante a ideia de que se tenha o cumprimento de algo, o que se supõe de início o cumprimento de uma previsão legal e, por isso, se faz uma rápida correlação com a área jurídica; contudo, o *compliance* está presente em todas as áreas de atuação como a área econômica, administrativa, bancária, de saúde, da construção, de transportes, indústria, agronegócio, entre tantas outras área de desenvolvimento socioeconômico, não só pelas regras legais a que todos os ramos devem observar, mas sobretudo na atuação específica de seu ramo, como atuação de integridade e que tenha direta vinculação com a imagem do negócio a que se atue.

A doutrina lusitana tem oportuna relação com um conceito norte-americano:

o termo *compliance* é usado em vários campos: econômico, ambiental, discriminação no emprego, empresarial, ações e obrigações financeiras, legislação sobre cuidados de saúde, são alguns exemplos. É igualmente usado no campo dos regulamentos de contabilidade, restrições à importação e exportação, acordos contratuais, endividamento, proteção de dados e outros¹²⁸.

A literatura espanhola, não muito diferente do Brasil, aponta como *compliance* um instrumento de uma série de ambientes gerais a serem observados como descreve José María Ayala De La Torre¹²⁹ ao afirmar que para se seguir as normas de cumprimento deve-se buscar as diretrizes da OCDE, normas da *Internation Organization for Standardization (ISO)* e *Commitee of Sponsoring Organitations (COSO)*.

Oportuno tratar da questão da OCDE em que, atualmente, é composto por 36 (trinta e seis) países¹³⁰ cujas pautas tratam de questões ambientais, sociais, financeiras e econômicas e que visam dar amparo e diretriz em proceder políticas públicas para aplicação similar nos países membros que passem por um mesmo problema, contudo o Brasil não faz parte desta importante organização, embora já tenha sido solicitada sua inclusão como membro efetivo, mas têm atuações como “"associado", "participante" ou "convidado", e já aderiu a 26 Recomendações e outros instrumentos da Organização” ante uma abertura da Organização aos 5 (cinco) países considerados emergentes, conhecidos por *Key partners* (África do Sul, Brasil,

¹²⁸ Pupke (2008 apud PIZARRO, op. cit., p. 19, nota 57).

¹²⁹ Torre (2018, p. 22-23).

¹³⁰ OCDE (2019).

China, Índia e Indonésia), além de ter acordo assinado, desde 2015, para participação do Brasil em foros da OCDE.¹³¹

A medida buscada pelo Brasil é salutar, eis que compor a OCDE pode ser visto como um “selo de qualidade”, como se diz na área econômica, mas sobretudo de se notar que integrar efetivamente referido órgão traz um reconhecimento ao País em estar frente a busca de uma organização local.

Quanto ao *compliance*, é de se notar o surgimento no ordenamento norte-americano quando da grande crise instalada por escândalos corporativos que originaram a união de ideias de dois políticos, o deputado Michael Oxley e o senador Paul Sarbanes, surgindo a lei *Sarbanes-Oxley*¹³², ou apenas SOX como também é conhecida, em 30 de julho de 2002, tendo como principal objetivo a criação de métodos confiáveis de auditoria e segurança nas empresas e em suas atividades, bem como pela criação de “comitês” para supervisão dessas atividades e localização de fraudes praticadas tudo de modo a que se verifique e garanta a ocorrência de transparência nas atividades empresariais.

Essas imposições de regularidades e conformidades visando a transparência, se mostram justificáveis de modo a ser um dos critérios obrigatórios para que a empresa interessada na abertura de suas ações para negociação junto à Bolsa de Nova Iorque (*New York Stock Exchange*) tenha um programa de *compliance*, não só demonstrando sua existência e modos de aplicação, mas sim sua efetiva aplicação, comprovando o comprometimento dos que se envolvem com a empresa e os que nela são subordinados, tudo como meio de demonstração da aplicação e prática do programa estipulado.

De se notar que o interesse na demonstração da ética e sua efetiva aplicação e cobrança nos atos dos envolvidos em uma determinada atividade empresarial é um critério de valorização da imagem pelos atos a que se propala e, sobretudo, a que se pratica, existindo a conjugação dessas ações, tendo-se na responsabilidade dos atos um critério de valoração.

O objetivo primordial do *compliance* é o de evitar, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer junto ao desenvolvimento da atividade privada ou pública.

A sistemática o enquadramento ao um regramento se mostra essencial para aumentar os valores morais corporativos e a integridade do compromisso com a ética e a transparência.

É bem analisado por Renata Fonseca de Andrade¹³³ o “*tone at the top*” como o comprometimento no alto nível do gerenciamento da organização empresarial em que os

¹³¹ OCDE (2019).

¹³² Public law (1989).

¹³³ Andrade (2018, p. 206).

atores desse nível administrativo têm a obrigação de “cumprir e fazer cumprir as Leis e as Políticas da Empresa” cujo “compromisso da alta administração será refletido no comportamento e nas ações de gestão intermediária” como o conceito de “*walk the talk*” que é caminhar de acordo com o que se fala.

Oportuna a lembrança explicitada por Carla Veríssimo¹³⁴ de que o *compliance* não se mostra como mera regra de cumprimento de normas legais e ao reconhecer que está ligado mais intimamente com a atividade empresarial, cita Kuhlen para quem essa sistemática de cumprimento remonta ao Direito Alemão há pelo menos uma década que são chamadas por esta nomenclatura que “as medidas pelas quais empresas as empresas pretendem assegurar-se que as regras vigentes para elas e seus funcionários sejam cumpridas, que as infrações se descubram e eventualmente sejam punidas”.

A situação moderna de gestão da empresa não se resta fulminada pelo critério de resultados financeiros somente, mas em especial pelo bom nome da empresa e sua atuação e relação com o mercado e, principalmente, com a sociedade.

É comum de se ver veículos, pessoas e marketing com o uso da marca que é a identificação personificada da empresa e os atos praticados pelos que com essa nomenclatura se apresentam geram consequências à toda a personificação do nome estampado.

De se notar que o *compliance* é o comprometimento dos que estão ligados ao nome empresarial em todos os seus níveis e em todos os atos e funções a que se possa desempenhar na atuação a que se destina, e não somente aos que estão diretamente ligados à função empresarial, mas também aqueles que com ela se vinculam a exemplo da verificação de relacionamento que impõe o *due diligence*.

É certo que a pretensão desta tese em não se buscar ao Judiciário para a solução de embates entre as partes envolvidas, se faz na questão de atuação preventiva não só dos atos a se desenvolver, mas em especial na prevenção dos atos futuros a que se possa vincular a empresa.

A prevenção da busca da tutela jurisdicional se faz presente nos atos assegurados pelo *Compliance* ante uma perspectiva de atuação coesa e ética entre as partes e não com o intuito de se questionar a assunção efetivada, o que denotaria desconfiança na atividade pré-contratual, o que se mostra contraditório em se vincular a algo a que se desacredita ou já se parte com desconfiança.

¹³⁴ Kuhlen (2013 apud VERÍSSIMO, 2017, p. 91).

A alta direção tem um fator extremamente indutivo para o desenvolvimento do *compliance* no ambiente corporativo, público ou privado, mas sobretudo no exemplo de desenvolvimento, aplicação e aceitação do método de integridade que deverá ser o novo norteador para os atos da empresa, como bem já definiu, em 1994, Lynn Sharpe Paine ao afirmar que a direção tem responsabilidade em:

definir e dar vida aos valores orientadores da organização, criar um ambiente que sustente um comportamento eticamente sã, para inculcar um sentido de responsabilidade partilhada entre funcionários. A necessidade de obedecer à lei é vista como um aspecto positivo da organização,¹³⁵

Um ponto de extrema importância é de se notar que quando se fala em adequação às normas, evidente que se tratam das normas impostas, as vigentes, contudo não se pode olvidar que a norma é mutável, podendo ser revogada aquela em que se submetiam os atos e surgirem novas regras que necessitarão de mudanças no programa de integridade criado e praticado.

Essa observância por mais lógica que possa parecer, é oportuna de se lembrar, pois o seguimento de regras, normas, imposições legais, não é um ato unívoco, eis que dependem de previsão expressa em um programa elaborado por profissionais ligados aos vários atos de atuação para que se possa bem gerir o efetivo funcionamento do *compliance*.

Desse modo, nunca se deve esquecer da criteriosa atenção a que se deve ter ao programa de *compliance*, eis que, mais que cumprir regras, deve-se estar atento para a evolução delas, bem como com a nova sistemática e realidade social e política a que se depreenderá a atuação empresarial, o que se coaduna com a evolução socioeconômica, sobretudo quando se está frente a uma sociedade globalizada.

Assim, não só as normas devem ser contempladas, mas também os fatos.

Como legislação internacional com possibilidade de aplicação extraterritorial, o FCPA, lei criada em 1977 nos EUA, teve como enfoque a proibição de pessoas jurídicas e físicas em ofertar e/ou realizar pagamentos a entidades governamentais estrangeiras para facilitar a realização ou retenção de negócios¹³⁶, tendo sanções penais e/ou cíveis que compreendem multas, exclusão de contratos com o governo e penas restritivas de liberdade a empregados e diretores, e referida norma tem sua divisão em seção anti-suborno e outra em seção contábil.

¹³⁵ Paine (1994 apud PIZARRO, op. cit., p. 20, nota 57).

¹³⁶ *The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA"), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business (THE UNITED STATES, 2017).*

A FCPA disponibiliza para *free download* um guia intitulado *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission)*¹³⁷.

Outra legislação de importante relevo como um marco contra a corrupção é a UKBA, integralmente disponível para *free download* intitulado como *Bribery Act 2010* que tem suas sanções à aplicabilidades ativas e passivas, como oferecer, dar, prometer e receber, aceitar, pedir, respectivamente, com alcance aos atos públicos e também privados, e apresenta alguns princípios de aplicação, sendo o primeiro o da proporcionalidade do risco e a aplicação da lei.

A previsão contra a corrupção trouxe na lei britânica, em 2011, um novo regramento anti-suborno (*anti-bribery*) de modo a dar maior autonomia às autoridades e, em especial, ampliar a jurisdicionalidade britânica extra-muros de seu território.

A posição do Reino Unido no ranking internacional sempre foi invejável e, ainda assim, entendeu aquele País e se organizar de modo a dar maior veemência às sanções para os crimes decorrentes da corrupção, embora tenha um caráter mais voltado à questão penal, tema fora dessa tese, o que se buscará serão os fundamentos a que se se levou a essa preocupação, sobretudo para justificar, vez mais, a necessidade premente do Brasil em se debruçar seriamente nesta matéria de ordem.

Ainda outros programas que se valem de políticas corporativas anticorrupção baseadas na integridade e ética, propostas desta tese serão abaixo explicitadas como a COSO, sendo criado como um sistema de controle financeiro corporativo e foi vislumbrada e criada por cinco associações profissionais dos EUA, como: *American Accounting Association (AAA)*, *American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)*, *Financial Executives International (FEI)*, *Institute of Internal Auditors (IIA)* e *National Association of Accountants* que agora se intitula como *Institute of Management Accountants (IMA)*¹³⁸, embora com manifesta independência entre a organização e os institutos envolvidos e que abrangiam setores da indústria, fiscal, investimento e bolsa de valores, os principais objetivos da COSO são gerenciamento de riscos corporativos (ERM), controle interno e dissuasão de fraudes¹³⁹. No ano de 2017, o COSO atualiza um guia de 2004 em que trata de estratégias de desempenho integrado ao gerenciamento de riscos corporativos.

Outra fonte de que se valia especificamente para a criação de programas de *compliance*, era o *United States Sentencing Commission (USSC)*, em seus guias e manuais

¹³⁷ The United States (2017).

¹³⁸ COSO (2019).

¹³⁹ COSO's goal is to provide thought leadership dealing with three interrelated subjects: enterprise risk management (ERM), internal control, and fraud deterrence.

que também estão disponíveis para *free download*¹⁴⁰, embora ainda seja inspirador para programas de integridade, eis que sempre se atualizam suas diretrizes, e referido órgão é independente do Poder Judiciário norte-americano mas é orientador das sentenças federais aplicáveis, e têm como um efetivo programa de *compliance* aqueles em que existam padrões e procedimentos capazes de prevenir ilícitos, supervisão nos alto escalão da organização efetivado por uma supervisão de um *Chief Compliance Officer* (CCO), comunicação a todos os níveis da organização tomadora do programa, sistemas permissíveis à auditoria e informação quanto às condutas ilícitas notadas sem represálias por meio de canais de denúncia, medidas disciplinares com adequada resposta pelos descumprimentos.

Insta salientar que estes critérios são ensejadores de medidas sancionatórias corporativas, sem uma interferência direta do Poder Judiciário mas de modo a orientá-lo quando necessária sua aplicabilidade judicial.

Ainda como instrumentos orientadores e de justificativa de programas de integridade e ética, pode-se citar os Acordos de Capital da Basileia que tratam de operações financeiras e retificado por mais de 100 países e se realizou, em 1988, na Convenção da Basileia-Suíça, como gestão de riscos para as operações financeiras bancárias mundiais, gerando o Basileia I e II e após a crise de 2008, editou-se o Basileia III que tem como principal objetivo a análise e aperfeiçoamento das instituições financeiras para que possam absorverem choques provenientes do próprio sistema financeiro ou dos demais setores da economia, reduzindo o risco de transferência de crises financeiras para a economia real, o que vem sendo implementado no Brasil desde 2013, como ressalta o BCB¹⁴¹.

Nessa área financeira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) bem recorda que desde o ano de 2000 o Brasil integra o Grupo de Ação Financeira da América do Sul (GAFISUD) contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo, agora denominado Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT), tudo como meio de se demonstrar quantos comitês, grupos e organizações estão engajadas com a criação de mecanismos para se prevenir e solucionar casos de corrupção, estando frente a critérios de integridade através do *compliance*.

De se transcrever uma interessante crítica da doutrina francesa ao *compliance*, quando Didier Danet, citado pelo jurista coimbreense, diz que:

¹⁴⁰ USSC (2018).

¹⁴¹ BCB (2019).

O termo inglês *compliance* [...] evoca ao mesmo tempo o facto de se vergar às normas existentes e a tendência psicológica de seguir as ideias e os comportamentos dos outros, por fraqueza de carácter, por gosto, pela moda, ou mesmo pelo servilismo. O *compliance* é uma questão de conformismo, ou mesmo de complacência, de obsequiosidade ou de cumplicidade, tanto quanto de conformidade¹⁴².

Não se pode aquietar-se frente a uma crítica de tal infundada, eis que o termo reverte ao indivíduo para que se cumpra uma norma, até aí de se confessar não ser uma novidade, eis que as normas estão para serem cumpridas, mas o que se inova no termo é o comprometimento do ente estatal e privado em criar mecanismos para se cumprir e se aferir a integridade de si próprio; é o reconhecimento das falhas e a auto solução.

De todo modo, o surgimento tem sua origem maior nas relações financeiras cujo cuidado nas operações de crédito e de bolsa de valores tendem gerar maior prejuízo quando não são bem estratificadas e de se notar já em 1993 a demonstração do *compliance* setorial quando Downes e Goodman afirmavam que:

O departamento criado em todas as bolsas de valores organizado com a finalidade de supervisionar a atividade do mercado e garantir que as negociações obedeçam aos regulamentos da Comissão de Valores Mobiliários (*Securities and Exchange Commission-SEC*) e das bolsas. Uma companhia que não concorde com as regras pode ser excluída da lista e uma corretora que as infrinja pode ser impedida de negociar.¹⁴³

Em Portugal, o aviso do Banco de Portugal n. 5 de 18 de dezembro de 2013¹⁴⁴ aponta o *compliance* em várias passagens da recomendação cujo objetivo do art. 1º é “regular as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao efetivo cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo [...], no âmbito da prestação de serviços financeiros sujeitos à supervisão do Banco de Portugal”, enquanto o artigo 43 aponta expressamente a “função de *compliance*” outorgando várias atuações e atuações ao responsável pela área (Art. 43 no Anexo B).

Por fim, ainda há quem entenda que o *compliance* não é medida suficiente para uma eficaz modificação de cultura comportamental e, assim, ter consequências positivas à imagem da empresa e acabam por não adotar o *compliance* como método de resolução de eventuais situações negativas ao andamento da empresa, o que se chama de “não *compliance*” cuja intenção empresarial vem bem retratada em 3 possibilidades por Pupke¹⁴⁵ ao afirmar que:

¹⁴² Danet (2008 apud PIZARRO, op. cit., p. 22, nota 57).

¹⁴³ Downes (1993 apud PIZARRO, op. cit., p. 23, nota 57).

¹⁴⁴ Banco de Portugal (2013).

¹⁴⁵ Pupke (2008 apud PIZARRO, op. cit., p. 25, nota 57).

a) não *compliance* como preferência: se o efeito líquido de estar de acordo com a regulamentação afecta negativamente o desempenho, pode não ser do interesse dos investidores estar de acordo com essa regulamentação ou padrões; b) não *compliance* devido a incapacidade: mesmo as firmas que pretendem implementar os requisitos regulamentares podem não alcançar o *compliance* devido a incapacidade. Isto pode ser causado por uma falta de recursos financeiros, administrativos ou tecnológicos; c) não *compliance* devido a negligência: finalmente o não *compliance* pode resultar de negligência. Isto significa que a empresa, isto é, a administração, planeou e iniciou a implementação de um programa de *compliance* mas, no fim, o nível de *compliance* planeado não é atingido, porque a abordagem à implementação do programa foi mal sucedida. Neste caso, a razão do não *compliance* pode ser a má administração.

O não agir frente a nova sistemática de regramentos e atuações como meio de construção da boa imagem para justificar uma mudança cultural soa mais como uma resistência infundada e irracional dependendo do ramo de atuação a que a empresa estiver inserida.

Entende-se dever ter cautela ao que se tente impingir como não-*compliance*, eis que por questões econômicas sua não estruturação como se prega não quer necessariamente dizer que o ente não atue em conformidade com os ditames legais e os princípios da boa-fé, estando referida atuação muito mais ligada em uma premissa de boa índole em respeito a um bom nome e boa imagem já construída ao longo de um período, além de questões educacionais bem delineadas.

4.1.1 Atores do *compliance*

A ideia de quem atue com o *compliance* seja apenas o *compliance officer* é tese a ser desmistificada e, para isso, interessante digressão de doutrina lusitana aponta como agentes do *compliance* o *ombudsman*, o *whistleblower*, as *hotlines* e o *compliance officer*; tendo como função primordial da estruturação de um programa efetivo de *compliance* para correto atendimento e retorno aos *stakeholders* por métodos que lhes garantissem meios de denúncias e orientações, sobretudo de modo anônimo, com influência norte-americana dominante e com certa ressalva, inicialmente, por países europeus com maior sofrimento por conflitos pretéritos, como lembra Pizarro ao citar Charles Howard, que bem assentou que:

a perspectiva cultural [...] sobre estes assuntos é bem diferente. As experiências da Segunda Guerra Mundial e a tensão criada pelo comunismo pós-guerra, produziu em países como a Holanda, Bélgica, França e Alemanha, uma forte e visceral aversão a relatórios anónimos [...]¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Howard (2010 apud PIZARRO, op. cit., p. 60, nota 57).

Assim, o *ombudsman* tem a função de intermediar setores da empresa entre elas e estas e os consumidores, sendo uma espécie de “ouvidor”; o *whistleblower* é um denunciante de dentro da empresa em que apontam comportamentos em desacordo com os definidos pela empresa, tendo proteção legal pela lei *Whistleblower Protection Act*, de 10 de abril de 1989¹⁴⁷, e na Europa, com ênfase maior em alguns países e recomendações para sua prática; as *hotlines* são uma espécie de canais de denúncias e, por fim, o *compliance officer* é a figura responsável em instituir o sistema de *compliance* e fazer valer sua efetividade, fiscalizar a prática dos atos cabíveis à sua aplicação e, em especial, fazer disseminar a cultura do cumprimento das regras, da nova mentalidade de gestão e, dessas funções, faz surgir uma autonomia e respeitabilidade para o correto exercício de suas funções.

4.2 As facilidades no trato da legislação: do “homem cordial” aos “donos do poder”

A “cordialidade” explicitada em *Raízes do Brasil*, clássica obra da década de 1930, se nota como tradução da corrupção que impede o exercício de Direitos e, consequencialmente, abarca um rastro de danos de ordem material e moral, esta última com proteção contemplada, inclusive, na CF/88 junto ao art. 5º, inciso X¹⁴⁸, cuja construção vem se moldando ao longo desses trinta anos da Carta Maior, com leis específicas quanto à sua aplicabilidade e, sobretudo, com a hermenêutica judicial e doutrinária a que se deve dizer ser contemplativa aos direitos coletivos como quando se afronta o meio ambiente e gastos públicos, por exemplo.

A percepção do homem médio, na acepção jurídica da palavra, é a da falta de leis que imponham e regulamentem certas observâncias para que se evite tais danos ou que, presente a lei, não há aplicabilidade prática por insubsistência do próprio Estado que criou aludida regra impositiva.

Vários princípios legais permeiam as atividades privadas e públicas, sobretudo quando tais entes se relacionam, e tendo na moralidade um desses principais princípios, a CF/88 em seu art. 37¹⁴⁹, elenca o resguardo aos interesses coletivos, onde se determina evitar desvios

¹⁴⁷ Public Law (1989).

¹⁴⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

¹⁴⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e [...].

éticos em tais atividades, muito bem observada na pena do Ministro Ricardo Lewandowski do STF em relatório junto ao Recurso Extraordinário nº. 579.951-4¹⁵⁰, cujo trecho transcreve-se, e que aponta a exigência de referido princípio da moralidade de que “o agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm por fim último alcançar a consecução do bem comum, independentemente da esfera de poder ou do nível político-administrativo da Federação em que atue”.

O aludido Recurso Extraordinário julgou as razões levantadas pelo Ministério Público Federal quanto ao “nepotismo” que estaria em evidente afronta aos incisos II e V do art. 37 da Carta, cujo conteúdo era a legalidade, ou não, de contratação de parentes para o preenchimento de cargo público municipal, cujo julgado *a quo* reconheceu a possibilidade de tal contratação, mantido em segunda instância e alçada ao STF, onde houve a reforma parcial sob o argumento de que a contratação de pessoal com parentesco em face dos gestores da administração pública ofendia a moralidade inculpada no referido artigo da Lei Maior e a Resolução nº. 5 do Conselho Nacional de Justiça, cujo art. 2º constitui o nepotismo em cargos junto ao Poder Judiciário.

A tese jurisdicional contemplou justamente o eixo central desta tese, a saber, a “cordialidade” no trato da administração pública, como bem lembrou o argumento do escritor Sérgio Buarque de Holanda:

Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático¹⁵¹ (grifo do autor).

De se notar, portanto, que o trato público já se denominava, pelo aludido escritor, como “funcionário patrimonial” cuja seleção se pautava pela confiança pessoal em detrimento à meritocracia, tratando o bem público como seu exclusivo interesse, manobrando atos públicos e utilizando cargos públicos como troca de favores pretéritas ou futuras.

As relações globalizadas demonstram diferentes culturas e formas de negociação com critérios diversos dos que se praticavam até então, mas com intuito de envolvimento econômico entre nações que, inegavelmente, também trouxe um incremento, por assim dizer,

¹⁵⁰ STF (2018).

¹⁵¹ Holanda (1995, p. 146).

à corrupção; eis que a globalização não se configura apenas pela troca de experiências salutares, mas também de critérios ensejadores do interesse privado sobre o patrimônio público.

Contudo, os critérios de boa conduta empresarial e principalmente a ética no trato do que é público também trouxe o interesse em melhor atuar dos empresários e gestores públicos, tendo essa preocupação e efetiva atuação nessa linha diretiva em preservar e, por que não, demonstrar seu bom nome.

Atento a essa linha de raciocínio, a Lei nº 12.846/2013, como já descrita “Lei Anticorrupção”, mas também chamada de “Lei da Empresa Limpa” que, além de tipificar os atos lesivos em seu art. 5º, traz nos art. 6º e 19 as sanções então aplicáveis, como já se aduziu acima, concentrou outros modos afim de enfraquecer e/ou desestimular a corrupção, como meios de colaboração descritos como “acordo de leniência”; organizar a implantação de programas de integridade, o próprio *compliance* e a implantação de cadastros públicos a ser alimentados com informações de irregularidades cometidas e suas consequentes sanções que devem ser expostas em dois cadastros criados, como o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP)¹⁵² e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CNEIS)¹⁵³.

¹⁵² O Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) é um banco de informações mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) que consolida a relação das empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). A Lei Anticorrupção prevê a punição de pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção e outros ilícitos contra a administração pública, alcançando inclusive as empresas brasileiras que atuam no exterior. Além de atender a compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a nova lei finalmente fecha uma lacuna na legislação brasileira ao tratar diretamente dos atos lesivos praticados pelas empresas. As sanções podem alcançar desde a aplicação de multas, na esfera administrativa, até a perda de bens, a suspensão de atividades e a dissolução compulsória, na esfera penal, além da proibição de receber incentivos, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos e entidades públicas. Ao dar transparência a todas as punições aplicadas, o CNEP funciona como um importante instrumento de controle pela sociedade quanto ao cumprimento da Lei. Através do CNEP também é possível acompanhar os acordos de leniência firmados pelas empresas com o poder público, inclusive aqueles que eventualmente sejam descumpridos. Atenção! A Lei Anticorrupção trouxe a obrigatoriedade para os entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, de manter o Cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros. Na esfera federal, o CNEP é alimentado diretamente pela CGU, a partir de pesquisa às sanções publicadas no Diário Oficial da União. Com o lançamento do sistema CGU-PJ (base de dados oficial dos processos de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas) haverá a importação automática das sanções ali registradas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

¹⁵³ O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) é um banco de informações mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e CGU que consolida a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções tendo como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. Os impedimentos de contratação com a Administração Pública só têm efetividade se facilmente verificáveis pelos órgãos e entidades no momento da licitação. O CEIS representa uma fonte de referência para todos os gestores públicos nos processos de compras governamentais. Vários entes federados possuem cadastros sobre o assunto, alguns possibilitam a consulta mediante o CNPJ das empresas e outros em forma de lista. O CEIS vem reunir, em um único banco de dados, a relação de apenados proveniente das diversas fontes disponíveis. Ao consolidar dados de distintas fontes e traduzir a linguagem técnica para uma estrutura acessível, o CEIS também aumenta a transparência sobre o assunto e possibilita o controle da sociedade quanto

Referidos cadastros ganham força e razão de ser junto a Lei Anticorrupção visto a prévia Lei nº 12.527/2011 vista como a Lei de Acesso à Informação (LAI) que justificam, portanto, a transparência bem como o apontamento das empresas com condutas ilícitas, e também impedir que tais empresas participem de licitações e outras atividades, acabando por serem consideradas, portanto, inidôneas por órgãos administrativos e judiciais, que certamente será um fator a se buscar evitar pela empresa e aquela que não está ali listada poderá ter uma melhora e inegável visibilidade e pré-conceituada idoneidade.

4.3 Compliance, Discovery, ampla defesa e lei anticorrupção

Em um sistema de *civil law* como o brasileiro, o crescimento do *compliance* pode soar contraditório, eis que oriundo, portanto, do sistema da *common law*; embora isso não seja impeditivo como já se notou por outros critérios de conjugação dos dois sistemas e pela nova realidade por quem vem experimentando a jurisdição na aplicabilidade no ordenamento brasileiro.

De se iniciar o assunto com uma crítica às vendas do *compliance* como um novo produto ou uma solução milagrosa ou única para os conhecidos fatos de afronta à licitude e à ética, eis que não é exatamente uma novidade e muito menos o caminho final para essa prática, mas sim uma atividade-meio cujo objetivo é o de mensurar os problemas enfrentados em uma determinada situação, reconhecê-los e estruturar um planejamento para minimizá-los ao máximo, sendo uma atividade preventiva com intuito de previsibilidade dos atos para uma melhora desenvoltura econômica.

Deve-se ter a consciência de que a eliminação do problema gerador do fator corruptivo é medida utópica, uma vez que a estrutura em que se elaborará o planejamento envolvem pessoas na atuação em seus mais variados ramos e, notório é, que são as pessoas e seus momentos por que passam em algum momento da vida e suas escolhas que fazem com que os fatos ilícitos, com o má-fé ou não, levem infringências a cada caso concreto que se deparará quem estiver à frente do comando e realização do efetivo planejamento.

ao cumprimento das sanções aplicadas. Para preservar a autenticidade das informações o CEIS traz a indicação da fonte, o que possibilita ao usuário aprofundar sua consulta, caso deseje o contato direto com o órgão sancionador. A [Lei nº 12.846/2013 \(Lei Anticorrupção\)](#) trouxe a obrigatoriedade para os entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, de manter o Cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o [Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP](#), que é alimentado diretamente pelos órgãos e entidades do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios brasileiros. Na esfera federal, o CEIS é alimentado diretamente pela CGU, a partir de pesquisa às sanções publicadas no Diário Oficial da União e da importação de bancos de dados institucionais.

Como é de se notar, o *compliance* é, em um primeiro momento, um conjunto de atividades a se buscar as normas a que se devem aferir e inseri-las na atuação a que estiver vislumbrando e, mais do que isso, fazer exigir referido cumprimento e observância por todos que estiverem envolvidos e relacionados nas atividades a que se impõe o planejamento; a partir daí buscar-se-á a solução às infringências e não-conformidades encontradas com a aplicabilidade das normas elencadas sendo, portanto, essa atividade-meio a que se aventou.

O *compliance* impõe uma adequação aos regramentos previstos e, principalmente, que se estabeleçam meios de investigação próprios e conseqüentemente de imposição sancionatória o que, segundo alguns juristas, sobretudo os penalistas, pode-se infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Mais do que um programa de imposição de regras colhidas aos casos de atuação em que a pessoa jurídica se estruturará, o *compliance* é um programa de prevenção aos atos fraudulentos com fundamento, não somente nas legislações existentes ao fato, na nova educação jurídica a que vem ganhando espaço em nossa prática jurídica, como ressalta Débora Cardoso citada por Gustavo Scandelari:

a demanda pela contenção dos riscos decorrentes das atuais modificações sofridas na ordem econômica e as e as conseqüentes dificuldades na prevenção e combate dessas novas situações de perigo encontram equivalência nos deveres de *compliance*¹⁵⁴.

O programa de *compliance* deve trazer em seu conteúdo métodos de investigação privada para que a decisão sancionatória seja definida internamente, contudo especial atenção deve-se ter o *compliance officer* para que as regras sejam, então, integralmente cumpridas e, desse modo, atentem-se ao exercício da ampla defesa e do contraditório sob pena de se infringir frontalmente o próprio conceito do *compliance* em resguardar as regras do ordenamento jurídico pátrio.

E essa nova regra introduzida em nosso sistema jurídico traz outra particularidade do direito anglo-saxão que é a entrega das provas obtidas à outra parte, fator conhecido como *Discovery*¹⁵⁵, o que confronta com o sistema brasileiro da *civil law* em não se produzir provas contra si, devendo ser lícitas e não podem ser reexaminadas nos tribunais superiores¹⁵⁶.

De certo modo, judicialmente ou extrajudicialmente, a ampla defesa e o contraditório devem estar presentes e fazer com que se garanta seu exercício sem restrições para que não se

¹⁵⁴ Cardoso (2015 apud SCANDELARI, 2017, p. 93).

¹⁵⁵ Correa (2017).

¹⁵⁶ Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

esteja frente a mais uma infração que o próprio *compliance* combate, e essa constatação é tema em artigo de Rodrigo Oliveira de Camargo¹⁵⁷:

Auditorias nem sempre seguem estrita observância à forma, principalmente se vista como garantia individual, sendo esta prática potencialmente produtora de violações de direitos fundamentais. A Lei 12.846/2013 nada dispõe sobre a existência de um procedimento para a condução de investigações no âmbito empresarial, deixando livres as corporações para que investiguem da forma como melhor entender. O ideal é que, desde o seu nascimento, observem direitos e garantias constitucionais de qualquer cidadão que se encontre na condição de investigado, como o direito de ser acompanhado por defesa em todos os atos da investigação, a observância do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) e, fundamentalmente, o exercício do direito ao silêncio.

Essa preocupação com o trato defensivo deve ser uma exegese primordial no programa de *compliance*, eis que muitas vezes de se deparar com situações jurisdicionais de inobservância a este regramento, conforme ampla e notoriamente se divulga nos meios jurídicos, e é justamente por se ter um ordenamento garantidor das prerrogativas defensivas e outro regramento para apuração de atitudes aéticas é que se deve ter maior e intransigente observância à ampla defesa.

Contudo, há quem critique a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) ao entender que o regramento investigativo no ambiente empresarial seria um abuso legislativo como meio preparador para uma função estatal que não detêm de meios conducentes ao bom desenvolvimento de referida obrigação jurisdicional, o que poderia, portanto, levar a abusos sem possibilidades de reformulação sob o espreque de que os atos foram efetivados ante uma regulamentação interna, portanto válida no enfoque legal.

Tais atuações são geralmente previstas como auditorias nem sempre elaboradas nos termos da legislação anticorrupção, geando distorções como bem salienta Rodrigo Oliveira de Camargo¹⁵⁸:

Mas não só a inexistência de forma é alvo de preocupação. Na apuração de ilícitos criminais pela investigação preliminar, havendo a necessidade de violação de direito fundamental durante o seu desenvolvimento, existe a segurança do controle jurisdicional em meio às atividades conduzidas pelas polícias. Tal controle na investigação realizada pela empresa é inexistente, não havendo obrigatoriedade de intervenção judicial contra a ocorrência de atos atentatórios a garantias fundamentais.

Passa a ser, portanto, terreno fértil para produção de elementos obtidos por meios ilícitos, situação igualmente tutelada pela constituição ante a inadmissibilidade genérica de provas produzidas com ofensa das garantias constitucionais e materiais.

¹⁵⁷ Camargo (2017).

¹⁵⁸ Camargo (op. cit., p. nota 104).

A crítica desta tese é a de justamente se ter inúmeras previsões legislativas pouco aplicáveis judicialmente, ante a aspiração do julgador em exercer um critério hermenêutico mais amplo do que de fato teria possibilidade, restando por inovar para uma formação de precedentes sobretudo face a uma novel legislação.

A ideia central é a de desenvolver o programa de *compliance* como meio de principal interesse da empresa e seus integrantes em toda a cadeia de atuação da mesma e fazer com que esses atores estejam envolvidos para melhor gerir seu desenvolvimento como uma atividade meio para se alcançar a melhor imagem, essa a atividade fim a que se busca.

A legislação tem a ética como pronto de partida para tal assertiva investigativa a atos em desacordo com o novo critério a se evitar fraudes e deixar a empresa com a melhora na imagem como bem salientou Eduardo Saad-Diniz¹⁵⁹:

Um programa efetivo de *compliance* interessa primeiramente à própria empresa, protegendo-lhe, e também a seus empregados, pelos mecanismos de prevenção de riscos puníveis. Em outras palavras, o interesse pontuado de início preventivo vai mais além, incorporando setores distintos do campo fincado meramente à administração. Passa-se, pois, a justificar punições – quiçá penais – a partir do pressuposto do *compliance*. A proclamação de uma *compliance* penal que não dê conta da funcionalidade específica do comportamento negocial pode acarretar a consequência reversa da autoincriminação no âmbito da empresa, paradoxal a tal ponto que ela mesma comunica a punibilidade de suas práticas.

O descumprimento da lei é infringência certa quanto aos pressupostos nela estabelecidos, enquanto que o descumprimento ao precedente não se mostra diretamente uma infringência sancionatória, uma vez que nem sempre estarão vinculados à expressa dicção legislativa, e assim bem salienta Marcelo de Aguiar Coimbra¹⁶⁰:

O primeiro compromisso ético dos cidadãos, inclusive das organizações, entre as quais se incluem as empresas (cidadania empresarial), reside no cumprimento da lei. Não simplesmente para evitar a imposição de alguma sanção, mas como um dever cívico.

Na esfera penal, o que vem sendo intitulado como *Criminal compliance*, se tem modificada a pretensão punitiva estatal, e tem-se dado espaço às condutas prévias, identificando-as e buscando uma solução possível a se evitar uma “persecução penal da empresa”¹⁶¹ e também delineada pela doutrina espanhola por Bacigalupo¹⁶²:

¹⁵⁹ Silveira (2012, p. 308-309).

¹⁶⁰ Coimbra (2010, p. 15-16).

¹⁶¹ Saavedra (2011 apud SILVA, 2015).

¹⁶² Bacigalupo (2011 apud SILVA, *ibid.*, p. 32).

la cuestión de la tipicidad adquiere el sentido de cálculo ex ante de la relevância de la conducta com miras a prevenir la responsabilidad, como se dijo, no solo de las personas individuales, sino la empresa misma.

É da ética a possibilidade em não agir em desacordo com o ordenamento jurídico, eis que deve-se ter conhecimento dos atos contrários à legalidade e assim escolher qual conduta seguir; ética, afinal, é escolha de como agir.

4.3.1 Combate não penal à corrupção

Como delimitado, esta tese não abarcará questões penais à corrupção e sim as questões de prevenção e resolução não penal à corrupção, campo não tão explorado como o viés criminal dos atos, já bem representados por robustas doutrinas.

Desse modo, o combate não penal à corrupção envolve questões interdisciplinares como se desenvolve nesta tese e, vez mais, de se mostrar a preocupação com a imposição ética dos atos e a recuperação pela cultura da ética e nova mentalidade de todo o grupo societário e colaboradores.

Essa preocupação de combate não penal à corrupção é medida que vem se dedicando o Banco Mundial, como exposto por Omar Azfat: “a corrupção, ela própria, é muito fácil de esconder”, enquanto que “as consequências da corrupção nem sempre são tão fáceis de escamotear”¹⁶³, traçando a ideia de responsabilização do agente causador do dano por sua reposição pecuniária, não sendo, exatamente, uma novidade, mas se mostra como um justo método de reordenar o dano causado e para quem sofreu o prejuízo.

4.4 Culpabilidade e *business judgment rule*: ranking da corrupção e empresa “limpa”

Quando se trata da assunção de deveres e seu consequente conhecimento das sanções a que se deve cumprir espontaneamente quando de eventual inobservância às regras pactuadas, estar-se-á frente ao que se chama do direito civil português como autodeterminação como trouxe o jurista lusitano Joaquim de Sousa Ribeiro: “a autodeterminação só subsiste quando ao sujeito é garantida a possibilidade de realizar fins importantes sob sacrifícios exigíveis”¹⁶⁴.

¹⁶³ Azfat (2008 apud SANTOS, 2009, p. 09).

¹⁶⁴ Ribeiro (2003, p. 45).

É cediço que a contratação se preocupa em primeiro angariar o contratante e pouco minutar sobre suas responsabilidades, ou quando assim efetivada, essa se faz de modo muitas vezes pouco claro, o que muito se discutiu quanto aos contratos de adesão sobre sua legalidade ou não, culminando no reconhecimento de sua validade jurídica desde que com observações claras quanto às imposições obrigacionais, conquanto isso é óbvio, sobretudo quando se fala em contratos de consumo em que na maioria das vezes se tratam com pessoas hipossuficientes quanto ao conteúdo.

Mas não é dessa autodeterminação a que trata do direito civil português, e sim quanto ao efetivo conhecimento das obrigações e desde que essas obrigações sejam negociadas e esclarecidas por ambos e, sobretudo, cumpridas suas sanções espontaneamente, sendo essa a premissa da nomenclatura, como lucidamente ressalta Joaquim de Sousa ao afirmar que:

[...] a questão institucional da autonomia privada, a da definição do seu campo, requer um complexo de valorações que atenda, em primeira linha, à típica possibilidade de realização pessoal dos sujeitos envolvidos. Por aqui se vê a indispensabilidade do pensamento da autodeterminação, apto, à partida, porque valorativamente cunhado por aquela ideia fundante, a traduzir as exigências que dela decorrem. [...] E essas, de acordo com a ideia de liberdade como autodeterminação, podem ser situações juridicamente relevantes, a ponderar na definição da área da autonomia privada. A partir de determinado limite, ou em certas formas de vulnerabilidade, não pode mais afirmar-se que a parte mais fraca goze, em relação ao um certo tipo de actos, de autodeterminação, no sentido de capacidade para uma autónoma defesa dos interesses próprios.

É dessa premissa de conhecimento de suas obrigações desde que se tenha condições valorativas para tanto é que se nota a diferença quanto às meras contratações de consumo, por exemplo, em contrapartida às relações negociais a que se deva ter a responsabilidade pelos riscos inerentes a um negócio que, se presentes em um certo ato, devem ser cumpridos, tendo não só um carácter de conhecimento dos riscos, deveres e obrigações, mas sobretudo um carácter de “vigilância e, eventualmente, de intervenção ou correção”¹⁶⁵.

Essa a efetiva diferenciação na relação consubstanciada pelo *compliance*, eis que tanto a uma quanto a outra parte ciente de seus direitos, mas sobretudo de seus deveres, deve estar atento para que as cumpram e, ainda mais, sejam cumpridas pela outra parte, sendo uma relação de cumprir e fazer cumprir normas presentes e possíveis na lei.

A inexistência da autodeterminação tal qual explicitada, ou sua deficiência, não trará ao bem da relação negocial sua efetiva atuação a que se deve esperar e exigir, fazendo que as próprias partes envolvidas cuidem para o bem gerir da relação negocial e desse modo não necessitem buscar a provocação jurisdicional para se fazer valer um direito pretensamente

¹⁶⁵ Carvalho (1968-1969 apud RIBEIRO, op. cit., p. 46, nota 161).

violado, ou ainda em rever as cláusulas sob o argumento de desconhecimento ou errônea interpretação.

Toda relação humana depende de cuidados, observâncias, orientações, ajustes e, se tudo assim estiver de acordo, crível que se faça valer as previsões contratuais e, para tanto, é natural que se estudem conjuntamente, e de modo privado, as cláusulas dessa relação a nascer, não podendo constituir pressa uma assunção negocial de tal envergadura a que se espera.

A tese lusitana a que se aqui vislumbra é a de suprir o que nominou Joaquim de Sousa como “nó problemático da comunicação entre declarante e declaratário”¹⁶⁶, o que poderia forçar, ao menos em tese, a manutenção de uma vinculação a que não se queria, mais especificamente quando se conhece, de direito, os dizeres de seu conteúdo.

Nesse ponto, oportuno enfatizar a ocorrência do novo fenômeno trazido no Código Civil de 2002, art. 110¹⁶⁷, que trata da reserva mental, cuja assunção somente não será prevalecente se a discordância de algo do contrato tiver conhecimento a outra parte e a fizer impor por efetiva exigência o que possivelmente desaguará na provocação judicial, o que não se mostra eficaz para o fim de uma relação negocial, que merece ter sua finalização pelo cumprimento a que se dispuseram as partes.

Há notória previsão legal aos vícios do consentimento, e assim se faz impor pelo art. 104¹⁶⁸ a capacidade das partes para que não se busque arguir situações contra sua própria torpeza como justificativa para uma previsão de desigualdade contratual.

Assim, deve cuidar o receptor do contrato para que condições e premissas básicas contratuais estejam presentes e assim a autodeterminação bilateral ou plurilateral, de todos os envolvidos.

É o que se nomina no direito germânico como “segurança do tráfico” e que se relaciona com o “princípio da tutela da confiança”, esposada por Franz Bydlinski¹⁶⁹, e que se conclui que a autonomia da vontade é um pressuposto meramente indispensável, mas que deve ser associado e conjuntamente existente com a necessidade de certeza e segurança dessa relação e que seus efeitos se façam concreto, ou seja, deve-se ter a segurança de que o contato tramitará bem, e suas previsões se façam concretas, ativa ou passivamente, e de modo privado, verdadeira conotação bem empenhada pelo *compliance*.

¹⁶⁶ Ribeiro (op. cit., p. 47, nota 161).

¹⁶⁷ Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

¹⁶⁸ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁶⁹ Bydlinski (1967 apud RIBEIRO, op. cit., nota 161).

De se encontrar, também, linha de raciocínio empírica de que não há liberdade de escolha em uma relação contratual, como aceitação absoluta de uma imposição unívoca de uma as partes, sob uma argumentativa de arremedo aos que se contrapõe aos critérios legais da autonomia da vontade na relação contratual, como se a autonomia de vontade para a negociação fosse exercício utópico dessa relação.

De se justificar, vez mais, que do *compliance* a relação merece a imposição e aceitação recíprocas das vontades, mas não absolutas, eis que das demonstrações das intenções devem as partes buscarem as orientações necessárias, negociá-las e, se acordes, efetivar a assunção para que se façam cumpri-las do modo menos litigioso possível, restando a busca à jurisdicionalidade o descumprimento daquilo a que se submeteu por vontade própria, e não meramente aderida, e dessa assertiva é de se vislumbrar, portanto, que a liberdade não se mostra como um privilégio absoluto, eis os limites impostos para ambos.

Ainda que em um dado momento do decorrer do cumprimento do contrato se atenha uma das partes, ou ambas, que o critério de escolha, a forma que levou à assunção da relação tenha se mostrado diversa àquela de quando se entendeu estar acorde, deverá ter um motivo justificável para uma revisão que, ainda assim, poderão as partes envolvidas se conciliarem sem, necessariamente, provocar o Estado para a solução, salvo se houver o conflito de interesses de modo intransigível para uma das partes, se sujeitando aos ditames da lei acrescido ao critério hermenêutico do julgador, cuja decisão deverá ser aceita, ainda que discorde de seu resultado.

Assim, a autonomia da vontade se respalda no critério da confiança mútua e recíproca, um dos pilares do *compliance*; contudo, antes de se ter a relação amparada na confiança e quando do momento de negociação, um dos critérios é, vulgarmente falando, a desconfiança, momento em que se buscará analisar, conferir e respaldar as propostas de cada uma partes.

Quanto às referências dos critérios se acordam e a relação se estabelece, ter-se-á a ética, naquilo que se escolheu e em respeito ao que foi escolhido pela outra parte.

Acreditar que uma das partes envolvidas terá sobreposição sobre a outra por uma melhora avaliação, demonstra um diminuto interesse em se ver valer a ética bilateral igualitária e em nada adiantaria todo o desenvolvimento legislativo em se valer dos critérios de liberdade e igualdade a que o *compliance* orienta.

O que se deve ter é o conhecimento em discernir um interesse alheio e ser contrário às suas necessidades e por isso não se vincular a uma relação contratual, e outro ponto é ter um interesse unívoco em detrimento a direitos alheios e querer impor essa vontade e aquietar-se para o reconhecimento e a solução do eventual problema surgido.

Bem esposado por Nuno Calaim Lourenço, ao expor o campo de aplicação da *business judgment rule*, como nas decisões de gestão e quando estejam presentes a possível discricionariedade e autonomia, bem observa o autor que a atuação do gestor é o de estar vinculado à previsão legislativa, como diz, “as deliberações ou estão em conformidade com a lei ou não estão, [...]. Não existem terceiras alternativas”¹⁷⁰.

Oportuno se fazer notar que a discricionariedade é liberdade de atuação em análise dos regramentos legais e apontar a conduta a que se deve seguir a sociedade seus sócios, e assim não se nota verdadeira atuação subjetiva quando a função esteja vinculada estritamente aos preceitos normativos ou contratuais existentes.

4.4.1 Evolução e justificativa científica do ato de corrupção

A corrupção, como já esparsamente sustentado ao longo da tese, é medida nociva à coletividade, não sendo um ato destinado a um único ato danoso, eis que abrange uma variada gama de serviços destinados a vários ramos da sociedade, como educação, saúde, moradia, alimentação, saneamento básico, transportes públicos, segurança, entre outros inúmeros atos.

Mas seria justificável o ato corruptivo, já que se expôs que os atos são praticados por vontade própria, um ato voluntário?

Some-se a essa questão, outras que se apresentaram de complementar cunho junto ao artigo “As causas socioculturais e político-econômicas da Corrupção: uma análise para vários países”, em que a autora bem diagnostica que a corrupção não é aceita pela sociedade em geral, decorre de um ato injustificado e questiona o porquê está presente em vários países do mundo, e por qual motivo alguns países apresentam maior ou menor relevância nesta prática, tendo como base teórica de que “a cultura e os valores partilhados pelas pessoas de um país podem influenciar a forma como as pessoas se comportam, os níveis de compromisso com o trabalho e vida econômica, o funcionamento das instituições e bases legais, o desempenho econômico nos países”¹⁷¹.

A questão econômica se conjuga com questões históricas, sociais e culturais e aponta a doutrinadora duas importantes teses são destacadas quando apontam as justificativas nessas dimensões como os estudos de Hofstede que inquiriu por volta e 117.000 empregadas de uma empresa multinacional, em 40 países, entre 1967 e 1973, e apontou “quatro dimensões culturais: distância de poder (DP), evitamento da incerteza (EI), masculinidade (MAS)/

¹⁷⁰ Lourenço (2011, p. 35).

¹⁷¹ Tavares (2005).

feminilidade e individualismo (IND)/ coletivismo”, e Schwartz inquiriu professores entre 1988-1992, de 31 países e “derivou três características sociais bipolares que se traduzem em sete dimensões culturais: conservadorismo, autonomia intelectual e afetiva, hierarquia, mestria, harmonia e compromisso igualitário”.

Em Hofstede, o distanciamento pelo poder ou por questões hierárquicas, faz com que a reverência por tal *status* seja influenciadora perante os subordinados; enquanto que em países com menor distanciamento hierárquico, a influência se mostra diminuta; o evitar a incerteza tem relação com a questão da transparência, em que se evita o envolvimento com questões de risco e, por isso, aceita-se situações de aparente facilidade e comodismo; a questão do gênero se mostra evidente em países com maior imposição de um sobre o outro, com cunho machista e que gere influência dominante, sem lugar para a isonomia, assemelhando-se com a questão do distanciamento do poder; quanto ao grau de individualismo/coletivismo, afere-se pelo autor que quanto maior o individualismo é menor o grau de hierarquia o que favorece um ambiente menos corrupto.

No tocante à tese de Schwartz, o autor conclui que:

as três características culturais bipolares são conservadorismo/autonomia, hierarquia/igualdade e mestria/harmonia, que reúnem entre si valores socioculturais contrários. Esperamos encontrar uma relação positiva entre o conservadorismo, a hierarquia e a harmonia e o nível de percepção da corrupção num país porque nas sociedades que apresentam uma elevada preferência por estes valores, motivam-se os comportamentos ocultos das pessoas que procuram melhorar a sua riqueza, rendimento ou lucro.

As referências supra, fazem concluir que um dos principais fatores para se justificar a ocorrência da corrupção é o grau de estabilidade econômica, social e política de uma nação, tendo o fator educacional sua linha mestra, eis que sem referido fator instrutivo, ter-se-á um maior distanciamento entre classes, maior necessidades sociais o que acaba por gerar meio de troca entre o exercício hierárquico do poder para com a necessidade coletiva, o que pode forçar a negociação geradora de benefícios conluente em favorecimentos, critério essencialmente ligado à corrupção.

4.4.2 Manutenção da empresa como viabilidade socioeconômica: recuperação no lugar de punição

A recuperação de empresas a que se restaram envolvidas em problemas de corrupção tem tomado adeptos no mundo todo, decorrente de uma experiência de especialistas no

Department of Justice (DOJ) dos Estados Unidos da América (EUA), como bem ressaltado pelo ex-procurador do DOJ Ben O’Neill, no Seminário “O interesse público e as novas relações entre Estado e empresas”¹⁷².

4.4.3 Deveres de lealdade dos administradores e o Direito europeu

Bem explicitado por Nuno Tiago Trigo dos Santos, o início do século pautou-se por importantes escândalos financeiros nos Estados Unidos (Enron, Worldcom) e na Europa (Vivendo, Ahold, Parmalat, Cirio) em que “demonstraram a insuficiência dos sistemas de fiscalização externos da atividade dos administradores”¹⁷³.

É dessa notória falta de fiscalização conducente aos atos de corrupção que se debruça a tese e, nesse aspecto, a necessidade de instituir um efetivo e válido procedimento de conduta que certamente deve ser pautado pela ética.

De se ter ciência quanto aos cétricos sobre a ética, embora justificável pelos vícios de atuação de gestores envolvidos em tais escândalos, é certo e evidente que a nova conduta pautará por meios e critérios a novos administradores e, ainda, novos diretores, sobretudo se este e/ou aqueles estiverem respondendo pelos crimes a que lhes forem imputados.

É da nova mentalidade dos gestores e das regras de deveres de lealdade é que se pauta o trabalho como meio de desenvolvimento socioeconômico.

A regulação das sociedades empresariais quando compostas por acionistas majoritários e minoritários é tem ade relevo quando se trata da lealdade dos administradores para com todos seus acionistas, contudo a realidade não é bem essa, como bem assenta Coutinho de Abreu:

[...] os acionistas dominantes intervêm activamente na vida societária, controlando e fiscalizando os órgãos de administração da sociedade, fenómeno que acompanhado por uma menor intervenção dos accionistas minoritários. [...] O principal efeito pernicioso desta situação encontra-se no risco da actuação dos administradores em benefício dos sócios maioritários e em prejuízo dos minoritários ou do interesse social¹⁷⁴.

¹⁷² CONJUR (2019).

¹⁷³ Reis (2009, p. 281).

¹⁷⁴ Abreu (2005/2006, p. 14).

O Direito português, na reforma no Direito das Sociedades, especificamente no Código das Sociedades Comerciais (CSC), traz como um dever fundamental do administrador os deveres de cuidado explicitado no artigo 64¹⁷⁵.

De todo o modo, o mesmo aludido diploma lusitano traz uma espécie de cláusula de “irresponsabilidade” do gestor administrativo no art. 72¹⁷⁶ quando venha agir dentro de sua atividade e eventualmente causar danos patrimoniais dos sócios ou da sociedade e sempre que, nesse caso, tenha efetivada a informação de eventuais riscos da atuação a que vier vislumbrar para tanto.

De se notar, assim, que tal resguardo legal merece amparo nas atividades que, sabidamente, são atividades-meio e que o resultado positivo possivelmente virá se ativamente atuar o gestor ou todos os demais profissionais que não exerçam uma atividade de garantia.

Desse modo, é de se fomentar as atividades de meio, e assim se justifica pelos riscos do negócio a que estiver vinculada a atividade e de modo a incentivar o empreendedorismo, trazendo, ainda, uma necessária viabilidade na liberdade de decisão na atuação profissional, já que a contratação do administrador é para que aja dentro dos ditames legais para se buscar um resultado de melhor interesse da sociedade, sem que isto resulte em uma garantia e, de mesmo modo, não resulte em infringências legais, ainda que se vislumbre um resultado positivo, não tendo espaço o ditado popular de que “os fins justificam os meios”. Deve-se “ganhar” com ética, e “perder” também, e tudo de modo que a atuação seja informada e não esteja em conflituosamente em contraponto com os interesses da sociedade.

Essa lealdade trazida hodiernamente no CSC português e decorrente, como já se afirmara, pelo *business judgment rule* tem um notório precedente do STJ de Delaware, em que se consagrou de que a “presunção de que ao tomar uma decisão empresarial o gestor da sociedade atuou informadamente, de boa fé e na honesta crença de que agia no melhor interesse da sociedade”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Artigo 64º (Deveres fundamentais):

1-Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; [...].

¹⁷⁶ Artigo 72º (Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade) [...].

1-A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior [*gestores*] provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

¹⁷⁷ *The business judgment rule (...) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in honest belief that the action taken was in the best interest of the company (...) absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption (...) protection can only be claimed by disinterested directors whose conduct otherwise meets the test of business judgment rule. From the stand point of interest, this means that directors can neither appear on both sides of a transaction nor*

E referida decisão jurisdicional do Tribunal de Delaware tem uma razão de ser, eis que o princípio do *Business judgment rule* (BJR), segundo lembrança do jurista luso-moçambicano Munássir Ebrahim, enuncia uma regra de abstenção:

os Tribunais devem abster-se de julgar decisões referentes a negócios empresariais levados a cabo pelos administradores das empresas, pois considera que os administradores são mais aptos que os Tribunais a avaliar as suas próprias decisões empresariais. Contudo, esta regra não possui uma moldura taxativa que refira quais são os deveres a que os administradores estão sujeitos, nem sequer possui uma limitação de pressupostos que se devem verificar para que o Tribunal possa julgar, apenas refere conceitos indeterminados, que podem ser alargados caso a caso, a par e passo, e até de acordo com a evolução natural das sociedades humanas. Assim, os administradores das empresas estão sujeitos aos deveres de boa fé, de informação, de vigilância. E se tomarem decisões de acordo com estes preceitos, não podem ser responsabilizados, mesmo que as suas decisões se revelem desastrosas¹⁷⁸.

Oportuno notar que a situação deriva de um dever de lealdade dos administradores ao exercer sua função, e não se mostra diverso, portanto, da linha desta tese em que se defende a mesma sistemática nos casos de inserção efetiva de um programa de *compliance* em que o *compliance officer* deverá ter essa lealdade para com os assuntos da empresa, bem como ter seus atos calcados no dever de informação à sociedade, mas sempre adequando-se, evidentemente, às expressas previsões legais sem se desprender de seus limites, de sua utilidade social e regras de costume, sem imposição de interesses sobrepostos aos da outra parte envolvida.

O assunto da lealdade não se divorcia de um dever multipolar de toda a cadeia diretiva da sociedade e também de seus administradores sendo estes últimos os que mais devem ter a lealdade em fazer valer a diligência em chegar ao alto escalão os problemas havidos e as soluções buscadas, sem espaço para qualquer tipo de infringência à norma, eis que não se pauta tal atitude como solução.

O direito alemão tem importante influência na questão da lealdade societária, pautando não só pela lealdade do administrador como também entre “os sócios; os sócios e sociedade e os titulares dos órgãos sociais e a sociedade¹⁷⁹”.

expect to derive any personal financial benefit from it in the sense of self dealing, as opposed to a benefit which devolves upon the corporation or all stockholders generally (...) To invoke rule's protection directors have a duty to inform themselves, prior to making business decision, of all material information reasonably available to them. Having become so informed, they must then act with requisite care in the discharge of their duties. While the Delaware cases use a variety of terms to describe the applicable standard of care, our analysis satisfies us that under the business judgment rule director liability is predicated upon concepts of gross negligence (LEWIS, apud LOURENÇO op. cit., p. 32, nota 167).

¹⁷⁸ Ebrahim (2016, p.15).

¹⁷⁹ Reis (op. cit., p. 296, nota 179).

Ainda é do direito alemão uma importante distinção trazida pelo jurista Herbert Wiedemann, que distingue a lealdade em três principais situações, citada por Nuno Trigo como:

o dever de lealdade em sentido orgânico, i.e., aquele que vincula os titulares de órgãos sociais a conduzir a atividade de administração no interesse da sociedade, de forma leal e cuidada; o dever de lealdade que vincula reciprocamente os sócios de sociedades de pessoas a fazer tudo o que o interesse social exija e a omitir os comportamentos que possam, causar danos à comunhão e aos seus membros; finalmente, os deveres de lealdade que se impõem à maioria no exercício de voto nas sociedades de capitais, quando os sócios maioritários possam, daquela forma, afectar os interesses patrimoniais da minoria (admitindo que a graduação das possibilidades de afectação em função da titularidade das participações sociais é justificada pelo dever de lealdade). Contudo, parece que o terceiro plano não é verdadeiramente distinto do segundo, se se quiser levar adiante a apelativa ideia de uma graduação da intensidade do dever de lealdade num espectro que atravessa todo o Direito societário¹⁸⁰.

É certo, portanto, que um sócio não pode conflitar em interesse com os demais sócios sob pena de gerar risco à intenção precípua da empresa e, do dano, gera-se a responsabilidade civil, eis que presente o ato, o fato e comportamento do agente em desacordo com a previsão normatizada. Mas de se ver, contudo, que o dever do administrador, não sócio, tem diversidade com tal nomenclatura.

Observando a linha jurídica anglo-saxônica do *business judgment rule*, de se notar o dano causado à sociedade, e a isso se expõe a imposição norte-americana do *Principles of Corporate Governance* (PCG) em que, segundo algumas de suas previsões, deve-se ter a boa-fé como uma das principais circunstâncias ensejadoras de revisão dos fatos ocorrentes na gestão da sociedade como se transcreve do que explica Melvin Aron Eisenberg¹⁸¹:

Each of the conditions in section 4.01(c) is supported by substantial precedential authority, as is the rationality standard of review that applies if the conditions are satisfied. Some courts have stated that good faith is the only standard of review under the business judgment rule. It often is obscure, however, whether a good-faith test is strictly subjective or has an objective component as well. For example, U.C.C. section 2-103 provides that in the case of a merchant, good faith is defined to include "the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade"¹⁸².

¹⁸⁰ Wiedemann (1991 apud REIS, *ibid.*, p. 296).

¹⁸¹ Eisenberg (1993).

¹⁸² Cada uma das condições da seção 4.01 (c) é apoiada por substanciais precedentes de autoridades, como é o padrão de racionalidade de revisão que se aplica se as condições forem satisfeitas. Alguns tribunais afirmaram que a boa fé é o único padrão de revisão sob a regra de julgamento comercial. Muitas vezes é obscuro, no entanto, se um teste de boa-fé é estritamente subjetivo ou tem um componente objetivo também. Por exemplo, U.C.C. a seção 2-103 estabelece que, no caso de um comerciante, boa-fé é definida para incluir "a observância de padrões comerciais razoáveis de negociação justa no comércio."

É essa a dicção, portanto, do § 4.01 do PCG:

*A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances*¹⁸³.

A lealdade do gestor, a que já se aduziu, é bem clara nos itens do PCG, e lembrada por Nuno Calaim Lourenço¹⁸⁴, ao indicar que a PCG busca concretizar o chamado *duty of loyalty* (dever de lealdade):

o gestor deve abster-se de prosseguir quaisquer interesses pessoais que se sobreponham aos interesses da sociedade (§ 5.02); deve renunciar a retribuições excessivas (§ 5.03); não deve usar, em proveito próprio, meios, património ou informação privilegiada da sociedade (§ 5.04); não deve apropriar-se ilegalmente de oportunidades de negócio da sociedade (§ 5.05); não deve entrar em concorrência com a sociedade (§ 5.06).

A ideia é de fazer com que o gestor não se valha de informações de importância e estratégicas que acabem por concorrer com a sociedade em questão por evidente conflito de interesses como o *insider trading* por exemplo.

De se ter, contudo, que a boa-fé é um critério há muito perquirido para valorar a relação e, de tal mensuração, aflora-se, enfim, a ética o que rebate a crítica cética de quem entende que a base ética é medida vaga e inócua.

De tudo que se expôs nessa linha de raciocínio quanto às vinculações contratuais, de se notar a presença incomensurável da ética nas relações havidas entre as pessoas, ou seja, a existência de uma “ética comunicativa”¹⁸⁵, exposta por Habermas.

De se rememorar que a tese tem sua delimitação em aspectos éticos na formação da conduta das atividades socioeconômicas como meio de desenvolvimento lastreada na liberdade de empresa e livre iniciativa sendo autossuficiente para gerir suas atividades e, em consequência, identificar suas faltas e solvê-las, e desse modo não se adentrará quanto às penalidades, mas devendo se apontar as situações de responsabilização da pessoa jurídica e, em alguns desses aspectos, na questão penal, sem o esgotamento de sua assertiva quando abordado, mas, sim, pelo critério informativo e formador do conjunto central do tema.

¹⁸³ Um diretor ou um gestor tem o dever para corporação para desempenhar as funções do diretor ou do gestor de boa fé, de uma maneira que ele razoavelmente acredita estar nos melhores interesses da corporação, e com o cuidado que uma pessoa normalmente prudente faria e espera-se razoavelmente que o exercício seja feito em uma posição similar e sob circunstâncias semelhantes.

¹⁸⁴ Lourenço (op. cit., p. 14, nota 167).

¹⁸⁵ Habermas (1987 apud RIBEIRO, op. cit., nota 161).

A boa imagem de uma pessoa, seja natural ou ficta, não se justificaria não fosse a busca de uma conduta ilibada e isenta de ilegalidades elencadas na lei, eis que é dela que emanam os ordenamentos *erga omnes* e assim fazer com que a paz social se faça presente na organização no desenvolvimento das sociedades.

A imagem da empresa não depende tão somente dos códigos de condutas pensados, elaborados e impostos mas, com eles, a preocupação em fazer empenhar junto aos funcionários uma vontade de boa conduta social, já que dessa boa reputação empresarial estar-se-á levando à uma boa imagem de cada ator envolvida em seus atos, e a recíproca é proporcionalmente verdadeira.

Ter em mente a necessidade de se preocupar com a responsabilidade social da empresa é medida salutar para o efetivo exercício ético, meio de gestão a que se deve valorar efetivamente, com fiscalizações e resultados comprovados.

Desse raciocínio é que a comunidade jurídica e econômica se faz preocupar com referido desenvolvimento socioeconômico empresarial europeu, cujos estudos geram o indicador da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), bem explicitado por Pedro Miguel Duarte Gaudêncio¹⁸⁶:

Atualmente, as responsabilidades das empresas não se afirmam só no domínio econômico, mas devido ao impacto inerente à sua atividade alargam-se a outros domínios: social, ambiental, político, etc. As organizações tem enfrentado uma maior pressão para prosseguirem um comportamento socialmente responsável, por parte de um conjunto alargado de *stakeholders* incluindo os acionistas, os empregados, os governos e os consumidores.

Referida tese lusitana apontou interessante e oportuno estudo quanto aos interesses dos funcionários e demais entes a se envolver com uma empresa responsabilmente ética.

Contudo, havia o entendimento dos *stakeholders* que a ética se mostrava como um ato voluntário dos gestores e não como um método integrado no procedimento de gestão, o que pode se revelar como uma falta de conhecimento dos critérios de desenvolvimento da atuação dos gestores e da política da sociedade.

D'outro giro, não há de condenar a percepção dos envolvidos na pesquisa, mas é de tal ponto que também se parte a presente tese em que se tem por justificativa o desconhecimento do arcabouço das regras ou normas existentes a que devem se valer uma atuação séria e comprometida com a ética.

¹⁸⁶ Gaudêncio (op. cit., nota 58).

Por outro lado, a necessária interpretação a que se merece ter, é a de que a preocupação dos *stakeholders* de um modo geral, é a medida impulsionadora de um novo modelo de gestão como a ética integrada e, por conseguinte, como nivelamento de se exigir o comportamento multidisciplinar.

Para se chegar a esse nível de comprometimento integrado, é que o *compliance* vem aduzir regras às atuações da sociedade e seu relacionamento, como bem esposado pelo *due diligence*.

Tal implementação de um comprovado efetivo programa de *compliance* tem se notado como um investimento para a construção da imagem da empresa, pública ou privada; é de se justificar tal percepção correta, eis que a boa imagem do ente a que se busca relacionar fará com que sua procura aumente e conseqüentemente o resultado econômico seja atingido.

A prática não é exatamente nova, mas outros critérios já aplicáveis em alguns ramos mostram a preocupação, sobretudo do consumidor, em se ter um produto certificado por algum instituto que tenha boa imagem, como já se faz há muito com certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO) em brinquedos; da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em planos de saúde; do Programa Nacional de Conservação de Energia Elétrica (PROCEL) para o consumo de energia de produtos duráveis; de ISO para Sistemas de Gestão de Qualidade (SGQ) para inúmeras atividades, a exemplo da 9001 (gestão qualidade da empresa), 14001 (ambiental), 37001 (antissuborno), entre inúmeras outras, e que geralmente têm se utilizado de planilhas SWOT (*strenghts, weaknesses, opportunities and threats*), e que se traduz para FOFA - força (*strenght*), oportunidades (*opportunities*), fraqueza (*weaknesses*) e ameaças (*threats*), onde se busca ter uma visão global de todas as qualidades da empresa, como a máxima de Sócrates de conhecer a ti mesmo.

Tais métodos são meios incessantes de se buscar a boa imagem da empresa ou de um setor específico, demonstrando a preocupação em uma nova sistemática de atuação.

Como já se assentou nesta tese, o *compliance* não é a solução definitiva para erradicar as mazelas jurídicas uma vez que se trata, a bem da verdade, de uma nova concepção no tratamento do cumprimento das ordens legislativas dentro de um conjunto de fatores que se agregam para evitar que seja o agente exposto a uma sanção advinda da função jurisdicional.

É da cultura jurídica, sobretudo no imaginário brasileiro, utilizar da contenciosidade para ameaçar desafetos ou críticos aos atos que estejam em desacordo com suas vontades, como se a provocação jurisdicional garantisse a certeza da prolação de procedência a pedido formulado, e isso se justifica justamente pelo caráter litigioso da legislação pátria e a preocupação do legislador brasileiro tecer maior preocupação com a forma a propriamente ao

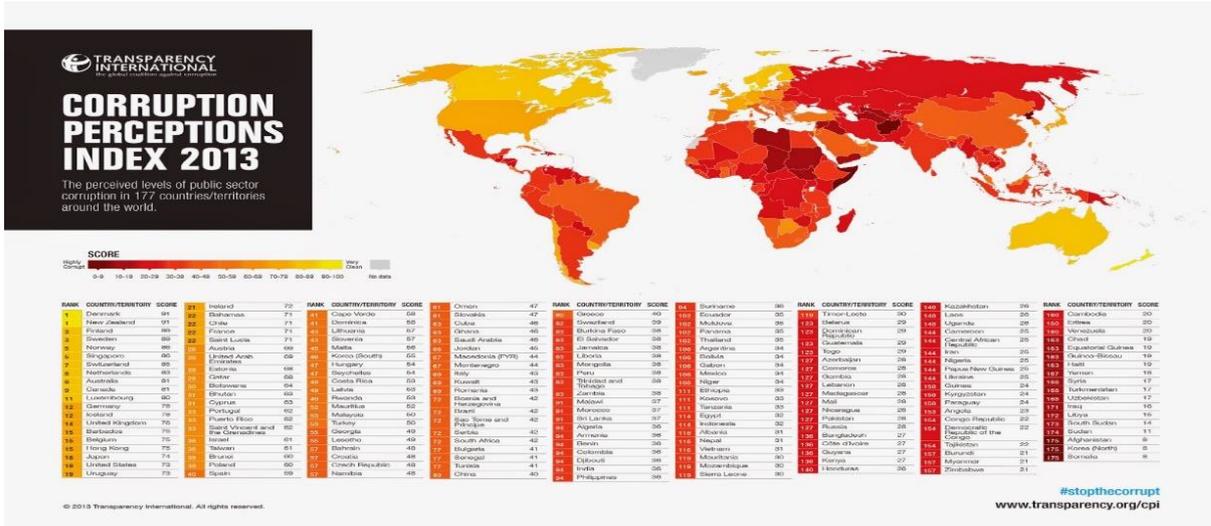
conteúdo das relações; contudo a mensuração dos critérios de idoneidade fez com que as atividades se pautassem por condutas mais voltadas à solução consensual dos eventuais conflitos de interesses a provocar o Estado para que fossem solucionados, cujo efeito também se mostra evidente a evitar que se tenha certidão positiva de feitos distribuídos em seu desfavor. Desse modo, contribua para a idoneidade e construção da boa imagem, e isso vem se construindo pelo próprio Judiciário com a organização de Centro Judiciário de Solução de Conflitos (CEJUSC) para mediação de reclamações pré-processuais, sem registro processual.

Mas este não se configura como o maior dos problemas, eis que a nova cultura de idoneidade enfrenta a busca de um método em sancionar privativamente as condutas de quaisquer dos integrantes de uma empresa, como meio de reconhecer suas falhas.

A corrupção passivamente observada impôs ao Brasil uma indissociável imagem a atos de facilidades políticas para poucos em detrimento a direitos coletivos, impondo ao País posições pífias em *ranking* elaborado pela Transparência Internacional, sobre a percepção da corrupção no setor público, como um dos países com maior índice de corrupção no mundo, estando atrás, ou próximo, de países com gravíssima crise social e institucional, notando piora na posição entre 2013 e 2017 como se verifica pelos gráficos infra colacionados, sendo que em 2013 ocupava a posição 72^a e *score* em 42, mesma posição de São Tomé e Príncipe, por exemplo. No entanto, em 2017, obteve a posição 96^a com *score* em 37, atrás em cinco posições do Timor Leste; de se aferir que o *score* mais próximo de zero, o País é altamente corrupto e, por fim, no último ranking do mesmo órgão referente a 2018, o Brasil “conquistou” a 105^a. Posição que, segundo a aferição da Transparência Internacional é o pior resultado desde 2012, em queda por três anos consecutivos.

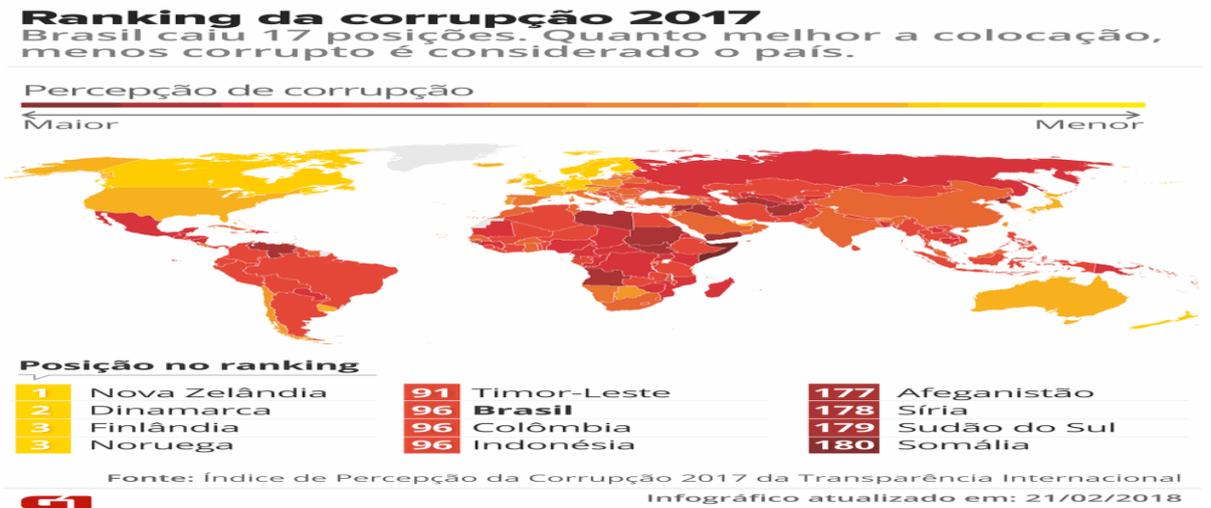
De se aferir, contudo que se vive uma nova perspectiva no País em que se noticia, quase que diariamente, aplicações sancionatórias a políticos envolvidos em corrupção com penas restritivas de liberdade e de direitos.

Figura 1 - Índice de corrupção no mundo em 2013



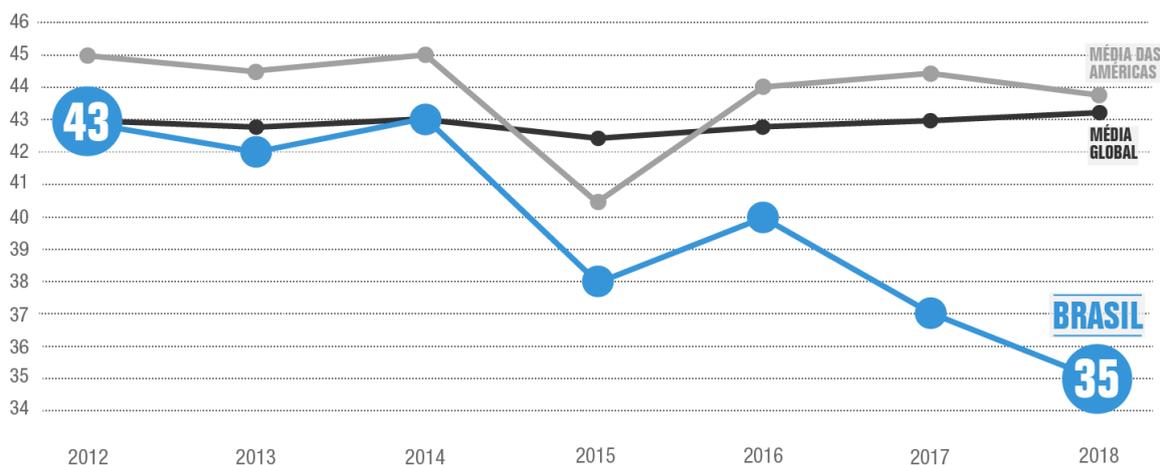
Fonte: Transparency International (2013).

Figura 2 - Índice de corrupção no mundo em 2017



Fonte: Transparency International (2017).

Figura 3 - Índice de corrupção no mundo em 2017



Fonte: *Transparency International* (2017).

A descreditação em certas empresas privadas com envolvimento público ou mesmo as estatais têm passado por necessária transformação sendo que o País atravessa a melhor fase em investigações e sanções aos envolvidos em corrupção, graças a um mecanismo trazido pela Lei Anticorrupção, ou da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013) para fazer com que a empresa colabore junto aos órgãos a apurar os ilícitos ocorridos de modo que se executem as sanções previstas.

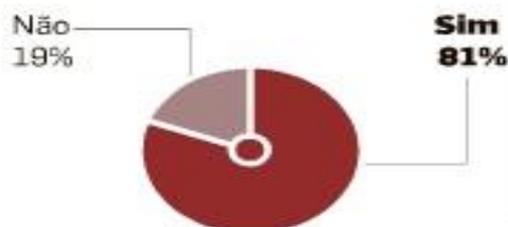
O art. 6º prevê sanções pecuniárias no inciso I e a publicização da decisão sancionatória no inciso II.

É certo que a imposição pecuniária pode trazer problemas de gestão à empresa infratora, contudo de se entender que a sanção que impõe a publicidade da pena imposta, faz com que a imagem da empresa infringente a ordenamento jurídico tenha maior relevo, eis que ligada diretamente ao nome empresarial ou marca atrelada aos gestores, o que pode gerar maior impacto no desenvolvimento da atividade econômica do infrator e seus gestores, influenciando no bom andamento dos negócios, bem como na credibilidade dos envolvidos que pode culminar em dificuldades de continuidade da atuação, como em recente pesquisa em que se demonstrou o desinteresse de candidaturas a vagas em empresas eivadas por má gestão ou corrupção, conforme se verifica pela figura abaixo:

Figura 4 - Pesquisa de idoneidade empresarial

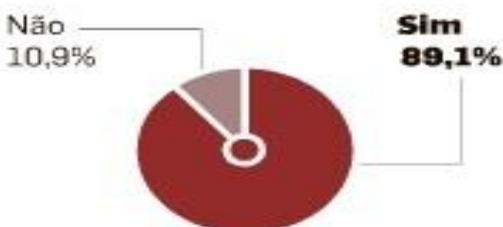
REPUTAÇÃO MANCHADA

Você deixaria de se candidatar a uma empresa marcada por corrupção e má gestão?



FONTE: VABAS.COM

Você acredita que o sucesso de uma empresa está condicionado aos valores que ela pratica?



INFOGRÁFICO/ESTADÃO

Fonte: Logos Desenvolvimento Humano e Consultoria (2016).

A responsabilização jurídica é que faz com que a imagem seja preservada, eis que com o programa de *compliance* efetivado, deve-se saber as sanções previstas e, desse modo, evitar as provocações jurisdicionais.

Necessário apontar que a Lei Anticorrupção impõem as duas espécies de responsabilidade¹⁸⁷, sendo a objetiva cabível às pessoas jurídicas, como descreve o art. 2º. e § 1º. do art. 3º, e a subjetiva às pessoas dos gestores e sócios, inserto no art. 3º., *caput* e § 2º.

A teoria objetiva da responsabilidade é aquela fundada no fato, prescindindo a existência de culpa e, portanto, calcada na teoria do risco, inerente a toda atividade, sobretudo econômico-empresarial, além da obrigação de estar estritamente atenta aos princípios da moralidade, patrimônio público e probidade quando relacionarem-se com a administração pública.

O controle dos atos de todos os envolvidos no funcionamento de uma empresa é demasiadamente delicado, uma vez que quando se fala “todos os envolvidos” está-se dizendo quanto aos sócios, gestores e funcionários em toda a cadeia produtiva e de relacionamento, tendo imensurável abrangência dos contatos e sua qualidade, o que pode por macular toda o planejamento do programa de *compliance* instituído e bem demonstrado para todos com o

¹⁸⁷ Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput.

§ 2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.

devido comprometimento balizador da imagem geral entre empresa e seus colaboradores, sendo um *bis in idem*; no entanto, o ato praticado por um de seus empregados pode gerar a responsabilização da empresa, o que deverá ser pautado o grau de culpabilidade da empresa, embora seja do senso jurídico comum a *culpa in eligendo e vigilando*.

A legislação anticorrupção se mostra inclinada em mensurar a culpabilidade da pessoa jurídica e ante o grau a que se envolve terá a imposição sancionatória, como delimita o artigo 7º., em especial nos incisos VII e VIII¹⁸⁸, em que apurar-se-á a existência de um programa de *compliance* e sua efetividade para se chegar à dosimetria a se aplicar ao ato.

Essa imposição da responsabilização objetiva na lei, decorre de afronta ao patrimônio nacional ou estrangeiro e contra os princípios da administração pública ou compromissos internacionais em que o Brasil seja signatário, não só a efetivos desvios ou vantagens pecuniárias diretas, bastando uma promessa de benefício futuro direto ou indireto, ocultar identidade de possível beneficiário de vantagem ilícita e possibilitar a prática de atos ilegais descritos na aludida lei, como preceitua o art. 5º., incisos I a III¹⁸⁹, o que se mostra a intenção legislativa em sancionar a intenção e atos atentatórios à ética, sendo evidente punição descrita ao meio conducente à prática dos atos efetiva, direta e pecuniariamente lesivos; ou seja, trata-se da punibilidade da conduta do agente.

Dessa assertiva, de se notar que parte-se de uma “aferição subjetiva instrumental para permitir a responsabilização objetiva”, bem salientada por Marcio Pestana¹⁹⁰.

Há quem defenda que o programa efetivo deveria isentar a pessoa jurídica de qualquer penalização como citado por Francisco Zardo o apontamento de Pierpaolo Cruz Bottini e Igor Sant’anna Tamasaukas:

A pena, o castigo, é para quem tem culpa. E esta culpa, na pessoa jurídica, revela-se na decisão de burlar a lei ou na estruturação deficiente, na ausência de programa de *compliance* efetivo e funcional, na complacência ou condescendência com

¹⁸⁸ Art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

¹⁸⁹ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

¹⁹⁰ Pestana (2016, p. 12).

comportamentos suspeitos. A empresa que instale ou incorpore políticas de integridade, dedicada a implementação de programas de prevenção a delitos, à apuração de qualquer ato suspeito, que demonstre seu compromisso real com a ética e com a transparência não merece ser penalizada. Merece – como já dissemos – reparar o dano, arcar com os prejuízos, ver sustados ou anulados os benefícios que eventualmente obteve com o comportamento ilícito do qual não participou. Mas, qualquer coisa que vá além, com a finalidade de retribuição ou de prevenção, não encontra justificativa, pela ausência de culpabilidade¹⁹¹.

De se concordar em parte, eis que como se nota, o inciso II do art. 45 da LDC (Lei de Defesa da Concorrência nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011) aceita a verificação da boa-fé quando da dosimetria da penalidade, podendo decorrer, portanto, de efetivo programa de *compliance*, mas a dúvida se nota ao se tratar de programa efetivo de um regramento cumpridor de norma e ainda assim se verificar infringências legais e a isso se explica o desvio de finalidade de um representante merecendo a extensão à pessoa jurídica na medida de seu benefício, como já aduzido, mas que na esfera cível o empregador responde pelos atos de seu empregado, preposto ou administrador, como bem preceituam os art. 50 e 932, III ambos do Código Civil¹⁹², e assim, a discordância se mostra quanto à ideia proposta pelo jurista Pierpaolo Bottini que sequer punição deveria ocorrer, bastando o prejuízo e a reparação do dano como uma espécie, diga-se, de perdão judicial.

4.5 Critérios administrativos de idoneidade

Não só de critérios jurisdicionais vive a busca da ética empresarial, mas também de meios conducentes em buscar atividades éticas na defesa de concorrência em ambiente administrativo, como é caso das atividades do CADE que, há tempos, analisa atos corporativos de concentração e práticas anticompetitivas e, em 2015, manteve pelo terceiro ano consecutivo quatro estrelas pelo ranking britânico *Global Competition Review (GCR)*¹⁹³.

O CADE, entre outras atividades, instituiu um Programa de Leniência nos termos da Lei nº 12.529/2011¹⁹⁴, como afirma em seu Guia:

¹⁹¹ Bottini (2014 apud ZARDO, 2017, p. 38).

¹⁹² Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

193 CADE (2017).

¹⁹⁴ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de

é um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 e nos artigos 197 a 210 do Regimento Interno do Cade (RICADE); e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).

Assim, quando do acolhimento por quem participou de atividades consideradas ilícitas haverá o comprometimento em fazer cessar referida conduta objetivando buscar minorar ou dar imunidade às penas previstas em dispositivos legais.

De se notar, portanto, que a concorrência há muito vem sendo debatida, com previsões legais e com atuação séria do CADE, impondo sanções e orientações às empresas cujo segmento tenha amplitude concorrencial.

Em 2016, alguns números de atuação merecem destaques com o a arrecadação de R\$ 133.069.453,44 (cento e trinta e três milhões, sessenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e quarenta e quatro centavos) em multas e R\$ 238.512.038,26 (duzentos e trinta e oito milhões, quinhentos e doze mil reais e trinta e oito reais e vinte e seis centavos) em contribuições pecuniárias¹⁹⁵; 35 (trinta e cinco) requerimentos de termos de compromisso de cessação de conduta, sendo 31 (trinta e um) homologados e 4 (quatro) rejeitados, que demonstram não só o engajamento do órgão mas também o interesse das empresas em se adequar às regras a que estão sujeitas, notando-se a mudança da mentalidade dos gestores, sendo muito bem vindo mais um reforço desde janeiro de 2014 com a vigência, portanto, da Lei Anticorrupção, eis que dispõe “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, com responsabilização na esfera administrativa e judicial, além de possibilitar o chamado *acordo de leniência* que é a colaboração com o processo administrativo e que pode minimizar as penas impostas pela aludida lei que, inclusive, é extensível às demais empresas do grupo empresarial envolvido.

4.5.1 Dados da corrupção na Espanha: corrupção justificada pela inexistência ética

A ética quando violada no meio público se mostra mais devastadora por uma lógica de sua amplitude coletiva e seu reconhecimento da prática de violação ética é uma importante

outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

¹⁹⁵CADENUMEROS (2018).

aferição para o autorreconhecimento das falhas e possibilitar sua correta solução, como se faz nas instituições privadas com os canais de denúncia e quando da negociação de penas.

Dessa premissa, de se valer de uma importante pesquisa espanhola quanto a aferição ao autorreconhecimento de oferecimento de suborno a agentes públicos, quando se concluiu que na Europa Ocidental, em ranking extraído da Transparência Internacional em 2009, Manuel Villoria apontou que, percentualmente foi para Austria 2%, República Checa 11%, Dinamarca 1%, Finlândia 2%, França 2%, Alemanha 2%, Grécia 18%, Luxemburgo 4%, Países Baixos 2%, Noruega 2%, Polónia 4%, Portugal 2%, Espanha 2%, Suécia 1%, Suíça 1%, Reino Unido 2% e os demais países da Europa Ocidental somaram 5%.¹⁹⁶

Aponta o jurista ibérico que os cidadãos espanhóis no oferecimento de suborno têm uma semelhança com os países menos corruptos do ranking, mas com algumas diferenças nas áreas de oferecimento da verba ilícita, e que

a la policía son prácticamente inexistentes, los sobornos en el área educativa, sanitaria, tributaria y judicial apenas llegan al 2% y los sobornos en el área urbanística y de permisos de construcción suben hasta el 3%. Es decir, que de nuevo, con datos objetivos, aparece el área urbanística como el espacio privilegiado para la corrupción en España.

(...)

Llegados a este punto, parece claro que la corrupción en España está mayoritariamente vinculada a la acción de los actores políticos, se da sobre todo en el ámbito urbanístico, en la Administración local y, en gran medida, está conectada con la financiación partidista.¹⁹⁷

De se aferir, portanto, que a vinculação política é serviente ao oferecimento de propina, sobretudo no ramo urbanístico, seja público ou privado, e a explicação se dá pelo grande avanço e expansão urbana e revitalização por que passou a Espanha desde quando ingressou à União Europeia cujas autorizações e decisões de tal área dependem de amparo público, o que não se mostra muito diverso de nossa realidade brasileira.

A expectativa espanhola com as pesquisas realizadas foi a de notar que a questão principal a justificar a corrupção não é a ligação entre o ato político retro assentado, mas sim a causa dessa assertiva é a inexistência da ética, cuja nomenclatura é conceituada em duas vertentes sendo a ética política e a ética administrativa, em contraponto ao que costumeiramente se aponta como ética pública para explicar o modo de atuação do administração pública, contudo de se comungar da tese do citado autor espanhol pois, como afirma, o conceito de ética política e ética administrativa merece aplicação para “referirse a

¹⁹⁶ Villoria (op. cit., p. 184, nota 65).

¹⁹⁷ Ibid., p. 185.

esa ética aplicada, tan importante para el buen funcionamiento de las sociedades”¹⁹⁸, sob a justificativa de que a simples denominação de ética pública deixaria de fora a moral da relação privada.

É de evidente acerto tal prolação doutrinária, eis que a ética para atuação como política de integridade merece ter maior amplitude, quanto mais quando se esta frente à defesa de políticas públicas com abrangência social e, portanto, com aspectos privados, e não só isso, é da moral privada que se reverte a moral pública, uma vez que esta publicização deve estar atenta às regras de integridade privada também.

A atuação pública decorre de atos de representantes oriundos de atuação privada como a família e o meio em que vivem e, vice-versa, a aplicação da atividade pública atenderá interesses sociais, mas também privados na medida em que atinge cada pessoa e seus familiares, eis que decorrem de um caráter universal de padrões de conduta, como já exposto como sendo a “ética comunicativa” de Habermas¹⁹⁹, ou seja, a ética dos indivíduos influenciará a ética da sociedade formando um modo de agir de modo moral e justo que, por conseguinte, também influenciará o modo de agir do indivíduo, do cidadão ocorrendo, portanto, essa comunicação.

A ética administrativa será, em consequência, como inserida e decorrente da ética política, sendo verdadeira expressão de sua aplicação pelos servidores e agentes políticas, sustentado, vez mais, a “ética comunicativa”, uma vez que de se convir que não haverá sustentabilidade entre as éticas delineadas sem sua conjugação.

5 RESPONSABILIDADE SÓCIO-AMBIENTAL

5.1 A vida como direito ambiental e social

O meio ambiente trata-se de uma extensão ao Direito à vida e como tal deve ser preservado como o primordial Direito social de modo geral, desde nascentes, fauna, flora e todo entorno da empresa e local de exploração, além da preocupação com os resíduos oriundos da atividade exploratória.

¹⁹⁸ Villoria (op. cit., p. 189, nota 181).

¹⁹⁹ Habermas (op. cit., nota 170).

A qualidade de vida e o Direito ao meio ambiente para José Afonso da Silva²⁰⁰ integra a terceira geração dos direitos fundamentais, ao lado do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e do direito a comunicação.

A doutrina já sustentou, através de Júlio Cesar de Sá da Rocha²⁰¹, que a classificação do meio ambiente é “aquele constituído pelo solo, pela água, pelo ar atmosférico, pela fauna e pela flora”, como o natural, enquanto que o artificial, como o meio urbano e também o rural, se constitui pelo “espaço físico transformado pela ação continuada e persistente do homem com o objetivo de estabelecer relações sociais, viver em sociedade”; enquanto que o que chama de meio ambiente cultural é aquele “constituído por bens, valores e tradições aos quais as comunidades emprestam relevância, porque atuam diretamente na sua identidade e formação”, já, por fim, o meio ambiente do trabalho, é aquele onde as atividades de labor são exercidas.

Desse modo, é possível afirmar que as previsões atuais, em relação à atividade minerária, traçam normas suficientes para imposição, aos entes públicos e privados, das observâncias prévias ao pedido de lavra, bem como durante tais atividades e os danos que delas decorrentes forem.

5.2 Sustentabilidade na mineração e desenvolvimento social

A atividade de mineração traz, de início, a ideia de devastação ambiental que pode supor danos irreversíveis e desnecessários ao desenvolvimento territorial e social e, embora se trate de uma atividade exploratória, tal assertiva não se mostra correta eis que, se bem delineada desde sua criação, demonstra desenvolvimento econômico e social.

O Ministério do Meio Ambiente já assentou e reconheceu que, no tocante ao contexto ambiental na atividade minerária que esta:

por se tratar da extração de recursos naturais não renováveis da crosta terrestre, a mineração geralmente é vista como uma atividade altamente impactante e não sustentável. Por outro lado, a mineração é a base da sociedade industrial moderna, fornecendo matéria-prima para todos os demais setores da economia, sendo, portanto, essencial ao desenvolvimento. A extração mineral é considerada de tal forma estratégica que no Brasil, como na maioria dos países, os depósitos minerais (jazimentos) são bens públicos, extraídos por concessão do estado. Os efeitos ambientais e socioeconômicos do aproveitamento destes jazimentos dependem, principalmente, da forma na qual esta atividade será planejada e, principalmente, como será desenvolvida²⁰².

²⁰⁰ Silva (2002).

²⁰¹ Rocha (1997).

²⁰² BRASIL. MEIO AMBIENTE (2001).

As mais recentes empresas mineradoras têm maior preparo e preocupação com uma exploração sustentável, seja pela responsabilidade e consciência ambiental inerentes à atividade, seja pela pressão legislativa e social dos municípios mineradores e seu entorno.

O interesse público deve sempre estar sobreposto aos interesses privados e a exploração de qualquer atividade impõe observância a regras que busquem e demonstrem a viabilidade da exploração minerária e que esta se mostra uma atividade benéfica ao desenvolvimento econômico e social, com empregos, tributos, insumos minerais para inúmeras atividades cotidianas entre outras situações.

As mais recentes empresas mineradoras têm maior preparo e preocupação com uma exploração sustentável, seja pela responsabilidade e consciência ambiental inerentes à atividade, seja pela pressão legislativa e social dos municípios mineradores e seu entorno.

A importância da mineração à sociedade é indiscutível como também se comprova pelas pesquisas do IPEA:

O setor mineral tem grande importância social e econômica para o país. Atualmente, o setor responde por 4,2% do PIB e 20% das exportações brasileiras. Além disso, o setor é responsável por 1 milhão de empregos diretos – 8% dos empregos da indústria – e também está ligado à base de várias cadeias produtivas (BRASIL, 2010). O Brasil produz cerca de 80 substâncias minerais não energéticas, destacando-se, entre outras, as produções de nióbio, minério de ferro, bauxita e manganês. Embora seja um importante produtor mundial de várias substâncias, o país depende da importação de minerais que são essenciais para a economia. Por exemplo, o Brasil é o quarto maior consumidor de fertilizantes, mas contribui com apenas 2% da produção mundial, importando 91% do potássio e 51% do fosfato utilizados na produção destes insumos agrícolas (IBRAM, 2011)²⁰³.

A atividade da mineração é regulada pelo Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, também conhecido como Código de Mineração, e segundo explicitado por Paulo Henrique Faria Nunes²⁰⁴:

a mineração pode ser considerada, genericamente, a atividade de extração de minerais que possuam valor econômico. Essa atividade foi vital para o desenvolvimento da humanidade e ainda não perdeu sua importância, visto que a produção é totalmente dependente da utilização de recursos minerais.

Desse modo, essa atividade com importância social vista, aceita e reconhecida ao longo dos tempos como algo rentável em termos desenvolvimentista e econômico, faz surgir os princípios de Direito ambiental que são totalmente aplicáveis a atividade mineradora e que podem ser descritos como princípio do direito fundamental a um meio ambiente

²⁰³ IPEA (2016).

²⁰⁴ Nunes (2011).

ecologicamente equilibrado; princípio da participação; princípio do poluidor-pagador; princípio da prevenção e da precaução; princípio da cooperação; princípio da recuperação do meio degradado e, por fim, princípio do desenvolvimento sustentável.

Assim, com referidos princípios se mostra importante e inegável sua relação com a responsabilidade civil pelo dano ambiental daqueles que pretendem fazer uso dos recursos minerais, como as empresas exploradoras, bem como do ente estatal que tem a competência para administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais ante a redação do art. 1º. do Decreto-Lei nº. 227/1967.

Sob o pálio da mesma legislação retro descrita, tratando de verdadeira responsabilidade objetiva que, cediço é, independe de culpa e está calcada na Teoria do Risco Integral da atividade, o art. 47 preceitua que:

Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V: VIII - Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra.

Na mesma linha, o art. 3º., inciso II da Lei nº. 6.938/81 define a degradação da qualidade ambiental como sendo a alteração adversa das características do meio ambiente que trazem prejuízo a saúde, a segurança e ao bem-estar da população.

De se notar diretamente, pela dicção da lei, que a mineração quando não bem planejada e fiscalizada, é atividade que ocasiona degradação ambiental, seja de forma isolada ou conjuntamente.

Relata Ana Maria Moreira Marchesan²⁰⁵:

trata-se de um regime de responsabilização objetivo, segundo o qual, todo aquele que desenvolve uma atividade passível de gerar riscos para a saúde, para o meio ambiente ou para a incolumidade de terceiros, deverá responder pelo risco, não havendo necessidade de a vítima do dano ou dos legitimados para a propositura de ação civil pública provar culpa ou dolo do agente.

Pois bem, a maioria dos danos causados ao meio ambiente são decorrentes de atividades lícitas, que foram autorizadas pelo Poder Público e, obviamente, não se trata de atividade eminentemente prejudicial, merecendo estabelecer condicionantes mais incisivas e de modo prático, além das impostas pela legislação vigente, para que seu desenvolvimento

²⁰⁵ Marchesan (2007).

ocorra com intuito de buscar maior sustentabilidade e conseqüente segurança para seus partícipes e de todo seu entorno.

De tal assunto, buscar-se-á, portanto, verificar a que fim se destina a atividade mineradora, eis que deve-se pensar, antes, na atividade meio e esta estar consubstanciada nessa visão de estar a empresa inserida no meio ambiente e demonstrar tal preocupação de modo a evitar danos materiais e morais, bem como ambientais que envolvem toda a sociedade, demonstrando que se mostra mais coerente e com menor custo produtivo essa preocupação ambiental na atividade prévia, e não na atividade fim e quando, eventualmente, o dano já tenha se instalado.

Assim sendo, o meio ambiente é um Direito geral e abrangente a toda sociedade, cuja preservação necessita da intervenção estatal para imposição de regras, decorrentes de sanções legais oriundas dessas regras coercitivas, sob pena de descrédito.

É essa a preocupação em trazer a figura do ente público, eis que, como bem afirmou Hildebrando Herrmann²⁰⁶: “as políticas públicas setoriais, dentro desta concepção sociológica, podem ser entendidas como fruto de uma vontade majoritariamente definida e voltada para fins previamente escolhidos”.

Alinhado a esse aspecto público, muito se questiona em como fazer cumprir os critérios pré-definidos no plano de recuperação, uma vez que o plano vem desacompanhado com demonstração, ou previsão, de seu efetivo cumprimento, e sob tal enfoque, de se buscar a ampliação do conceito dos meios de recuperação com garantias financeiras, como exposto por Ferreira²⁰⁷, os sistemas de garantias financeiras podem

ser divididas em duas categorias principais: Financeira e Desempenho (ou performance). Sob a categoria financeira, um valor monetário ou ativo colocado como garantia do contrato passará para o beneficiário caso algumas condições contratuais não sejam cumpridas (prazos, pagamento de taxas, repasses a superficiários, royalties etc.). O valor dessas garantias é geralmente pequeno, pois não está relacionado ao desempenho de uma atividade. Sob a categoria de performance (ou desempenho), caso a obrigação contratual não seja satisfatoriamente cumprida pelo empreendedor, o valor garantido será utilizado para a realização das atividades descritas no contrato. Portanto mesmo mediante ao default do empreendedor, haverá fundos suficientes para a realização das atividades asseguradas pelo instrumento. Neste caso, as atividades poderão ser realizadas por terceiros ou pelo próprio beneficiário.

Denota-se, portanto, importante método para que se faça valer o cumprimento das previsões e de modo a não premiar a impunidade e o descaso com os danos causados, e descreve como tais métodos a

²⁰⁶ Herrmann e Poveda (2011).

²⁰⁷ Eduardo (2008).

caução, o penhor, a hipoteca, fiança bancária, seguro garantia e compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM), sendo este último, como assevera o autora supra destacado, que há previsão no “artigo 20, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pelas Leis nºs 7.990/89, 8.001/90 e 9.993/00, é devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, e aos órgãos da administração da União, como contraprestação econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios (DNPM, 2008). É administrado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), fiscalizando e emitindo normas para a arrecadação do CFEM. Todo aquele que exerce atividade de mineração de exploração ou extração de recursos minerais é obrigado a recolher a CFEM, o fato gerador é saída do produto por venda ou na transformação industrial do produto mineral, bem como do próprio consumo do minerador. Incide sobre o faturamento líquido, entendido como a redução dos tributos (ICMS, PIS, COFINS), e as despesas com transporte e seguro.

De se justificar, portanto, a escolha do caso da mineradora Samarco como emblemático que se tornou e de se aferir que com tantos meios normativos como supra se aduziu, de se vislumbrar a possível interação entre o ente privado que explora a atividade minerária e, no mínimo, a falta de atuação estatal nas exigências fiscalizatórias de tal atividade em que o dever-ser merece o destaque para a primazia da integridade empresarial, não só pelo sucesso a que se espera de uma empresa em um município pequeno e que terá o impacto positivo com a geração de empregos e receita para o desenvolvimento público local mas sim, em especial, pela responsabilização dos atos mal geridos com consequências e impactos na vida das pessoas, como de fato ocorreu, como amplamente divulgado na imprensa.

Contudo, como aduzido na justificativa e objetivo da tese, a intenção não é a de se debruçar sobre as consequências e desenvolvimento criminal da atividade, mas sim a de buscar a explicação de como entender a ocorrência de tais fenômenos lesivos à sociedade se a legislação impõe regramentos aparentemente suficientes para preservar a sociedade e o meio ambiente a que está estabelecida a funcionalidade da empresa.

Ao que se pode verificar junto ao sítio eletrônica da empresa Samarco²⁰⁸, esta começa a desenvolver programas de integridade com evento voltado ao estudo e debate dessa atividade empresarial com defesa da realização do *due diligence* e de que a integridade empresarial vem alcançando resultados cada vez mais expressivos, como bem apontou pesquisa desenvolvida em que se mensurou o nível de preocupação das empresas com sua atividade, o bom desenvolvimento de um efetivo programa de *compliance* e sua funcionalidade em que aponta a posição de número 31 em escala de 100.

²⁰⁸ Relatório Samarco (2015).

A pesquisa desenvolvida pela Transparência Internacional Brasil que emitiu relatório²⁰⁹ de como apurou o aludido ranking de integridade fez com que a Samarco pudesse atingir tal posição satisfatória, mesmo após os fatos envolvendo a barragem de Mariana/MG, situação não só adstrita à mineradora, mas entre outras empresas envolvidas em situações delicadas em relação à integridade e que aparecem bem posicionadas, fato, aliás, apontado especificamente no relatório cuja justificativa se transcreve:

Por que empresas investigadas ou condenadas em escândalos de corrupção aparecem relativamente bem no índice? Uma olhada na lista publicada no início deste relatório e na lista de empresas investigadas por escândalos de corrupção recentes encontrará coincidências. E pode chocar ao leitor ou à leitora deste estudo que mesmo algumas companhias que firmaram acordos de leniência – portanto, que se comprometeram a confessar crimes – tenham obtido notas acima da média. Inclusive Odebrecht (7,5), JBS (8,1) e Embraer (8,8), para citar apenas os casos mais emblemáticos. Como isso é possível? A explicação não é complicada. Numa tentativa de reverter suas perdas de imagem (e de dinheiro) após séries de delações, de notícias e de condenações ocorridas ao longo dos últimos anos, essas corporações têm dado sinais de que investem vultosos recursos em estruturas de *compliance*²¹⁰ (conformidade com leis e regulamentos). Muitas vezes, tais aportes são determinados por medidas previstas nos acordos de leniência celebrados com o Ministério Público Federal e estimulados pela Lei Anticorrupção e pela legislação norte-americana (há companhias brasileiras sendo processadas também nos Estados Unidos). A decisão de fortalecer programas de integridade, portanto, frequentemente tem um misto de necessidade e estratégia de reposicionamento. Nos casos extremos, a alternativa ao *compliance* seria deixar de existir. Outra explicação para que algumas empresas tenham se saído bem no índice é que muitas delas, atentas a legislações mais rígidas, tanto internacionais como locais (como a Lei Anticorrupção, de 2013), seguiram em ‘feito manada’, adotando por primeira vez ou atualizando suas políticas de *compliance*, com a finalidade de cumprirem requisitos legais. Recentes notícias envolvendo, por exemplo, os bancos BTG Pactual²¹¹ e Caixa²¹², levam a crer que nem sempre as práticas publicadas foram de fato adotadas por executivos das empresas – inclusive de sua alta direção. Isto demonstra que a publicação de programas anticorrupção é um passo fundamental, mas apenas o primeiro (ver a seção Sobre o Relatório) – #NãoPodeFicarNoPapel. Quando uma empresa divulga em detalhes seu programa anticorrupção, assume um compromisso público: qualquer *stakeholder* (funcionário, cliente, investidor, regulador) terá elementos para verificar se a promessa está sendo levada adiante e exercer pressão para que isso de fato ocorra. Entretanto, este relatório não verifica se as empresas cumprem realmente o que publicam. Este controle amplo e permanente somente poderá ser realizado pelos diversos entes interessados e a partir da transparência que pressionamos para que as empresas adotem. Finalmente, deve-se ressaltar que, em razão de seu tamanho, parte destas firmas (Petrobras, JBS e Odebrecht, por exemplo) haviam sido avaliadas em publicações da Transparência Internacional semelhantes a esta, com amostras internacionais. Como já tiveram contato com a metodologia aplicada, estão mais familiarizadas com os critérios e as recomendações da Transparência Internacional, tendo tido, portanto, a oportunidade de se adequar a eles. Em situação oposta, algumas firmas que nunca foram investigadas e que têm boa reputação no mercado e na sociedade não tiveram este padrão ético refletido em resultados estelares neste estudo. Isto se explica porque como já possuem uma reputação estabelecida, tem uma preocupação menor em

²⁰⁹ Transparência Corporativa (2018).

²¹⁰ Alvarenga e Melo (2017).

²¹¹ ULTIMOSEGUNDO (2017).

²¹² Salomão (2018).

formalizar e tornar públicas políticas que demonstrariam seus padrões de comportamento ético longamente estabelecidos. Embora compreensível, este silêncio também é negativo, pois a formalização e publicidade dos programas anticorrupção ajudariam a preservar a cultura corporativa que lograram construir e, também, inspirariam outras empresas e parceiros comerciais. Mesmo boas empresas devem estar atentas às possibilidades de levar suas práticas ao próximo nível.

5.3 Casos Vale e legislação aplicável nas atividades minerárias

Os atos de favorecimento sempre denotam prejuízo a alguém, seja especificamente ou a uma coletividade, como certas atividades em que sua atuação apontam eminente risco socioambiental a exemplo de atividades de mineração, mas sua existência se justifica pelo benefício e necessidade no desenvolvimento econômico em todas as vertentes do mundo moderno, da construção civil (com o uso de areia, brita, argila, caulim e ferro), aos setores industrial, comercial e de serviços, com o uso dos diferentes insumos minerais; a indústria automobilística, aérea e outros meios de locomoção com o desenvolvimento da sociedade globalizada no exercício do direito de ir e vir, do mesmo modo tem importância com a exploração de recursos naturais para fornecimento de combustíveis, entre outras atividades de mineração para o desenvolvimento humano.

Por conta dessas constatações muito se discute quanto às responsabilidades empresariais, sobretudo em face de sociedades que atuam em atividades cujo desenvolvimento têm impacto social, seja ambiental, seja no desenvolvimento econômico.

É comum que empresas com licença ambiental, tome-se aqui exemplificativamente as de exploração mineral, se acomodem sob tal manto autorizatório, como se excluísse a responsabilidade em manter em dia as normas técnicas de segurança.

A mineração deriva de um lastro legislativo decorrente do Decreto nº. 24.642, de 10 de julho de 1934 (Código de Minas) cuja validade se mostrou questionada frente a promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934, mas teve seu texto declarado em vigor com modificações da aludida Constituição pelo Decreto-Lei nº. 66, de 14 de dezembro de 1937, revogado pelo Decreto-Lei nº. 1.985, de 29 de março de 1940 (Código de Minas), revogado pelo Decreto-Lei nº. 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração – em vigor) cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto nº. 62.934, de 2 de julho de 1968, culminando nos preceitos legais da CF/88.

É certo que a atividade minerária brasileira denota relevante ramo econômico no cenário globalizado, com exportações e grandes depósitos minerais no território nacional, trazendo à atividade independência e autonomia, e desse modo, nos termos do artigo 4º. do

Código de Mineração “considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fósfil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa”.

Dessa conceituação, a CF/88 em seu artigo 20, inciso IX, delimita a propriedade dos recursos minerários à União, inclusive os encontrados no subsolo, embora exista esta previsão a própria CF em seu artigo 176 confere ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração, concluindo que o detentor do direito à lavra poderá questionar judicialmente eventuais restrições impostas pelo Poder Público ou de proprietário da área a ser explorada.

Esse aparente poder ao direito de propriedade ao ente privado pode fazer com que seu detentor tenha a falsa e equivocada ideia de que poderia se sobrepor aos regramentos da atividade minerária e, por consequência, ter facilidades e favorecimentos ao lidar com os entes públicos em detrimento a toda uma coletividade, cujos efeitos podem ser tão graves quanto a um dos mais notórios acidentes ambientais ocorridos poucos anos atrás, o da barragem em Mariana/MG, que trouxe oportuno questionamento: é necessária a criação de leis mais rigorosas para atividades empresariais que tenham alto impacto ambiental?

Objetiva-se sustentar resposta de modo negativo, notando-se os efeitos que permeiam no descumprimento das previsões nas legislações já existentes, mas que são mal aplicadas e observadas e, sobretudo, mal exigidas, e dessa intenção busca-se desmistificar que o Brasil é um país controverso no âmbito legiferante, eis que criam-se leis para uma série de atos mas o próprio critério legal não se mostra adequado ao fato, além de que deve estar paralelo a busca dos meios adequados de responsabilização do primeiro ator nos atos de pleito de lavra e suas responsabilidades decorrentes do poder em deferir ou não a pretensão da atividade minerária, consubstanciada nas normas do DNPM.

A atividade de mineração não se limita apenas aos critérios de propriedade, ao pleito de lavra e às demais supra descritas, mas também deve se atentar às leis quanto às barragens de tal atividade, especificamente a Lei nº 12.334 de 20 de Setembro de 2010, que estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB), destinadas à acumulação de água para quaisquer usos, à disposição final ou temporária de rejeitos e à acumulação de resíduos industriais e, conjuntamente, cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens; a publicação da Portaria nº 416 em 03/09/2012 do Diretor-Geral do DNPM, que cria o Cadastro Nacional de Barragens de Mineração e dispõe sobre o Plano de Segurança, Revisão Periódica de Segurança e Inspeções Regulares e Especiais de Segurança das Barragens de Mineração, conforme a Lei nº 12.334, de 20 de setembro de

2010, que dispõe sobre a PNSB; Resolução CNRH nº 143, de 10 de julho de 2012, que define os critérios de classificação de barragens por categoria de risco, dano potencial decorrente do volume do reservatório e as atuais previsões da Portaria DNPM nº 70.389, de 17 de maio de 2017, que cria um “Cadastro Nacional de Barragens de Mineração, o Sistema Integrado de Gestão em Segurança de Barragens de Mineração e estabelece a periodicidade de execução ou atualização, a qualificação dos responsáveis técnicos, o conteúdo mínimo e o nível de detalhamento do Plano de Segurança da Barragem, das Inspeções de Segurança Regular e Especial, da Revisão Periódica de Segurança de Barragem e do Plano de Ação de Emergência para Barragens de Mineração, conforme art. 8º, 9º, 10, 11 e 12 da Lei nº 12.334 de 20 de setembro de 2010, que estabelece a PNSB”, que descreve, no inciso XXX²¹³ do art. 2º a atuação de órgão público fiscalizador quanto à segurança das barragens de mineração se sua consequente gestão, como meio de garantir a lisura na conduta do explorador minerário na gestão e cuidado de sua barragem de rejeitos, bem como capitulando a gestão de barragens e planos de segurança. Por fim, o mais recente regramento quanto à medidas cautelares regulatórias sobre barragens a montante que demonstram vulnerabilidade e riscos à população se nota com a Resolução nº. 4, de 15 de fevereiro de 2019 da Agência Nacional de Mineração (ANM).

A fase legislativa tem estreito contato com o questionamento da possível reversibilidade do dano causado já que se parte da premissa de que a lei impõe a previsão do plano de recuperação, que decorre de prévia demonstração do Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD), que impõem critérios diversos ao tipo específico de atividade em que se buscará o restauro à condição inicial, próxima da inicial ou melhor que a inicialmente existente antes da atividade de lavra, sendo certo que o PRAD deve estar inserido na documentação quando do pleito de lavra, com as atividades de recuperação no ato de encerramento, estando prevista referida forma dessa recuperação.

A preocupação de atividades extrativistas deve se pautar pelo bem comum eis que o meio ambiente se trata de uma extensão ao Direito à vida e como tal deve ser preservado como o primordial Direito social de modo geral, desde nascentes, fauna, flora e todo entorno da empresa e local de exploração, além da preocupação com os resíduos oriundos da atividade exploratória.

²¹³ XXX. Órgão fiscalizador: autoridade do poder público responsável pelas ações de fiscalização da gestão da segurança da barragem, esta de competência do empreendedor, compreendendo o cumprimento das obrigações legais em relação ao PSB e a verificação in loco das estruturas físicas quanto ao estado de conservação e da identificação de eventuais anomalias aparentes no momento da inspeção;

A qualidade de vida e o Direito ao meio ambiente para José Afonso da Silva²¹⁴ integra a terceira geração dos direitos fundamentais, ao lado do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e do direito a comunicação.

Os Direitos fundamentais se mostram como dimensões e não meramente como direitos fundamentais individuais.

A preocupação com “o outro” é uma medida de dimensões a se entender a ponto de que os direitos devem se valer para uma coletividade e, disso, passa a ser individual, eis a integração de pessoas para a formação da generalidade coletiva.

Embora de se parecer uma obviedade, é fato que ao longo do tempo os envolvimento e vontades se mostram cada vez mais individualizados sagrando-se unívoco os interesses e vontades.

Ainda que, como se viu, as pessoas físicas ou jurídicas evoquem e divulguem documentos que demonstrem atos de inserção e observância a direitos coletivos, nem sempre e dessa assertiva que se vê na prática, deixando de lado “o outro”.

Os direitos do homem inclui o direito do “outro”, facilitando seu exercício em conjunto, uma vez que ainda que o indivíduo viva sozinho, deverá ele se valer de regras sociais para o convívio em sociedade e, também, para que a sociedade o respeite em seus direitos e desse modo assevera Karel Vasak, citando Salvador de Madariaga que para a o correto exercício a “regulamentação tenha outro fim além de facilitar o seu exercício, tendo em conta uma tríplice série de imperativos: os direitos do homem dos ‘outros’, a vida do grupo tomado como uma entidade, a vida da humanidade no seu conjunto²¹⁵”.

Em oportuno artigo publicado em uma revista jesuíta lusitana, Walter Osswald empunha um tema de extrema relevância nos tempos atuais em que lança uma questão inquietadora de “Quem é o outro?”²¹⁶, ocasião em que faz uma abordagem da dicotomia entre o “eu” e o “outro”, tendo o “eu” como único centro de atenção das necessidades e direitos a que possa existir e os “outros” se subdividem em familiares, colegas de labor e de grupo social como sendo os mais próximos e os demais como vizinhos, e pessoas em geral como os mais distantes e ainda traça uma terceira divisão como pessoas de outras etnias e funções ainda mais distantes da realidade do indivíduo “eu”.

²¹⁴ Silva (2002).

²¹⁵ Madariaga (1949, p. 44 apud VASAK, op. cit., p. 23, nota 43).

²¹⁶ Osswald (2018, p. 395-406).

A divisão, portanto, encerra uma linha de exercício de direitos e vontades como já aduzido, mas com a principal consequência de exercício único até que os “outros” emergem para também pleitearem e concorrerem com os mesmos direitos, já que de ordem coletiva.

O pleito de direitos por esses “outros” que emergem na sociedade, acabam por ainda mais, ou até mesmo fazer iniciar os arquétipos de preconceitos como citado pelo autor sendo o

cigano ladrão, o judeu usurário, o negro indolente, o ucraniano violento, etc, correspondente a generalizações indevidas e injustificadas, construídas a partir de casos isolados e não representativos, por vezes com séculos de vida e que se baseiam na estranheza com que nos deparamos com o desconhecido²¹⁷.

Os preconceitos surgem das referências, como o preconceito de uma criança surgirá pela referência de seus pais ou pelo determinismo de meio.

Mas em que momento surge a corrupção em que dilapida direitos alheios? Como justificar a visão do homem médio pela suposta falta de previsões legais punitivas ou a efetivação e fato de direito das previsões existentes e incautas, não somente pela ignorância quando, às vezes, se notam razoáveis?

A corrupção não é somente desvios de direitos, mas também o é o descaso à previsão destes, e como bem preceitua o autor supra descrito ao citar o filósofo Emmanuel Levinas, que se debruçou no estudo ético da alteridade em que se preocupa com o outro decorrente das diferenças o que é certa previsão, uma vez que não temos igualdade intelectual, filosófica, educacional ou outra que identificasse cada indivíduo, mas temos a igualdade de oportunidade, igualdade de obrigações legais e igualdade nas exigências dos direitos enquanto assim nos serve.

A responsabilidade para como o outro se vê descrita nas questões éticas na criação das leis e consequente de direitos, mas sobretudo, em fazer com eles sejam observados, cumpridos e distribuídos sem esquecimento que os direitos se prestam ao outro, ambiente a que estamos inseridos.

A doutrina já sustentou, através de Júlio Cesar de Sá da Rocha²¹⁸, que a classificação do meio ambiente é “aquele constituído pelo solo, pela água, pelo ar atmosférico, pela fauna e pela flora”, como o natural, enquanto que o artificial, como o meio urbano e também o rural, se constitui pelo “espaço físico transformado pela ação continuada e persistente do homem com o objetivo de estabelecer relações sociais, viver em sociedade”; enquanto que o que

²¹⁷ Osswald (op. cit., p. 396, nota 213).

²¹⁸ Rocha (1997, p. 24).

chama de meio ambiente cultural é aquele “constituído por bens, valores e tradições aos quais as comunidades emprestam relevância, porque atuam diretamente na sua identidade e formação”, já, por fim, o meio ambiente do trabalho, é aquele onde as atividades de labor são exercidas.

O Poder Judiciário brasileiro vem se moldando ao tema de Direito Ambiental, sobretudo quando da inserção na CF/88 no art. 225²¹⁹, quando buscou especializar-se nas causas dos temas aludidos ao direito a um ambiente saudável, com proteção à biota, aos espaços de existência de fauna, flora e dos recursos minerais e hídricos e, assim, referida previsão constitucional, lei maior que é, assegura o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, tratando de mineração, notando um vínculo obrigatório do Poder Público e da coletividade em protegê-lo, como indissociável corresponsabilidade com a empresa a ser instalada.

A segurança ambiental perfilha inúmeras situações que incentivam e asseguram o desenvolvimento social justo e adequado ao exercício da cidadania com condições dignas de convivência social nos ambientes a que o ser humano tenha atividades, a exemplo de fatores filosóficos que busca a felicidade retratada no exercício daquilo que o cidadão se realiza em

²¹⁹CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei;

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais;

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas;

atuar, seja no seio familiar, laboral, recreacionista, cultural, econômico, jurídico e em todas as demais áreas sociais a que esteja buscando integrar-se, visto que o ambiente não desenvolvido, insalubre e desequilibrado, traz desconforto, preocupações no senso crítico com direta influência no desenvolvimento das funções sociais do indivíduo ambientalmente afrontado.

Desse modo, a CF/88 se mostra um marco na defesa desse Direito até então precariamente amparado na legislação, doutrina e jurisprudência ou, ao menos, pouco aplicado nas previsões legislativas até então existentes.

Os modelos internacionais serviram de fundamento ao desenvolvimento de teses que mais tarde seriam estudadas, criticadas e melhor desenvolvidas para as normas brasileiras, como a Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972²²⁰, que norteou 26 princípios que, de um modo geral, em análise aos princípios relacionados ao tema delineado; traçou a busca por um meio ambiente saudável para a geração presente e as futuras como meio digno de desenvolvimento das funções do indivíduo, buscando eliminar as formas políticas de opressão social (princípio 1); busca de meios de preservação ambiental (princípio 2); busca da preservação e recuperação da terra quanto a recursos naturais renováveis (princípio 3); buscar preservar e proteger de modo sensato o patrimônio ambiental (princípio 4); pensar no não esgotamento dos recursos não renováveis, resguardando os desfrute também para gerações futuras (princípio 5); desenvolver meios a evitar a emissão de poluentes tóxicos e que liberam calor que possam comprometer o meio ambiente de modo que não consiga neutralizá-lo (princípio 6), bem como evitar e cuidar para que não ocorra também com os recursos marinhos (princípio 7); garantir desenvolvimento econômico e social para melhora da vida do cidadão (princípio 8); amparo financeiro aos países em desenvolvimento que sofram desastres ambientais (princípio 9) com conseqüente manutenção de preço a acesso a insumos para o melhor desenvolvimento a que se busca (princípios 10 e 12); traçar regras e aplicar recursos no bom desenvolvimento urbano com enfoque ambiental para utilização de todos e com observância à política demográfica para adequar o número populacional ao desenvolvimento ambiental (princípios 15 e 16); o uso de ciência e tecnologia para evitar e corrigir problemas ambientais com enfoque ao bem estar ambiental e da humanidade, fomentando o meio de estudos e pesquisa (princípio 18 e 20); educação ambiental pessoal e com divulgação pelos meios de informação de massa (princípio 19); exploração soberana de

²²⁰ Brasil (1972).

recursos naturais pelos Estados, criando e aplicando suas próprias normas e cuidando para evitar interferências ao meio ambiente de outros Estados (princípio 21); desenvolver meios de responsabilização de indenização às vítimas, com incentivo a tais práticas (princípio 22).

O amparo com normas mais completas visto a decorrência de 2 décadas, surge em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, de 5 a 14 de junho, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, chamada de ECO-92, ocasião em que se definiu a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), quando mais de 160 países aderiram à convenção com início de vigência em dezembro de 1993 e tratou precipuamente de três princípios como conservar a diversidade biológica, usar sustentavelmente a biodiversidade e dividir de modo justo e de forma equânime os benefícios obtidos pela utilização dos recursos genéticos, e que foi aprovado pelo Senado Federal pelo Decreto Legislativo nº. 2, de 3 de fevereiro de 1994²²¹.

Esse marco legal trazido pelas convenções internacionais sustentaram as teses legislativas, embora outras já existiam com enfoque na proteção ambiental mesmo antes das aludidas convenções, como pode-se verificar, por exemplo, em legislações aplicáveis a atividade minerária, enfoque com especificidade a que se trará neste texto, como danos decorrentes de rompimento de barragens de empresa mineradora, com ênfase na responsabilidade civil decorrente do dano pelo nexo de causalidade, situação em que se nota comum que empresas com licença ambiental para exploração mineral se acomodem sob tal manto autorizatório, como se excluísse a responsabilidade em manter em dia as normas técnicas de segurança.

Tome-se, de início, o inciso VIII do artigo 47²²² do Decreto Lei nº. 227/1967 que institui o Código de Mineração que impõe a responsabilidade dos danos resultantes da lavra, denotando responsabilidade objetiva que independe da demonstração da culpa, pois prevalece a teoria do risco integral inerente à atividade desempenhada, cujos rejeitos da exploração podem ocasionar danos materiais e morais a população pela perda de bens e entes e memórias familiares, bem como danos ao meio ambiente com mortandade da fauna e flora, podendo

²²¹ O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É aprovado o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992.

Parágrafo único. Estão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, bem como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, I, da CF, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 3 de fevereiro de 1994. _ Senador Humberto Lucena, Presidente.

²²² Ficarà obrigado o titular da concessão responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra.

atingir rios e Oceano Atlântico, tal qual ocorrido com a tragédia notória e recente em Bento Rodrigues, distrito do município de Mariana/MG.

Já a Lei nº 6.938/1981, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 14²²³ impõe a obrigação em recuperar a degradação causada e saldar danos ao meio ambiente e a terceiros vítimas de catástrofes decorrentes de atividade, impondo penalidade como multas e suspensão de atividades, acréscimo de responsabilização obrigatória na indenização e reparo dos danos causados, notando-se mais uma previsão legal de responsabilização independente de culpa, (responsabilidade objetiva), eis que a própria atividade exploratória já é fato para a reparação de dano decorrente dessa atuação.

Ainda, as atividades de mineração produzem resíduos sólidos conforme descrito e classificado pela Lei nº. 12.305/2010 que institui o Programa Nacional de Resíduos Sólidos em seu artigo 13, inciso I, alínea K²²⁴.

Por fim, o § 2º. do art. 225 da CF/88, garante a existência de meio ambiente protegido e preservado a toda coletividade e ao autorizar atividade de mineração, exige previsão de solução técnica de recuperação e obriga a recuperação do meio ambiente oriunda de degradação da atividade de lavra.

Desse modo, é possível afirmar que as previsões atuais, em relação à atividade minerária, traçam normas suficientes para imposição, aos entes públicos e privados, das

²²³Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA.

~~§ 4º Nos casos de poluição provocada pelo derramamento ou lançamento de detritos ou óleo em águas brasileiras, por embarcações e terminais marítimos ou fluviais, prevalecerá o disposto na Lei nº 5.357, de 17 de novembro de 1967. (Revogado pela Lei nº 9.966, de 2000).~~

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.284, de 2006).

²²⁴ “Resíduos de mineração: os gerados na atividade de pesquisa, extração ou beneficiamento de minérios”.

observâncias prévias ao pedido de lavra, bem como durante tais atividades e os danos que delas decorrentes forem.

O Ministério do Meio Ambiente já assentou e reconheceu que, no tocante ao contexto ambiental na atividade minerária que está:

por se tratar da extração de recursos naturais não renováveis da crosta terrestre, a mineração geralmente é vista como uma atividade altamente impactante e não sustentável. Por outro lado, a mineração é a base da sociedade industrial moderna, fornecendo matéria-prima para todos os demais setores da economia, sendo, portanto essencial ao desenvolvimento. A extração mineral é considerada de tal forma estratégica que no Brasil, como na maioria dos países, os depósitos minerais (jazimentos) são bens públicos, extraídos por concessão do estado. Os efeitos ambientais e socioeconômicos do aproveitamento destes jazimentos dependem, principalmente, da forma na qual esta atividade será planejada e, principalmente, como será desenvolvida²²⁵.

Além das previsões legais supra aduzidas, o Brasil tem uma gama legislativa importante e que fundamenta, justifica e autoriza a exploração da atividade minerária, especialmente se preocupando com as questões ambientais, ocasião em que organiza órgãos que impõem essas regras, analisa projetos e processos de instalação e fiscaliza as atividades, tais como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), além de atividades e atos como a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) os Estudos de Impacto Ambientais (EIAs), Relatórios de Impactos Ambientais (RIMAs), Planos de Controle Ambientais (PCAs), Relatórios de Controle Ambientais (RCAs), cujos órgãos e atos se apoiam em legislações pertinentes como a própria CF/88, e as normas infra constitucionais como o Decreto Lei nº. 227/1967 (Código de Mineração), Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente), Lei 12.334/2010 (Política Nacional de Segurança de Barragens).

Dessa premissa legislativa e organizacional é notória, portanto, a preocupação do resguardo socioambiental para justificar uma atividade sustentável, sobretudo no setor da mineração que se encontra em constante crescimento, bem como o interesse por transações comerciais que envolvam direitos minerários e títulos de autorização para o aproveitamento mineral.

O impacto de um acidente não se mostra restrito ao meio ambiente, mas também à imagem e planejamento da atividade empresarial, que pode ter seu enfoque modificado por

²²⁵ BRASIL. MEIO AMBIENTE (2001).

uma nova diretriz que vem sendo aplicado no Brasil, o *compliance*, que resgata, por assim dizer, o interesse do empresariado em ter o nome de sua empresa diretamente atrelado às boas práticas de planejamento, inclusive adequando-se à recente Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013) que passou a vigor em janeiro de 2014, que dispõe “sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, com responsabilização tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, além de possibilitar o chamado *acordo de leniência* que é a colaboração com o processo administrativo e que pode minimizar as penas impostas pela aludida lei que, inclusive, é extensível às demais empresas do grupo empresarial envolvido.

É de se reconhecer que a atividade de mineração desafia o importante conceito de sustentabilidade que se mostra possível, embora a turba conteste tal similitude.

É notória a necessidade da atividade minerária ao desenvolvimento social em todas as vertentes como a construção civil com o uso de areia, rochas e ferro, para a indústria automobilística, aérea e outros meios de locomoção com o desenvolvimento da sociedade globalizada no exercício do direito de ir e vir, do mesmo modo se tem importância com a exploração de recursos naturais para fornecimento de combustíveis, entre outras atividades de mineração para o desenvolvimento humano.

Não se pode dissociar a atividade exploratória dos danos ambientais e dos impactos na sociedade, contudo não se pode aceitar que tais contrariedades seja motivo bastante para impedir referida atividade, sob pena de impor atraso a toda uma sociedade.

O desenvolvimento sustentável vem ao encontro com a preocupação com o meio ambiente este conceituado pelo desenvolvimento e resguardo da vida.

A demonstração das previsões legais à atividade minerária com as imposições de responsabilização tanto à pessoa jurídica quanto aos seus diretores será o desenvolvimento central da tese, com relação analógica às decisões judiciais já desenvolvidas e as linhas de defesa que podem ser adequadas a eventos futuros com intuito em colaborar com a preservação ambiental.

A esta atividade desenvolvimentista importante delimitação se mostra quanto às barragens eis que importante sistema de retenção dos resíduos com componentes poluidores e contaminantes, merecendo análise quanto ao projeto, execução, fiscalização e a responsabilização desses atos e consequências de eventual rompimento e seus danos, buscar meios de evitá-los ou minimizá-los objetivando uma exploração sustentável, cujo enfoque tem

respaldo pela observância da Lei nº 12.334, de 20 de Setembro de 2010 que estabelece a PNSB, conforme supracitado.

A fase legislativa tem estreito contato com o questionamento da possível reversibilidade do dano causado já que se parte da premissa de que a lei impõe a previsão do plano de recuperação das áreas ambientalmente afetadas pela atividade extrativista mineratória, objetivando demonstrar a possibilidade dessa recuperação e que decorre de prévia demonstração do Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) que impõem critérios diversos ao tipo específico de atividade em que se buscará o restauro à condição inicial, próxima da inicial ou melhor que a inicialmente existente antes da atividade de lavra.

Certo é que o PRAD deve estar inserido na documentação quando do pleito de lavra, com as atividades de recuperação no ato de encerramento, estando prevista referida forma dessa recuperação.

Assim, além do desastre de 2015, surpreendentemente ao final de mês de janeiro de 2019, outro rompimento de barragem a montante também da empresa Vale em Brumadinho/MG causou um desastre com proporções ambientais menores ao de Marian/MG, mas com impacto humano muito maior, apontando-se na imprensa algo em torno de 300 pessoas desaparecidas, com algumas já encontradas sem vida.

Mas como se mostra possível uma empresa de tal porte e importância global, possa aparentemente aduzir dados por sua própria vontade, sem veracidade, devendo questionar se a vontade própria pode suplantar Direitos alheios.

Como meio de demonstrar que a vontade pode não ser a mesma que a verdade, nos moldes de Nietzsche, o relatório de 2014 da empresa traz que:

o estéril é disposto, em conformidade com os procedimentos de segurança e as leis ambientais, ao longo das pilhas de estéril João Manoel e Alegria Sul. A análise e o controle de riscos são realizados por meio da metodologia *Failure Modes and Effects Analysis* (FMEA), que avalia o potencial de ocorrências e falhas nas barragens, bem como as consequências potenciais sobre a saúde e a segurança das pessoas e do meio ambiente. (...) O principal documento norteador a respeito do tema é o Plano de Disposição de Rejeitos (PDR), que fornece diretrizes para nos apoiar até o processo de exaustão das reservas de minério. Sob a ótica da segurança de nossas operações, dispomos do Plano de Ações Emergenciais (PAE) das barragens, que aborda o funcionamento das estruturas de disposição de rejeito e possíveis anomalias ou situações de emergência. Com base nesse documento, que atende aos requisitos legais sobre gestão de barragens, aplicamos, em 2014, um total de 1.356 horas de treinamentos com os empregados envolvidos direta ou indiretamente nas atividades²²⁶.

²²⁶ Relatório Samarco (op. cit., p. 72, nota 121).

De se perguntar, ante a excelência nos dados do relatório quão possível seria supor o catastrófico fato ocorrente em 2015? Cabível a suposição de risco do negócio? Viável supor quanto a uma fatalidade decorrente de caso fortuito ou força maior? Crível seria justificar erro de mensuração dos dados e/ou falha nos procedimentos expostos? E, por fim, a quem caberia fiscalizar os procedimentos externados no relatório e, se fiscalizados, como não verificados os eventuais vícios que ensejaram os danos coletivos individuais?

A tese não verte para uma pesquisa empírica para coleta de tais dados a responderem as questões supras, mas o faz de maneira analítica filosófica para que se responda como algo ou alguém auto ético pode ter em tão curto espaço de tempo a queda da demonstração de seus dados.

Desse modo, de se ver que não basta a exposição de dados como se quer, notando verdadeira falta à máxima de Sócrates trazida na epígrafe desta tese, “conhece-te a ti mesmo”, consubstanciando, assim, uma verdadeira contradição entre o fato e a percepção do agente, o que se revela comum enquanto cada um tem sua percepção quanto à sua existência e suas funções, não sendo propriamente o que se tem por otimismo ou autoestima.

Antônio Marques ao prefaciara *Para além do bem do mal* de Nietzsche bem aponta que quando se trata de tal assunto, deve-se aprender a suspeitar das “oposições perfeitas” e que “a verdade nascerá do erro”²²⁷.

A justificativa geral, não se podendo afirmar ser o do caso supra descrito, se mostra sempre com culpabilidade à ação da natureza em situações de tal circunstância, mas de se notar que a gestão de risco deve contemplar todos os demais casos em que se possa vislumbrar um dano, seja ambiental, econômico ou até mesmo moral.

Dessa perspectiva de gestão de riscos, de se tomar a importante observância de Luciano Lourenço ao afirmar que “o conceito de ‘risco’, como o da sua manifestação, a ‘crise’, são acompanhados por uma outra noção, a de ‘perigo’, que está presente em ambos, quer no final do risco, quando o perigo está iminente, quer no início da crise, quando de facto, se corre perigo efetivo, real”²²⁸.

Gerir o risco é um método que suplanta a mera inserção de mecanismos, tecnologias ou indicativos estanques; necessita-se administrar todos esses métodos e antever à iminência de qualquer ocorrência que não se possa ter controle.

A falta desse critério de gestão de risco de modo transparente, justificou o ingresso de ações coletivas em face da empresa Vale perante a justiça de Nova Iorque além de, no Brasil,

²²⁷ Nietzsche (op. cit., p. IV, nota 121).

²²⁸ Lourenço (2015).

abertura de processo administrativo pela Comissão de Valores Mobiliários²²⁹, cujo fundamento foi buscado em pesquisa e solicitado ao órgão sem resposta até a correção desta tese; contudo pelo que noticiado consta, os fundamentos ensejadores do pleito judicial por um dos escritórios de advocacia norte-americano, Rosen Law²³⁰, trata da falta de informações quanto aos possíveis e iminentes riscos de danos decorrentes das atividades de mineração e das barragens de rejeitos que, com o acidente ocorrido em janeiro de 2019, teve como argumento indenizatório:

According to the lawsuit, defendants made false and/or misleading statements and/or failed to disclose that: (1) Vale had failed to adequately assess the risk and damage potential of a dam breach at its Feijão iron ore mine; (2) Vale's programs to mitigate health and safety incidents were inadequate; (3) consequently, several people were killed and hundreds more were reported as missing after Vale's dam at its Feijão iron ore mine was breached; and (4) as a result, defendants' statements about its business, operations, and prospects, were materially false and misleading and/or lacked a reasonable basis at all relevant times. When the true details entered the market, the lawsuit claims that investors suffered damages²³¹.

²²⁹CVM (2019).

²³⁰The Rosen Law Firm (2019).

²³¹De acordo com o processo, os réus fizeram declarações falsas e / ou enganosas e / ou não divulgaram que: (1) a Vale não havia avaliado adequadamente o risco e o potencial de danos de uma quebra de barragem em sua mina de ferro de Feijão; (2) os programas da Vale para mitigar os incidentes de saúde e segurança eram inadequados; (3) conseqüentemente, várias pessoas foram mortas e outras centenas foram reportadas como desaparecidas depois que a represa de Vale em sua mina de minério de Feijão foi rompida; e (4) como resultado, as declarações dos réus sobre seus negócios, operações e prospectos eram materialmente falsas e enganosas e / ou careciam de uma base razoável em todos os momentos relevantes. Quando os detalhes verdadeiros entraram no mercado, a ação alega que os investidores sofreram danos.

6 CONCLUSÃO

Ter observância dos atos empresariais às normas e efetivamente adequando-se às mesmas, adotando-se a prática do *compliance* que é medida salutar ao desenvolvimento empresarial, cujo enfoque é o de mensurar os riscos e gerir a atividade empresarial sob conformidade às legislações e normas aplicáveis, sendo que tal preocupação e aplicabilidade se enquadrem como lastro patrimonial ao direito de imagem da empresa, gerando confiabilidade aos que buscam associar-se à empresa de modo societário ou na aquisição de seus produtos e serviços.

A mudança da mentalidade empresarial é de que o custo na gestão amparado nessa regra mostra-se como um investimento e não como mero gasto desnecessário, e que a confiança social na empresa decorre de uma auto proatividade consubstanciada no próprio desenvolvimento de critérios para a *compliance*, como análises periódicas do programa com ampla e inequívoca divulgação aos envolvidos no desenvolvimento da empresa; meios de comunicação com entes internos e externos para recebimento e apuração de denúncias, críticas ou sugestões; sanções disciplinares; exposição pública de referido programa e de eventuais notas de repúdio a atos contrários ao desenvolvimento do ramo de sua atuação; avaliação dos riscos e seu grau periódico; análise dos graus de zelo à legislação dos entes envolvidos com a empresa (*due diligence*); entre outras situações que busquem um caminho ético que desenvolva, não só o bom nome e inserção mercadológica da empresa, mas principalmente, no desenvolvimento de atos que visem a isenção às sanções sérias da Lei Anticorrupção que podem, inclusive, impor a dissolução compulsória da pessoa jurídica (§ 1º do art. 19). Essas preocupações fazem com que a empresa tenha desenvolvimento crescente, autônomo e confiável, econômica e socialmente.

As atividades com ganho de capital ilícito ou desvios de erário público por negociata em contratos para serviços públicos trazem evidente prejuízo financeiro, mas sobretudo, um prejuízo social, eis que tais desvios limitam ou impedem o correto destino das verbas públicas para o atendimento do cidadão nas básicas funções a que tem direito, aliás, constitucional.

O crescimento econômico e social de uma empresa depende de investimentos e relações comerciais entre o poder público e a iniciativa privada e um dos meios fomentadores dessa relação se mostra pela segurança jurídica desses negócios jurídicos.

Contudo, é cediço que muito se confunde entre jurídico e judicial e muitas vezes é do exercício hermenêutico essa confusão metodológica, porém, outras vezes tem-se de fato o surgimento de um conflito que ao menos um dos envolvidos acaba por entender que a busca

jurisdicional seja a melhor saída para a solução, o que defende-se não ser a única, tampouco a melhor, eis que não garante um resultado esperado, e sequer pode-se afirmar ser o melhor caminho, eis que nem sempre uma observância à risca da legislação é o método mais correto a se aplicar, cabendo maior conhecimento aos critérios de desenvolvimento e consequência da decisão.

Desse modo, é de se louvar os critérios legais que oportunizam às partes envolvidas a definição de critérios de solução; da criação e exercício dos meios de controle; da preocupação em manter o que bem se avençou conjuntamente.

Quando se mostra necessário exercício decisório, este merece a observância do consequencialismo a que referido julgado terá e bem observar a atividade-meio do gestor, cujo exercício com boa-fé não pode gerar critérios condenatórios suficientes em invalidar os atos praticados, sobretudo se no momento anterior ao ato decisório outras regras vigiam e nelas se amparou a prática do ato.

Tais critérios devem estar muito bem claros de modo a não comprometer a segurança jurídica dos atos, e o *compliance* é um método formador desses critérios de definição dos atos em estrita observância às regras e, ainda, desenvolver métodos de solução dos conflitos de modo equânime, ético, rápido e com definições de uma espécie de comitê gestor de crises escolhidos por todos os envolvidos no desenvolvimento contratual, evitando-se a busca jurisdicional clássica, eis que sabido é de seu caráter menos célere e menos especializado para assuntos específicos e que poderiam comprometer as boas relações do desenvolvimento econômico ante o critério estritamente positivista a que ainda se utiliza, com mudanças em decisões precedentes e interpretações confrontantes com previsões legais sob pretextos de imputar critérios mais punitivos a não compactuar com irregularidades atabalhoadamente descritas e que não têm mais lugar para as relações globalizadas, fazendo, por fim, que os interessados busquem conjuntamente os meios de resolução de seus conflitos de modo a que satisfaçam todos os envolvidos sem infringência de legalidades que pudessem causar afronta a interesses coletivos.

A referência ao *compliance* não se trata do mero cumprimento de normas relativas às atividades empresariais e sim, sobretudo, a busca de integridade nas atuações profissionais como reconhecimento nos atos administrativos e jurídicos, restando segurança como forma de acreditação para uma boa construção da imagem em atuação firme e correta, desmistificando

Como sustentado na tese, não buscou-se tratar o *compliance* como novidade nas atuações, mas sim como um método de resgate à ética que, se bem delineado, minimiza o

socorro jurisdicional ou, sendo necessário, se demonstrará toda atuação escoreita que ao menos buscou-se se socorrer, delineando a boa-fé.

A transparência de atuação, as orientações efetivadas e a busca de adequação necessária às regras a um certo ato devem estar ao lado de uma conduta livre de interesses excessivos ou de privilégios, de modo a construir uma fundamentação para responder a demanda social de que nosso País não está à mercê do desmando, dos benefícios escusos e locupletamentos, uma vez que as regras existentes passam por critérios de séria preocupação em sua observância.

Essa preocupação pela atuação em observância ao *compliance* como busca pela integridade tem notada participação no Estado e na Sociedade que pode-se traduzir pela inserção junto aos partidos políticos para que se atue com prevenção a atos que ensejem conduta criminosa e que se analise os riscos de uma ação antes de ser ela efetivada e métodos de solucionar conflitos surgidos.

Não se pode relegar que a operação de maior destaque no País, a “Lava Jato”, tem se mostrado com um marco na busca por integridade de empresas, tanto públicas quanto privadas, para um correto desenvolvimento socioeconômico, mas sobretudo na mudança de uma cultura esgarçada pela busca de privilégios em detrimento de direitos de outrem, o que justifica, portanto, o resgate da ética para atuação no desenvolvimento socioeconômico como um método preventivo a se evitar danos e riscos na atuação e resultados buscados.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Governança das sociedades comerciais**. Coimbra: Almedina, 2005/2006.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ALVARENGA, Darlan; MELO, Luísa. Para virar a página, empresas da Lava Jato investem em planos anticorrupção. **Globo-G1**, 9 de julho de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/G1-compliance>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ANDRADE, Renata Fonseca de. **Sistema anticorrupção, lei de improbidade administrativa e compliance**. Do combate à improbidade administrativa: considerações sobre a Lei nº. 8.429/92 e afins. Manaus: Aufiero, 2018.

ANTÓNIO, Ary. Ética e Direito: que diálogo? **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, v. 70, n. 2-3, 2014, p. 542-543.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, ética responsabilidade social e empresarial: uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL – BCB. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Ffis%2Fsupervisao%2Fbasileia.asp>. Acesso em: 24 jan. 2019.

BANCO DE PORTUGAL. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/aviso/52013>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 14, 2002. Disponível em: https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/ordem-mica-limites-estatal-controle59138999?_ga=2.10834492.905577700.1541730150-354624038.1541730150. Acesso em: 16 jan. 2017.

_____. **Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BEZERRA, Fábio Luiz de Oliveira. Ética judicial: A dignidade da pessoa humana e os valores da verdade, justiça e amor. **Revista de Informação Legislativa**, ano 47, n. 186 abr./jun. 2010.

BITTENCOURT, Renato Nunes. **A Filosofia como potência de agir através da atividade do esquecimento em Espinosa e Nietzsche**. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Itaca/article/viewFile/2419/2068>. Acesso em: 22 mai. 2018.

BLANCO, Ángel Sanches. **Marcos de mejora de la calidad de las administraciones públicas**. El derecho a una buena administración y la ética pública. Fundación General de la Universidad de Málaga. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

BRASIL. MEIO AMBIENTE. **Manual de normas e procedimentos para licenciamento ambiental no setor de extração mineral**. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos Programa de Proteção e Melhoria da Qualidade Ambiental – IBAMA. Manual de Normas e Procedimentos para Licenciamento Ambiental no Setor de Extração Mineral. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/arquivos/MANUAL_mineracao.pdf. Acesso em: 06 jul. 2017.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/menu/processos/consulta_andamento.html. Acesso em: 29 de out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de out. 2017.

_____. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. **Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional**. Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. **Itamaraty**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde>. Acesso em: 21 jan. 2019.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências**. Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm. Acesso em: 28 nov. 2018.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências**. Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências**. Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: set. 2017.

_____. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. **Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da**

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. **Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.** Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Ministério de Minas e Energia. Agência nacional de mineração. **Resolução nº. 4**, de 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/63799094/do1-2019-02-18-resolucao-n-4-de-15-de-fevereiro-de-2019-63799056. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. _____. Departamento Nacional de Produção Mineral. **Portaria nº. 70.389**, de 17 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/portaria-dnpm-no-70-389-de-17-de-maio-de-2017-seguranca-de-barragens-de-mineracao>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano.** Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRIBARY ACT 2010. Chapter 23. **An Act to make provision about offences relating to bribery and for connected purposes.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf. Acesso em: 24 jan. 2019.

CADENUMEROS. **Números gerais.** Disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>. Acesso em: 09 ago. 2018.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CASTRO, Sílvio. **A carta de Pero Vaz de Caminha.** Porto Alegre: L&PM, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica.** 3. ed. Max Limonad, 2000.

COIMBRA, Marcelo Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Disponível em: <http://sistemas.cvm.gov.br/asp/cvmwww/processos/FormNUP.asp?NUP=19957.000607/2019-37>. Acesso em: 30 de jan. 2019.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR. **EUA priorizam recuperação de empresas, não punição**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-16/eua-priorizam-recuperar-empresas-nao-punir-ex-procurador>. Acesso em: 17 jan. 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. **Guia Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial**. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 29 jun. 2017.

CORTELLA, Mário Sérgio. **Ética e vergonha na cara**. Campinas: Papyrus 7 Mares, 2014. – Coleção Papyrus Debates.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANITATIONS – COSO. Disponível em: <https://www.coso.org>. Acesso em: 24 jan. 2019.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Aspectos jurídicos do Compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DELEUZE, Gilles. **Empirismo e subjetividade: ensaio sobre a natureza humana segundo Hume**. São Paulo: Editora 34, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Nova Cultural, 1999a. - Coleção Os Pensadores.

_____. **As paixões da alma**. São Paulo: Nova Cultural, 1999b. - Coleção Os Pensadores.

_____. **Meditações**. São Paulo: Nova Cultural, 1999c. - Coleção Os Pensadores.

DOWBOR, Ladislau. **A era do capital improdutivo: Por que oito famílias tem mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

EBRAHIM, Munássir. **O business judgment rule e o corporate governance: uma visão pessoal coligida da interdisciplinaridade entre as ciências econômicas e de gestão no direito societário**. Lisboa: Chiado, 2016.

EISENBERG, Melvin Aron. An Overview of the Principles of Corporate Governance. **The Business Lawyer**, v. 48, 1993. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>. Acesso em: 11 jan. 2019.

EPELBAUM, Michel. **Integridade, transparência, corrupção e compliance**. Disponível em: <http://www.osetoreletrico.com.br/web/colunistas/michel-epelbaum/1648-integridade-transparencia-corrupcao-e-compliance-parte-ii.html>. Acesso em: 10 set. 2016.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - FIESP. Departamento de Meio Ambiente. **Guia PCS: tendências e oportunidades para o setor dos negócios**. 2015. Disponível em: <https://sitefiespstorage.blob.core.windows.net/uploads/2015/06/dma-guia-pcs-web.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa: repercussão sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2016.

GALLO, Zildo. **Ethos, a grande morada humana: economia, ecologia e ética**. Itu: Ottoni, 2007.

GARCÍA, Francisco Jimenéz. **La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas em um Derecho internacional global**. Granada: Comares, 2015.

GAUDÊNCIO, Pedro Miguel Duarte. **Análise das percepções e comportamentos dos trabalhadores em função responsabilidade social empresarial e o seu desempenho individual**. (Dissertação de Mestrado). Coimbra: FEUC, 2010. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13329/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado_Pedro%20Gaudencio.pdf. Acesso em: 9 jan. 2019.

GIOVANINI, Wagner. **Lei anticorrupção promove a disseminação da cultura da ética**. Disponível em: <https://capitalaberto.com.br/temas/legislacao-e-regulamentacao/lei-anticorrupcao-promove-a-disseminacao-da-cultura-da-etica/#.XDx9GVxKjIV>. Acesso em: 14 jan. 2019.

GOMES, Conceição. A formação de magistrados como instrumento de transformação da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, n. especial, 2018. Coimbra: Centro de Estudos Sociais Colégio São Jerónimo.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A atividade administrativa em face do sistema Constitucional**. Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Alexandre de Moraes (coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

HERRMANN, Hildebrando; POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues; SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. **Código de Mineração de A a Z**. 2. ed. Millennium, 2011.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO - IBRAM. **Gestão para a sustentabilidade na mineração: 20 anos de história.** Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00002130.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 07 nov. 2018.

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos. **Diagnóstico dos Resíduos Sólidos da Atividade de Mineração de Substâncias Não Energéticas.** Disponível em: http://ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/120814_relatorio_atividade_mineracao.pdf. Acesso em: 15 fev. 2016.

INSTITUTO ETHOS. **Lei Anticorrupção exige nova postura das empresas.** Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/lei-anticorruptcao-exige-nova-postura-das-empresas/#.V974lPkrLIU>. Acesso em: 02 set. 2016.

LIMA, George Marmelstein. **A judicialização da ética.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

LINS, Fernando Antonio de Freitas. **Brasil 500 Anos: A construção do Brasil e da América Latina pela mineração.** Rio de Janeiro: CETEM/MCT, 2000. Disponível em: <http://www.cotemar.com.br/biblioteca/mineracao/500anos-BLOCO%20III%20.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2015.

LOGOS DESENVOLVIMENTO HUMANO E CONSULTORIA. **Pesquisa de idoneidade empresarial.** Disponível em: <http://logosdesenvolvimento.com.br/1615-2/>. Acesso em: 22 nov. 2018.

LOURENÇO, Luciano. Riscos: Territórios em convergência. IX Encontro nacional de riscos - II Fórum sobre riscos e segurança do ISCIA. **Territorium.** Coimbra: Associação Portuguesa de Riscos, Prevenção e Segurança; Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

LOURENÇO, Nuno Calaim. **Os deveres de administração e *business judgment rule*.** Coimbra: Almedina, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** São Paulo: Nova Cultural, 1999. - Coleção Os Pensadores.

_____. **Escritos políticos.** São Paulo: Nova Cultural, 1999. - Coleção Os Pensadores.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **Direito ambiental.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

MAY, Yduan de Oliveira. **Governança corporativa eficiente.** Curitiba: Íthala, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnold; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

NATIONAL PUBLIC RADIO – NPR. Disponível em: <https://www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/10/08/446861855/volkswagen-u-s-ceo-faces-questions-on-capitol-hill>. Acesso em: 15 jan. 2019.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para além do bem e do mal (prelúdio a uma filosofia do futuro)**. Tradução e notas de Carlos Morujão. Lisboa: Relógio D'água Editores, 1999.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Meio Ambiente & Mineração: desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. O novo código florestal e a sociedade de risco: a proibição do retrocesso ambiental e a inconstitucionalidade da proteção jurídica deficiente. In: Olavo Augusto Viana Alves Ferreira, Werner Grau Neto (Orgs.). **Temas polêmicos do novo código florestal**. São Paulo: Migalhas, 2016.

OSSWALD, Walter. Quem é o outro? Brotéria: cristianismo e cultura. **Revista Mensal Publicada pelos Jesuítas Portugueses desde 1902**, v. 187, n. 4, 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/membersandpartners/>. Acesso em: 21 jan. 2019.

PEGORARO, Lucio. Existe un derecho a una buena administración? (algunas consideraciones sobre el ab(uso) de la palabra “derecho”). In: Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutierrez Rodríguez (Coordinadores). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Fundación General de la Universidad de Málaga. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PESTANA, Márcio. **Lei anticorrupção: exame sistematizado da Lei n. 12.486/2013**. Barueri/SP: Manole, 2016.

PHILIPPI JUNIOR, Arlindo. **Política nacional, gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. Barueri/SP: Manole, 2012. - (Coleção Ambiental).

PIZARRO, Sebastião Nóbrega. **Manual de compliance**. Vila Nova de Famalicão: Nova Causa, 2016.

PUBLIC LAW. **101-12 st Congress**. 1989. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2019.

RE, Edward D. Stare decisis, **Revista de informação legislativa**, n. 122, 1994.

REIS, Nuno Tiago Trigo dos. **Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais**. Temas de direito comercial: cadernos o direito. Coimbra: Juridireito, n. 4, 2009.

RELATÓRIO SAMARCO. Disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/08/2014-Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade.pdf>. 2015. Acesso em: 12 nov. 2016.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução: Lourdes Santos Machado. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROXIN, Claus. Culpa e responsabilidade: questões fundamentais da teoria da responsabilidade. **Revista portuguesa de ciência criminal**, Ano I, fasc. 4., Lisboa, 1991.

SALOMÃO, Lucas. Entenda o que motivou o afastamento de quatro vice-presidentes da Caixa”, **Globo-G1**, 17 de janeiro de 2018. Disponível em: http://bit.ly/Caixa_afastamento. Acesso em: nov. 2018.

SANTOS, Cláudia Cruz, et.al. **A corrupção**: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SANTOS, Renato dos; Francisco Verardi Bocca. Do estado à orgia: ensaio sobre o fim do mundo. **Revista Filosófica de Coimbra**, V. 27, n. 54, 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERRA, Silvia Helena. **Mineração**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. Silvia Helena Serra; Cristina Campos Esteves e Fernando Herren Aguiar (coord). – São Paulo: Saraiva, 2012 – (Coleção Direito econômico).

SILVA, Douglas Rodrigues da. Compliance e bases sociológicas: neutralização de distorções cognitivas em psicologia de grupo (*behavior economics*) – o caso da publicidade infantil. In: Décio Franco David (Org.). **Compliance e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 27, p. 51-52, jul/set. 2002.

SILVA FILHO, Carlos Roberto Vieira da. **Gestão de Resíduos Sólidos**: o que diz a lei. 2 ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. Criminal compliance: os limites da cooperação normativa quanto à lavagem de dinheiro. **Revista de direito bancário e de mercado de capitais**, ano 15, v. 56, 2012.

_____. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Lei anticorrupção e temas de compliance**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SOUZA, Maria Regina Whitaker. **Responsabilidade constitucional na exploração dos recursos naturais** – propostas para a mineração da areia. São Carlos: RiMa, 2008.

SPINOZA, Benedictus. **Ética**. Tradução e notas de Tomaz Tadeu. 3. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE579951.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

TAVARES, Aida. As causas socioculturais e Político-econômicas da Corrupção: uma análise para vários países. **Notas Económicas**, nº 21, 2005. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/24911/1/NotasEconomicas21_artigo4.pdf?ln=pt-pt. Acesso em: 14 jan. 2019.

TEIXEIRA, Pedro Freitas. **Os deveres de conduta dos administradores de companhia aberta**: uma análise funcional da responsabilidade civil no âmbito da Lei 6.404/76. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TESSLER, Marga Inge Barth. Teoria Geral da Responsabilidade Ambiental. **Revista CEJ**, Brasília, ano XI, n. 38, p. 4-12, jul./set. 2007.

THE ROSEN LAW FIRM. Disponível em: <https://www.rosenlegal.com/cases-1495.html>. Acesso em: 01 de jan. 2019.

THE UNITED STATES. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 24 jan. 2019.

TORRE, José María Ayla De La. **Compliance**. 2. Ed. Madrid: Francis Lefebvre, 2018.

TRANSPARÊNCIA CORPORATIVA. 2018. Disponível em: <http://transparenciacorporativa.org.br/TI-TRAC-2018.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **Índice de corrupção no mundo**. 2013; 2017. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2013/results>. Acesso em: 22 nov. 2018.

ULTIMOSEGUNDO. **Em 2015, BTG Pactual teria sido acionado para destruir provas na Lava Jato**, 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://bit.ly/BTGPactual-LavaJato>. Acesso em: nov. 2018.

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION - USSC. Disponível em: <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2019.

VASAK, Karel. **As dimensões internacionais dos direitos do homem**: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos/UNESCO, 1983.

VERÍSSIMO, Carla. **Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VILLORIA, Manuel. La ética pública y los códigos de conducta administrativos vs. Corrupción y escándalos políticos. In: Carmen María Ávila Rodríguez y Francisco Gutierrez Rodríguez (Coordinadores). **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Fundación General de la Universidad de Málaga. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 6 ed. São Paulo: Ática, 1995.

WULF, Katharina. **Ethics and compliance programs in multinacional organizations**. 2012.

YOSHINO, Kenji. **Mil vezes mais justo: o que as peças de Shakespeare nos ensinam sobre a justiça**. Tradução Fernando dos Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

ZARDO, Francisco. Reflexões sobre a responsabilidade objetiva na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). **Revista dos Tribunais**, P.38, 2017.

ZUMBANSEN, Peer. Comparative, Global and Transnational Constitutionalism: The Emergence of a Transnational Legal-Pluralist Order. **Comparative Research in Law & Political Economy**, n. 24, 2011. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/62>. Acesso em: 23 jan. 2019.

ANEXOS

Anexo A – Legislações aplicáveis à atividade e prática sustentável

BANCO CENTRAL DO BRASIL - BCB. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. **Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/normativo.asp?tipo=Res&ano=2014&numero=4327>.

BRASIL. Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010. **Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm.

_____. Decreto nº 7.746, de 5 de junho de 2012. **Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – Cisap.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7746.htm.

_____. Decreto Federal nº 7.746, de 5 de junho de 2012. **Regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7746.htm.

_____. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. **Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm.

_____. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. **Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm.

_____. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e nº 9.841, de 5 de outubro de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm.

FEBRABAN. Normativo SARB nº 14, de 28 de agosto de 2014. **Normativo de criação e implementação de política de responsabilidade socioambiental que formaliza diretrizes e procedimentos fundamentais para as práticas socioambientais dos seus Signatários nos negócios e na relação com as partes interessadas.** Disponível em: <https://www.autorregulacaobancaria.org.br/pdf/Normativo%20SARB%2014%20-%20Responsabilidade%20Socioambiental%20-%20aprovado%20CAR%2028.08.14.pdf>.

Anexo B – Artigos com previsão de *compliance* no Aviso do Banco de Portugal n.º 5 de 18 de dezembro de 2013

Artigo 2.º Definições

Para efeitos de aplicação do presente Aviso entende-se por:

[...]

6) "Colaborador relevante": qualquer colaborador, interno ou externo, da instituição financeira que preencha, pelo menos, uma das seguintes condições:

- i) Ser membro do respetivo órgão de administração ou de órgão equivalente;
- ii) Exercer funções que impliquem o contato direto, presencial ou à distância, com os clientes da mesma;
- iii) Estar afeto às áreas funcionais de *compliance*, de gestão de riscos e de auditoria interna;
- iv) Ser qualificado como tal pela instituição financeira.

Artigo 5.º Supervisão

[...]

f) Solicitar às instituições financeiras quaisquer informações ou esclarecimentos que considere necessários, em especial para verificação:

[...]

iii) Da sua organização administrativa, em particular, no âmbito do exercício da função de *compliance*;

Artigo 35.º Diligência reforçada

[...]

1 - As instituições financeiras devem proceder à definição e adoção das medidas acrescidas de diligência referidas no n.º 1 do artigo 12.º da lei de forma proporcionada e adequada ao grau de risco associado ao cliente ou à operação, tendo em consideração as circunstâncias concretas da relação de negócio ou da transação ocasional.

2 - Para efeitos do número anterior, consideram-se medidas acrescidas de diligência, por exemplo:

[...]

f) A monitorização do acompanhamento da relação de negócio pelo responsável pela função de *compliance* ou por outro colaborador da instituição financeira que não esteja diretamente envolvido no relacionamento comercial com o cliente.

Artigo 38.º Relações de correspondência

[...]

2 - O estabelecimento de relações de correspondência bancária deve ser sempre objeto de:

- a) Parecer prévio do responsável pela função de *compliance* sobre as políticas, os meios e os procedimentos referidos na subalínea iii) da alínea a) do número anterior

Artigo 43.º

Função de *compliance*

1 - As instituições financeiras devem estabelecer e manter uma função de *compliance* independente, permanente e efetiva, para controlo do cumprimento do quadro normativo a que se encontram sujeitas, neste se incluindo as obrigações legais e regulamentares em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

2 - Sem prejuízo do cumprimento dos demais deveres previstos no n.º 1 do artigo 17.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008, de 1 de julho, quando aplicável, compete ao

responsável pela função de **compliance** afeto à prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo (doravante "RCBCFT"):

- a) Participar na definição do sistema de controlo interno da instituição financeira;
- b) Acompanhar em permanência o sistema de controlo interno, avaliando a adequação, a suficiência e a atualidade das políticas, meios e procedimentos que o integram;
- c) Assegurar a centralização da informação de todas as áreas de negócio da instituição financeira e das comunicações às autoridades competentes previstas na lei;
- d) Zelar pela atualidade, suficiência, acessibilidade e abrangência da informação sobre o sistema de controlo interno e sobre as respetivas normas e procedimentos instrumentais que é disponibilizada aos colaboradores relevantes da instituição financeira;
- e) Participar na definição, acompanhamento e avaliação da política de formação interna da instituição financeira;
- f) Emitir parecer sobre as políticas, meios e procedimentos internos das instituições correspondentes, destinados a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo;
- g) Apoiar a preparação e execução dos testes de efetividade previstos no artigo 44.º;
- h) Coordenar a elaboração dos reportes periódicos a enviar ao Banco de Portugal em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo;
- i) Desempenhar o papel de interlocutor privilegiado das autoridades judiciais, policiais e de supervisão.

3 - Sem prejuízo do cumprimento dos demais deveres previstos no n.º 2 do artigo 17.º do Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2008, de 1 de julho, quando aplicável, devem as instituições financeiras:

- a) Assegurar que o RCBCFT seja um colaborador, integrado nos quadros da instituição financeira:
 - i) Cujas inserção na respetiva estrutura hierárquica garanta a independência e efetividade inerentes ao exercício daquela função;
 - ii) Com reconhecida experiência profissional no âmbito da atividade financeira e um adequado grau de conhecimento do enquadramento normativo relevante neste domínio, bem como da estrutura organizativa e da atividade da instituição financeira;
- b) Assegurar ao RCBCFT os poderes, meios e recursos necessários para o desempenho objetivo e independente das respetivas competências funcionais;
- c) Assegurar o acesso irrestrito e atempado a toda a informação interna relevante para o exercício da função de **compliance**, em particular à informação referente à execução dos deveres de identificação e diligência e aos registos das operações efetuadas;
- d) Estabelecer mecanismos de controlo adicionais que permitam mitigar os potenciais conflitos funcionais e os riscos acrescidos daí emergentes, sempre que, nos termos previstos na lei e demais regulamentação aplicável, se verifique a não segregação entre a função de **compliance** e outras funções;
- e) Assegurar que a seleção do seu quadro de colaboradores afetos à área funcional de **compliance** é feita com base em elevados padrões éticos e exigentes requisitos técnicos;
- f) Assegurar que todos os seus colaboradores têm conhecimento:
 - i) Da identidade, da missão e dos elementos de contacto do RCBCFT;
 - ii) Dos procedimentos de reporte ao RCBCFT de condutas, atividades ou operações suspeitas que os mesmos detectem.

Artigo 49.º Dever de conservação

[...]

3 - Durante o prazo previsto no artigo 14.º da lei, os elementos referidos nos números anteriores devem:

- a) Ser conservados em papel ou noutro suporte duradouro;
- b) Ficar arquivados em condições que permitam a sua adequada conservação, a sua fácil localização e o imediato acesso aos mesmos, sempre que a informação seja solicitada pelos responsáveis pela função de *compliance* ou de auditoria e pelos auditores externos das instituições financeiras, bem como pelas autoridades judiciárias, policiais e de supervisão competentes.

Artigo 51.º Dever de comunicação

1 - As comunicações de operações suspeitas ao Procurador-Geral da República e à Unidade de Informação Financeira, em cumprimento do disposto no artigo 16.º da lei, devem:

- a) Ser efetuadas no âmbito da função de *compliance* das instituições financeiras;

Artigo 54.º Dever de segredo

[...]

2 - Para os efeitos do número anterior, as instituições financeiras devem assegurar que os contactos com aqueles clientes se processam em articulação com a estrutura da área funcional de *compliance* afeta à prevenção do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo e, sempre que necessário, com as autoridades judiciárias ou policiais competentes.