

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

MELISSA DE CÁSSIA PEREIRA

**COMPLIANCE E BOA-FÉ OBJETIVA: EM DIREÇÃO À VIOLAÇÃO POSITIVA
DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Profª Drª Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2019

MELISSA DE CÁSSIA PEREIRA

**COMPLIANCE E BOA-FÉ OBJETIVA: EM DIREÇÃO À VIOLAÇÃO POSITIVA
DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^a Dr^a Rosalice Fidalgo Pinheiro

CURITIBA

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

MELISSA DE CÁSSIA PEREIRA

COMPLIANCE E BOA-FÉ OBJETIVA: EM DIREÇÃO À VIOLAÇÃO POSITIVA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr^a Rosalice Fidalgo Pinheiro
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL

Membros: _____

Marcos Alves da Silva
Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA

William Soares Pugliese
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL

Curitiba, 28 de março de 2019

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, fonte de toda a sabedoria e entendimento, por guiar os meus caminhos. Agradeço, ainda, aos meus pais, Acir Nereu Afonso Pereira e Elizabeth T. Estegges Pereira, por estarem sempre presentes, em todos os momentos de minha vida, torcendo por mim, e me auxiliando, sempre que necessário, me ofertando um amor realmente incondicional. À minha irmã, Renata Carolina Pereira, companheira de histórias na infância, e grande incentivadora dos meus projetos de vida.

Agradeço ao meu amor, Flávio Miyake, por entender minhas ausências ao longo da elaboração dessa dissertação, e por ser meu companheiro de vida, de viagens, e de aventuras. Agradeço à minha orientadora, Professora Dr.^a Rosalice Fidalgo Pinheiro, que me acompanha desde a graduação, e pela qual nutro profunda admiração, por todo o conhecimento que possui e por seu grande amor pela docência. Sem dúvida, é um exemplo de profissional a ser seguido!

Agradeço, ainda, às relevantes considerações tecidas sobre o meu trabalho de qualificação, pelos professores William Pugliese e Marcos Alves, que em muito auxiliaram na construção da versão final deste trabalho. Importante agradecer também a CAPES, por permitir que eu pudesse concluir o Mestrado, e ao excelente time de bolsistas: Caroline Silva, Franciele Korquievicz, Karoline Freire, Luciane Sobral, Maria Cristina Lima e Ricardo Pereira, pela parceria e colaboração nesse último ano.

Por fim, agradeço a todos os funcionários e excelentes professores do Programa de Pós Graduação em Direito do Unibrasil por todo o conhecimento adquirido ao longo desses dois anos de Mestrado, e por despertarem em nós, discentes, a vontade de estudar e se desenvolver cada dia mais! Muito obrigada!

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi analisar a possibilidade de contribuição da boa-fé objetiva para a efetivação da cláusula de *compliance* nos contratos empresariais. Analisou-se, ao longo do referido estudo, a relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o instituto do *compliance*, que foi introduzido no Direito Brasileiro a partir da edição da Lei Federal 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Ao contrário do que ocorre nas relações travadas entre as pessoas jurídicas e o Poder Público em que a implementação de mecanismos de integridade são efetivamente incentivados, e são inclusive considerados como formas de atenuação de sanções impostas pela Lei 12.846/2013, não há qualquer imposição legal ou qualquer penalidade legalmente instituída para a não observância de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais. Por essa razão, pretendeu-se verificar a possível relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o *compliance*, e em caso afirmativo, analisar a possibilidade de que o referido princípio possa contribuir com a efetiva implementação e observância do *compliance* nos contratos empresariais, configurando, inclusive, violação positiva do contrato, em caso de descumprimento.

Palavras-chave: Lei Anticorrupção, *Compliance*, Contratos empresariais, Boa-fé objetiva.

ABSTRACT

The objective of the present study was to analyze the possibility of contribution of objective good faith to the effectiveness of the compliance clause in the corporate contracts. Throughout this study, we analyzed the relationship between the principle of objective good faith and the compliance institute, which was introduced in Brazilian law as of the edition of Federal Law 12.846 / 2013 (Anti-Corruption Law). Contrary to what happens in the relationships between legal entities and the Public Power in which the implementation of integrity mechanisms are effectively encouraged, and are even considered as forms of mitigation of sanctions imposed by Law 12.846 / 2013, there is no legal imposition or any legally imposed penalty for non-compliance with a compliance clause in business contracts. For this reason, it was intended to verify the possible relationship between the principle of objective good faith and compliance, and if so, to analyze the possibility that this principle can contribute to the effective implementation and observance of compliance in business contracts, including, in the event of breach of contract, positive breach of contract.

Keywords: Anti-Corruption Law, Compliance, Business Contracts, Objective Good Faith.

GLOSSÁRIO

Foreign Corrupt Practices Act – Lei de Práticas Anticorruptas no exterior (FCPA)

Federal Bureau of Investigation- Departamento Federal de Investigação (FBI)

Securities and Exchange Commission – Comissão de Segurança e Câmbio (SEC)

Serious Fraud Office - Escritório de Fraude Grave (SFO)

United Kingdom Bribery Act- Lei de Suborno do Reino Unido (UKBA)

U.S Securities and Exchange Commission – Comissão de Valores Imobiliários dos Estados Unidos (SEC)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. A LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO INTERNACIONAL DE MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO.....	5
1.2 AS RAÍZES DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	11
1.3 A LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	27
2. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O COMPLIANCE	
2.1 ATIVIDADE EMPRESARIAL: PROPRIEDADE IMATERIAL OU REDE DE CONTRATOS?.....	38
2.2 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O DEBATE ACERCA DE SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.....	44
2.3 NOVO PARADIGMAS DE MERCADO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SOLIDARISTA.....	50
2.4 A CLÁUSULA DO COMPLIANCE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	63
3. A BOA-FÉ E O INADIMPLEMENTO DA CLÁUSULA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	
3.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DEVER DE COMPLIANCE?.....	70
3.2 O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL À LUZ DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	84
3.3 COMPLIANCE E BOA-FÉ OBJETIVA: VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO?.....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	108
4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

INTRODUÇÃO

A grave crise econômica e política que assola o país atualmente afeta consideravelmente a credibilidade do governo e das instituições de uma forma geral. Os noticiários apresentam todos os dias, denúncias de corrupção envolvendo gestores públicos e empresários, que obtêm vantagens indevidas a partir do rombo nos cofres públicos. As práticas de corrupção começaram a ser divulgadas pela mídia em meados de 2013 e 2014, sendo a mais conhecida pela população aquela ocorrida na Petrobras, empresa estatal que por muito anos foi considerada extremamente sólida e idônea. A partir deste momento, iniciaram-se diversas investigações realizadas pela Polícia Federal do Brasil, a fim de apurar as condutas delituosas e os principais suspeitos de sua autoria. A investigação mais conhecida pela população é a que foi denominada de “Lava Jato”.

A crescente constatação de práticas corruptivas em todas as esferas da Federação envolvendo agentes públicos e empresários de todo o país, exigiu o implemento de políticas mais eficazes de combate, assim como já ocorre em outros países da América do Norte, tal como os Estados Unidos. Utilizando-se das experiências internacionais positivas, foi editada legislação de âmbito nacional, com o fim de responsabilizar administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira: a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Em março de 2015, entrou em vigor o Decreto 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção e dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Uma das questões abordadas pela Lei Anticorrupção e que foi regulamentada por este ato normativo é o programa de integridade também conhecido como *compliance*. A política de integridade pode ser resumida como a busca pela conduta em conformidade com as normas internas e externas da corporação, conforme boas práticas de governança, a fim de extinguir, ou ao menos reduzir o número de práticas corruptivas.

Frise-se, ainda que a obrigatoriedade de um comportamento ético no ramo do Direito Empresarial também é identificada em uma perspectiva

constitucional. A organização da economia a partir da livre iniciativa e competição, sem que houvesse qualquer espécie de limitação, ensejaria em práticas que impedissem ou trouxessem óbices ao ingresso de novos competidores, seja por meio de monopólio, oligopólio, preços predatórios, vendas casadas, e outras práticas ilícitas de mercado. Nesse sentido, a própria Constituição da República estabeleceu no §4º, do artigo 173 que: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Nesse contexto, é importante ressaltar que tanto a Lei Anticorrupção quanto o instituto do *compliance* possuem fundamento constitucional no princípio da moralidade, que está previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República. O referido princípio relaciona-se com a ética, isto é, com comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade. A moralidade agrega força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhe foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera adequados.

Ressalta-se que ao contrário do que ocorre nas relações travadas entre as pessoas jurídicas e o Poder Público em que a implementação de mecanismos de integridade são efetivamente incentivados, não há qualquer imposição legal ou qualquer penalidade legalmente instituída pela não observância de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais.

Por essa razão, pretendeu-se verificar a possível relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o *compliance*, e em caso afirmativo, analisar a possibilidade de que o referido princípio possa contribuir com a efetiva implementação e observância de cláusula de integridade nos contratos empresariais, configurando, inclusive, violação positiva do contrato, em caso de descumprimento.

O objetivo do presente trabalho foi analisar a possibilidade de contribuição da boa-fé objetiva e do instituto da violação positiva do contrato para a efetivação da cláusula de *compliance* nos contratos empresariais. O estudo centrou-se na relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o

instituto do *compliance*, que podem ser considerados verdadeiros instrumentos para a efetivação da ética corporativa.

Diante da configuração da violação positiva do contrato, por descumprimento de cláusula de *compliance*, restariam portanto, as seguintes alternativas: resolução do contrato (em casos extremos); possibilidade de exigir o adimplemento, quando possível, e/ou indenização por perdas e danos.

Para desenvolver esta análise, apresentou-se, ao longo do 1º Capítulo dessa dissertação, o contexto histórico internacional das medidas anticorrupção, em especial as Convenções de Combate à Corrupção, que foram ratificadas pelo Brasil; breve contexto histórico e cultural do fenômeno da corrupção no Brasil e o histórico legislativo de medidas anticorrupção no país; e por fim, o fundamento constitucional da Lei Anticorrupção e do instituto do *compliance*.

O objetivo precípua do 2º Capítulo foi tecer considerações acerca da regulamentação jurídica dos contratos empresariais, e verificar sua efetivação a partir de novos paradigmas de mercado, quais sejam: da análise da atividade empresarial não como mera propriedade imaterial, mas como uma verdadeira rede de contratos. Nesse contexto, analisou-se, ainda, os princípios da função social da propriedade, do contrato e da empresa a partir de uma perspectiva solidarista. Tratou-se, ainda, da necessidade de implementação de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais, e de que forma esse instituto pode contribuir com a busca pela ética corporativa.

No 3º capítulo, pretendeu-se esclarecer a relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva e o instituto do *compliance*. Conforme se esclareceu ao longo do trabalho, a boa-fé objetiva, como fonte de deveres acessórios de conduta pode contribuir de forma significativa para a observância da cláusula de *compliance* nos contratos empresariais. Sustenta-se que caso a referida cláusula seja descumprida, haverá de se falar em nova modalidade de inadimplemento do contrato, por configuração de violação positiva do contrato.

De todo o exposto é possível identificar a relação existente entre o tema objeto de estudo e a área de concentração do Programa de Pós-

Graduação em Direito, do Unibrasil, qual seja, Direitos Fundamentais e Democracia, e a linha de pesquisa: Constituição e Condições Materiais de Democracia. O combate à corrupção é dever de todos os membros da sociedade, incluindo Poder Público e os particulares. Agir de forma proba e leal, em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, e com o programa de *compliance* previamente instituído na corporação significa respeitar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, e os valores da democracia.

A Constituição da República impõe a busca uma sociedade livre, justa e solidária, contrariando a lógica de competição e do lucro desmedido. Nesse contexto, os princípios da função social da propriedade, do contrato e da empresa, desempenham um papel fundamental, rompendo com o perfil individualista de mercado. Esse pensamento foi, por mandamento constitucional, substituído pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados ao valor precípuo do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade da pessoa humana.

1. A LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO INTERNACIONAL DE MEDIDAS ANTICORRUPÇÃO

Antes de adentrar no contexto histórico internacional de medidas anticorrupção, cumpre, primeiramente, analisar o conceito de corrupção e seu caráter multifacetado. A expressão “corrupção” surgiu do latim “*corruptus*”, que quer significar “o ato de quebrar aos pedaços,” ou seja, decompor ou deteriorar algo. A corrupção é o ato ou efeito de se corromper, oferecer algo para obter vantagem em determinada negociação, na qual se favorece uma pessoa em detrimento do prejuízo de outra. Entre os exemplos de corrupção pode-se citar: o oferecimento ou aceitação de suborno, o favorecimento de determinada empresa em uma negociação ou licitação, práticas de nepotismo, entre outros.

Importante ressaltar, ainda, o caráter multifacetado das práticas corruptivas. A corrupção prejudica o meio ambiente, quando, exemplificativamente, empreendimentos comerciais ou industriais recebem autorização indevida para funcionar mesmo sem preencher todas as condições técnicas adequadas.

A corrupção traz prejuízos também à livre concorrência e aos consumidores, quando empresas obtêm vantagens ilícitas da Administração Pública, e por conta disso, conquistam mais espaço no mercado, sem acarretar no incremento da competição e na qualidade dos produtos colocados em circulação. É o caso, por exemplo, do pagamento de propinas a fiscais para receber em troca a tolerância oficial quanto a condutas de concorrência desleal, pirataria, contrabando, sonegação de impostos, infrações das regras de vigilância sanitária, ausência de alvará, entre outros.

A corrupção prejudica as finanças públicas quando empresas se unem a agentes públicos para fraudar licitações, superfaturar obras públicas, cancelar tributos devidos, aprovar leis e atos normativos de interesse meramente privado, entre outros. Além disso, a corrupção traz prejuízos à democracia e à República, já que torna a Administração Pública refém de

interesses privados e minoritários, que dizem respeito apenas a grupos detentores de grande poder econômico, desviando os agentes públicos de sua função essencial de atendimento dos interesses coletivos de modo isonômico. A corrupção prejudica, ainda, o comércio internacional, já que distorce as condições de competitividade, tornando-o desequilibrado e desleal.

Além dessa multiplicidade de facetas do fenômeno da corrupção, é importante destacar sua dimensão internacional. É crescente, na última década, a celebração de inúmeros Acordos de Cooperação e Convenções Internacionais sobre o tema, três das quais contaram com a adesão do Brasil, quais sejam¹: Convenção sobre o combate à corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais², da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a Convenção Interamericana contra a Corrupção³, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁴.

Para compreender a dimensão internacional da corrupção, faz-se necessário analisar, ainda que de forma breve, as primeiras práticas anticorrupção e de transparência corporativa instituídas, na década de 70, nos Estados Unidos, no caso que ficou conhecido como “Caso Watergate”. Esse caso deu ensejo à aprovação de uma lei anticorrupção pelo Congresso Nacional dos Estados Unidos, o *Foreign Corrupt Practices Act* (Lei de Práticas Anticorruptas no exterior - FCPA), que se tornou a primeira norma internacional sobre essa temática. O Caso Watergate significou uma grave crise política dos Estados Unidos em virtude da descoberta de espionagem e corrupção durante a campanha de reeleição do presidente à época, Richard Nixon, do partido republicano. As investigações conduzidas pelas autoridades americanas, especialmente o *Federal Bureau of Investigation* – FBI (Departamento Federal de Investigação) e a *U.S. Securities and Exchange Commission* - SEC, (Comissão de Valores Mobiliários dos EUA) apontaram para um grande esquema de pagamentos a agentes públicos estrangeiros, realizados por intermédio de doações em período eleitoral de diversas empresas americanas.

¹ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15

² Promulgada no Brasil pelo Decreto Federal nº 3.678/2000.

³ Promulgada no Brasil pelo Decreto Federal nº 4.410/2002.

⁴ Promulgada no Brasil pelo Decreto Federal nº 5.678/2006.

Durante a campanha eleitoral, autoridades americanas identificaram que pessoas ligadas ao comitê de reeleição de Nixon invadiram a sede do Comitê Nacional Democrata, localizado no Complexo Watergate, em Washington/DC, com o objetivo de instalar escutas e ter acesso aos documentos do partido rival.

Diante desse contexto, em 1977, o Congresso americano aprovou o FCPA tornando ilegais os pagamentos efetuados a agentes públicos de governos estrangeiros, partidos políticos estrangeiros, candidatos a cargos políticos estrangeiros em troca de vantagens comerciais ou econômicas. Essa proibição não se aplica apenas a pagamentos realizados com o intuito de obter ou manter negócios, mas também com o objetivo de receber qualquer vantagem indevida.

Importante ressaltar, ainda, que o FCPA abrange: a) empresas com sede nos Estados Unidos; b) empresas que, de outra forma, estejam sujeitas à legislação norte-americana; c) empresas com ações cotadas nas bolsas de valores norte-americanas; e d) atos de corrupção praticados em território americano. As disposições do FCPA dizem respeito a temas antissuborno e de fraudes contábeis, tais como:

- 1) Disposições antissuborno: que de uma forma geral, vedam o suborno de agentes públicos estrangeiros, realizado por meio de oferta de pagamento, pagamento ou autorização de pagamento de dinheiro ou qualquer outra coisa de valor a um agente público estrangeiro com o objetivo de influenciar qualquer ato ou decisão dessas pessoas ou garantir qualquer outra vantagem indevida com o objetivo de obter ou manter negócios;
- 2) Disposições contábeis: incluem exigências e proibições aplicáveis às empresas dos Estados Unidos e estrangeiras registradas em qualquer bolsa de valores dos Estados Unidos, obrigando-as a: a) manter livros e registros de maneira precisa e com detalhes suficientes para que reflitam as transações e pagamentos dos ativos das empresas e b) elaborar e manter um sistema de controle contábil interno que assegure que as transações sejam executadas

de acordo com o que foi autorizado pela gerência. Ademais, proíbem as pessoas físicas e jurídicas de: a) falsificar os livros e registros em um emissor, e b) não estabelecer um sistema de controles internos em um emissor.

Os dispositivos antissuborno são fiscalizados pelo Departamento de Justiça (DOJ), enquanto que os dispositivos contábeis são fiscalizados pela *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Segurança e Câmbio-SEC). As violações de quaisquer dos dispositivos mencionados podem resultar em sanções civis e/ou criminais.

No Reino Unido, o *United Kingdom Bribery Act* (Lei de Suborno do Reino Unido - UKBA) entrou em vigor em julho de 2011 com a proposta de substituir a antiga estrutura legal, basicamente constituída pelo Ato de Prevenção de Atos de Corrupção (1889-1916) e por precedentes judiciais, e proporcionar um novo sistema consolidado de crimes de suborno com abrangência tanto no Reino Unido como também no exterior, para tentar solucionar os atos de corrupção que ao longo dos anos está mais sofisticado e globalizado. A *Serious Fraud Office* –SFO (Escritório de Fraude Grave) é a autoridade competente para apurar casos de violação à corrupção estrangeira. O UKBA é considerado uma das normas mais rígidas de combate à corrupção, uma vez que proíbe atos de corrupção pública e privada, que é denominada *kickback* e também falha da empresa em prevenir práticas corruptivas.

Considerando que a corrupção começou a ser tema de interesse global por ter se tornado um fenômeno transnacional que afeta diversas sociedades, fez-se necessária a cooperação internacional para preveni-la. Desse modo, os organismos internacionais desenvolveram convenções para prevenção e combate à corrupção com o intuito de dar maior abrangência e eficiência às práticas anticorrupção de seus países signatários. Entre as principais convenções, se destacam a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos (OEA), firmada em 29/03/1996, em Caracas, na Venezuela, a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE),

firmada em 17/12/1997, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2003 (CNUCC).

Cumpre, neste momento, apresentar um breve conceito de cada uma dessas Convenções. A OEA é uma organização regional internacional formada por países do continente americano e atualmente é composta por 35 Estados-membros, que tem como finalidade intensificar a colaboração entre seus membros em busca do seu interesse comum, entre eles o combate à corrupção. Considerando que os atos de corrupção podem ser transnacionais, os Estados precisam adotar ações coordenadas para combatê-los de forma eficaz.

Para incentivar a prática de condutas éticas, a OEA criou a CICC (Convenção Interamericana contra a Corrupção), que possui como objetivos principais: promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos membros, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, e promover, facilitar e regular a cooperação entre os membros a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações voltadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção vinculados ao seu exercício.

A CICC foi o primeiro instrumento internacional de combate à corrupção que incluiu tanto medidas punitivas quanto preventivas de atos de corrupção. Importante ressaltar, ainda, que esta Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro apenas em 2002, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152, de 26/06/2002, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 07/10/2002.

A OCDE, por sua vez, é uma organização internacional de Estados, que atualmente é composta por 34 países, cujo objetivo é ajudar os governos a promover a prosperidade e combater a pobreza por meio do crescimento econômico e da estabilidade financeira. De acordo com essa organização, a corrupção é um fenômeno difundido nas transações comerciais internacionais, que acarreta sérias preocupações morais e políticas, e corrompe as condições internacionais de competitividade. Desse modo, compreende-se que a

responsabilidade de combater a corrupção nas transações comerciais internacionais é tarefa que deve ser compartilhada pelos países.

Nesse sentido, os signatários dessa Convenção devem adaptar suas legislações para prever como delito criminal o oferecimento, a promessa ou a doação de vantagem pecuniária ou de outra natureza indevida a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente. Tais condutas delituosas são praticadas por meio de ação ou omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, que realiza ou dificulta transações ou obtém outras vantagens ilícitas na condução de negócios internacionais. A Convenção da OCDE foi firmada por seus membros e também pelo Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca. A Convenção entrou em vigor em 1999, e no Brasil foi ratificada em 15/07/2000 e promulgada pelo Decreto Federal nº 3.678, de 30/11/2000.

A CNUCC foi criada a partir do interesse da comunidade internacional em instituir um acordo amplo, multidisciplinar e global para prevenir e combater a corrupção em todas as suas formas, já que as primeiras Convenções não abarcavam todas as regiões do mundo, como grande parte dos países da Ásia e do Oriente Médio, e alguns acordos se referiam a abordagens específicas.

A CNUCC se tornou o primeiro instrumento jurídico anticorrupção que estabelece regras vinculantes aos países signatários, que tem como principais objetivos: a) promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater de forma eficiente a corrupção; b) promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, inserida a recuperação de ativos; c) promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos dos bens públicos.

Entre as previsões da CNUCC podem-se destacar:

- a prevenção à corrupção com medidas a serem adotadas por seus Estados-partes, de forma a refletir os princípios de integridade, transparência, *accountability* (prestação de contas), entre outros;
- a obrigatoriedade de tipificação como crime o suborno a agentes públicos, a corrupção ativa a oficiais estrangeiros, a fraude e a apropriação indébita, a lavagem de dinheiro e a obstrução de justiça;

- a cooperação internacional tal como assistência legal mútua na coleta e transferência de evidências, nos processos de extradição, e ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção;
- a recuperação de ativos, que foi uma inovação da CNUCC.

Importante ressaltar, ainda, que o Brasil ratificou a CNUCC por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18/05/2005 e o promulgou com o Decreto Presidencial nº 5.687, de 31/01/2006. O referido Decreto prevê expressamente que o Estado-parte adote medidas preventivas de combate à corrupção. Entre as medidas preventivas estão: a) a adoção de políticas e práticas coordenadas e eficazes para a devida gestão de assuntos e bens públicos, integridade, transparência e obrigação de prestar contas (artigo 5º); b) a adoção de códigos de conduta para funcionários públicos com diretrizes para o devido cumprimento das funções públicas e medidas disciplinares a serem aplicadas àqueles que transgridam os códigos e as normas anticorrupção (artigo 8º); c) a adoção de sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, competência e critérios objetivos e eficazes para adoção de decisões (artigo 9º); e d) o aumento da transparência na Administração Pública, com instauração ou simplificação de procedimentos que permitam acesso a dados públicos ao público em geral (artigo 10).

Ressalta-se, ainda, que outras organizações internacionais, tais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial de Comércio desenvolveram ações contra a corrupção em nível mundial⁵.

1.2 AS RAÍZES DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Ultrapassadas essas breves considerações acerca do surgimento de medidas anticorrupção em âmbito internacional, cumpre, neste momento, analisar, ainda que de forma breve, a corrupção no Brasil. Nítido é o entendimento de que o contexto histórico e cultural do Patrimonialismo,

⁵ KIM, Shin Jae; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni; LONGO, Thaísa Toledo. **Compliance em Empresas Estatais. Padrões internacionais e legislação brasileira.** p. 156-162. In: Compliance, Gestão de riscos e combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Coronelismo, e de desvirtuamento da Burocracia no Brasil, desde o período colonial, não é capaz de justificar mas, ao menos, explica o fenômeno de corrupção instaurado no Brasil.

O conceito de Patrimonialismo foi desenvolvido pelo sociólogo alemão Max Weber⁶, no final do século XIX, e foi considerado o ponto de partida para todos os estudos acerca do tema. Segundo a teoria weberiana, o Patrimonialismo é caracterizado como a manifestação do poder político, fundamentado na “dominação tradicional”. A dominação do chefe do poder político é assegurada por um dos três tipos do que Max Weber denominou de “dominação legítima”, que é dividida em três, quais sejam: “dominação carismática”, “dominação racional-legal” e “dominação tradicional”⁷.

O Patrimonialismo imperou no período do Estado Absolutista, em meados do século XV ao XIX, período em que o aparato estatal era entendido como extensão do poder do soberano. Nesta fase, verifica-se a confusão patrimonial, já que não havia diferença entre o patrimônio público e o privado, ou seja, é marcada pela ausência de separação entre Estado e sociedade. Todo o aparato estatal era utilizado em benefício daqueles que governavam e de terceiros por ele favorecidos. Era frequente a prática de nepotismo, que se caracteriza quando determinado detentor de cargo público, utilizando-se de sua posição, concede vantagens ou cargos a seus familiares, por critérios puramente pessoais, e não por meritocracia.

No Brasil, o Patrimonialismo teve início no período colonial e se estendeu até o final do 2º Reinado, ou seja, entre o início do século XIX e o final do século XIX. Muitos autores tornaram-se estudiosos dessa temática em âmbito nacional, dos quais se pode destacar: Raymundo Faoro⁸, José Murilo de Carvalho⁹, Sérgio Buarque de Holanda¹⁰, entre outros.

⁶ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 197-198.

⁷ Id.

⁸ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, coronelismo, clientelismo**: uma discussão conceitual. Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciências Sociais. 1997.

¹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio. 1992.

No século XIX, a sociedade do Brasil colônia era essencialmente patriarcal e mercantil, uma vez que era dominada pelo latifúndio agro-exportador e pelos comerciantes locais que não importaram as ideais de progresso técnico e produtividade. O Estado contava, nesse período, com a participação de uma Burocracia Patrimonial. A primeira forma histórica de Estado Brasileiro, o Estado Patriarcal-Oligárquico, era Patriarcal nas relações sociais e econômicas internas, e mercantil, no plano das relações econômicas externas, caracterizada pela participação na classe dirigente oligárquica de uma Burocracia Patrimonial¹¹.

Ao comentar acerca dos traços gerais da organização administrativa, social, econômica e financeira da colônia, Raymundo Faoro esclarece que o plantio da cana, a extração de madeiras, e a lavra de minas obedeciam aos interesses fiscais do Estado. Afirma ainda: “A consciência do homem, sua palavra e suas expressões políticas estavam à mercê dos censores, censores informais ligados ao padre e ao funcionário. (...) O rei, por seus delegados e governadores, domina as vontades, as rebeldes e as dissimuladas: neste Estado há uma só vontade – escrevia o padre Antônio Vieira, em 1655 – e um só entendimento e um só poder, que é o de quem governa.”¹²

A escravidão é considerada uma marca relevante na formação da mentalidade brasileira, possibilitando a construção de uma “subcidadania”. Toda a sociedade estava envolvida em um processo cultural completamente avesso à formação da cidadania de caráter efetivamente político. Essa situação torna os senhores de engenho como os únicos e verdadeiros cidadãos, na colônia. No entanto, não é possível afirmar que os senhores fossem cidadãos, pois embora pudessem votar e serem votados, faltava-lhes, nas palavras de Emerson Gabardo, o próprio “sentido de cidadania”, fundado na noção de igualdade de todos perante a lei¹³.

A sociedade colonial não esgota a sua caracterização com o quadro administrativo e o estado-maior de domínio. A minoria comanda e controla a

¹¹ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **BUROCRACIA PÚBLICA E ESTADO NO BRASIL**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 07/08/2017.

¹² FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder...**, Op. cit., p. 235-236.

¹³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85.

economia e os núcleos humanos. No Brasil, o Patrimonialismo, é resultante de um especial contexto econômico, definido pela expansão marítima e comercial de Portugal. A burguesia, que vinculava seus propósitos ao rei foi incapaz de se emancipar. Em um período pré-capitalista, a burguesia se acomodou e se subordinou ao quadro diretor, de caráter estamental.

Raymundo Faoro salienta, ainda, que mesmo no período pré-capitalista, marcado pela influência da Revolução Industrial, a emancipação de classes nunca ocorreu: “Essa posição subalterna das classes caracteriza o período colonial, com o prolongamento até os dias recentes, sem que o industrialismo atual rompesse o quadro; industrialismo, na verdade, estatalmente evocado, incentivado e fomentado¹⁴.”

No Brasil, a implementação efetiva do Estado Liberal, que buscava a oposição ao Estado Absolutista e ao Patrimonialismo, nunca ocorreu. O Liberalismo, calcado nos princípios da Revolução Francesa, no império da lei e na garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão, foi completamente desvirtuado no Brasil.

A crença inspirada pelos ideais da Revolução Francesa, que presidiu toda a história das nações ibero-americanas, com seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, sofreram a interpretação que pareceu melhor se ajustar aos nossos velhos padrões patriarcais e coloniais. As alterações sociais pretendidas na Revolução Francesa, consistiram, em nosso país, em mera retórica, sem qualquer aplicação material¹⁵.

Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda, a democracia no Brasil pode ser considerada um “lamentável mal entendido.”¹⁶ A aristocracia rural e semifeudal a importou e tratou de acomodá-la aos seus direitos e privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido alvo de luta entre a burguesia e os aristocratas, no Velho Mundo¹⁷. Importante ressaltar, ainda, que os movimentos aparentemente reformadores no Brasil, partiram sempre de cima para baixo, de inspiração intelectual, e também porque não dizer, sentimental. A esse respeito complementa Sérgio Buarque de Holanda: “Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política,

¹⁴ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder...**, Op. cit., p. 237.

¹⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil...** Op. cit., p. 134.

¹⁶ Ibid, p. 119.

¹⁷ Id.

vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência ou hostilidade¹⁸.”

A fermentação liberalista que antecedeu à proclamação da Independência consistiu em obra de minorias exaltadas, e sua repercussão foi bem limitada entre o povo, bem mais limitada do que querem fazer crer os compêndios da história pátria. As revoluções das províncias partiram de algumas famílias ricas e poderosas. Nesse contexto, a massa do povo ficou indiferente a tudo, parecendo perguntar como o burro da fábula: “Não terei a vida toda de carregar a albarda?”¹⁹

Para Sérgio Buarque de Holanda, nunca ambicionamos o prestígio de país conquistador e sempre detestamos as soluções violentas. A esse respeito comenta:

Desejamos ser o povo mais brando e o mais comportado do mundo (...). Fomos das primeiras nações que aboliram a pena de morte em sua legislação, depois de a termos abolido muito antes na prática. (...) Tudo isso são feições bem características do nosso aparelhamento político, que se empenha em desarmar todas as expressões menos harmônicas de nossa sociedade, em negar toda a espontaneidade nacional²⁰.

O Estado era completamente dependente já que as suas elites não tinham autonomia nacional para formularem estratégias nacionais de desenvolvimento, limitando-se a copiar as ideias e instituições alheias com pouca adaptação a realidade local. De acordo com Emerson Gabardo, a independência do Brasil e a Constituição de 1824 não foram capazes de produzir resultados efetivos na realidade, mantendo as relações público-privadas tipicamente coloniais. Em que pese ter sido reconhecida a cidadania do ponto de vista formal, os brasileiros ainda eram os mesmos. Não seria nem mesmo preciso dizer que a efetividade das normas não ocorre somente em face de sua positivação, depende, também, do contexto social e político.

A conjuntura da época era traduzida pela existência de mais de 85% de indivíduos totalmente analfabetos. Além disso, as eleições eram, em geral, espetáculos simbólicos (às vezes violentos). Não havia uma real opinião pública ativa no período entre as duas últimas décadas do século XIX e as três

¹⁸ Id.

¹⁹ Ibid., p. 120.

²⁰ Ibid., p. 132.

primeiras do século XX, o que torna recorrente a ideia de que não havia no país um povo politicamente organizado²¹.

O vínculo de poder subordinante muitas vezes era estabelecido por meio de relações culturais de lealdade, muito bem exemplificadas pelo regime escravocrata e patrimonialista, que ativa na consciência o reconhecimento de uma relação consensual, resultando na aceitação voluntária de autoridade. Nesse contexto, o mundo apresenta-se como formalmente livre, no entanto, a vontade estava presa a um sistema de sujeição aparentemente natural²².

A ideia de construção de um Estado de Direito permeou o constitucionalismo brasileiro desde a sua primeira Constituição, ou até antes. No entanto, a distância entre a teoria e prática era notória. Tanto é assim que existe uma Carta de Direitos no Brasil mesmo na Constituição Monárquica de 1824, tendo-se reconhecido o que na oportunidade havia de melhor em termos de garantias individuais. Emerson Gabardo alerta para o fato de que um fato é colocar um ideário liberal no papel e outro é realizá-lo. O Brasil demorou muito tempo para tornar-se um legítimo Estado de Direito, já que a mentalidade histórico-cultural da sociedade de então caminhava em sentido inverso ao da legislação.²³

A distância entre os princípios da Revolução Francesa e a prática era evidente. Mesmo a massa da população livre dependia dos grandes proprietários rurais. Por um lado, solidificavam-se, no plano das ideias, as características fundamentais de um Estado de Direito, quais sejam: 1) submissão à lei como império da segurança jurídica, 2) divisão de poderes e 3) garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Por outro lado, a sociedade brasileira vivia em um ambiente totalmente inseguro, em que a lei que vigorava era o poder local, a divisão de poderes era irrelevante para o povo, que não possuía acesso às instituições. A garantia de igualdade era meramente retórica, retratando uma sociedade escravocrata e altamente personalista²⁴. Mesmo na República, não havia como se falar em representação e impessoalidade na condução do poder, uma vez que o Estado

²¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op. cit., p. 91.

²² Ibid., p. 86-87.

²³ Ibid., p. 89.

²⁴ Ibid., p. 89-90.

ainda consistia-se em uma instituição patrimonialista, mesmo que revestida por um novo modelo de gestão da Administração, denominado Burocrático.

Esse modelo de gestão administrativa, implementado no Estado Liberal, e idealizado por Max Weber,²⁵ jamais foi aplicado de forma adequada em nosso país. Para Max Weber, a Burocracia, é fundamentada no desempenho de funções especializadas, por funcionários altamente qualificados, por meio de cargos públicos, com o objetivo de assegurar a qualidade e a eficiência de todo o procedimento.

Outro aspecto destacado por Max Weber, diz respeito ao caráter impessoal trazido pela Burocracia, na medida em que elimina os elementos pessoais e irracionais. Nesse sentido, afirma: “Sua natureza específica, bem recebida pelo capitalismo, desenvolve-se mais perfeitamente na medida em que a burocracia é “desumanizada”, na medida em que consegue eliminar dos negócios oficiais o amor, o ódio, e todos os elementos pessoais, irracionais e emocionais, que fogem ao cálculo. É essa a natureza específica da burocracia, louvada com sua virtude especial.”²⁶

De acordo com a teoria weberiana, a Burocracia possui quatro características essenciais, quais sejam: I- rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos; II- as atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas como deveres oficiais; III- a autoridade de dar as ordens necessárias à execução dos deveres oficiais se distribui de forma estável, sendo delimitada pelas normas relacionadas com meio de coerção físicos, sacerdotais ou outros, que possam ser colocados à disposição de funcionários e autoridades; IV- tomam-se medidas metódicas para a realização desses deveres, assim somente os indivíduos que possuem qualificações previstas por um regulamento geral são empregadas.²⁷

No entanto, conforme se comentou acima, as características desse modelo de gestão administrativa foram completamente desvirtuadas no Brasil.

De fato, os brasileiros estão hoje constatando os erros dos próprios pais, tanto quanto os seus próprios erros. A sociedade foi mal formada desde

²⁵ WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p. 251.

²⁶ Ibid., p. 251.

²⁷ Ibid., p. 228.

as suas raízes²⁸. Tais raízes resistiram aos ideais do Estado Liberal, de estabelecer uma nítida dicotomia entre o público e o privado, e ao que pretendia a Burocracia, ou seja, instituir uma Administração técnica, racionalizada e eficiente.

Estabeleceu-se em nosso país uma espécie de “Burocracia Patrimonial”. A natureza política brasileira desde a colônia se instaurou no conflito dialético entre esses dois termos, sendo que Estado e senhorio estabeleceram uma relação dinâmica de complementação e antagonismo.²⁹

A Burocracia no Brasil não equivale ao modelo teórico desenvolvido por Max WEBER. A formação da tradição público-privada no Brasil demonstrou, nas palavras de Emerson Gabardo, uma forte “práxis pseudoburocrática”, já que completamente avessa aos seus postulados essenciais. A escolha dos homens públicos realizada por meio de relações de confiança pessoal, a ausência de especialização de funções e de ações para que fossem assegurados os direitos dos cidadãos impediram a construção de uma Burocracia verdadeira.³⁰

As Constituições foram feitas para não serem cumpridas, as leis para serem violadas, tudo isso em prol de indivíduos e oligarquias que são considerados fenômenos correntes em toda a história da América do Sul. Os políticos interessavam-se mais pelos princípios do que pelos homens, seus atos demonstravam claramente essa pretensão³¹. O domínio das oligarquias, representadas pelos coronéis, ensejou um fenômeno social, que se denomina Coronelismo.

Segundo José Murilo de Carvalho, o Coronelismo é “um sistema político nacional, baseado em barganhas entre o governo e os coronéis. O governo estadual, garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e seus rivais, sobretudo cedendo-lhe o controle dos cargos públicos, desde o delegado de polícia até a professora primária.³²” Nesse contexto, o coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Os governadores oferecem apoio ao Presidente da República em troca

²⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil...** Op.cit., p.135.

²⁹ CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo...** Op.cit., p. 239.

³⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público...** Op.cit.. Op. cit., 92-93

³¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil...** Op. cit. p. 136-137.

³² CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo...** Op. cit., p. 231.

do reconhecimento de seu domínio no Estado. O Coronelismo é entendido como o processo mais longo de relacionamento entre fazendeiros e o governo, e morreu, simbolicamente quando se deu a prisão dos grandes coronéis baianos, em 1930.³³

O modelo patrimonialista e patriarcal implementado no início do século XIX e que perdurou até o final do século XIX, imprimiu em seu povo a cultura do “jeitinho brasileiro.” Isso quer significar, que ao contrário da obrigatoriedade de obediência às regras, o que frequentemente se ouve é “vamos dar um jeito.” Desse modo, solicita-se um jeitinho que possa conciliar todos os interesses, criando uma relação aceitável entre o solicitante, o funcionário/autoridade e a lei. Geralmente isso ocorre quando as motivações de ambas as partes são conhecidas, ou imediatamente, nos casos em que ambos descobrem um elo. Tal elo pode ser considerado banal, tal como torcer para o mesmo time, ou especial (um amigo em comum, o fato de ter nascido na mesma cidade, entre outros). O fato é que a invocação de uma relação pessoal, de regionalidade, de gosto ou de religião poderá provocar uma solução satisfatória ou menos injusta³⁴.

A malandragem é uma faceta especializada do “jeitinho”. Segundo Roberto da Matta: “O malandro, portanto, seria um profissional do jeitinho e da arte de sobreviver nas situações mais difíceis. Aqui, também temos esse relacionamento complexo e criativo entre o talento pessoal e as leis que engendram – no caso da malandragem – o uso de expedientes, de histórias, e de contos-do-vigário, artifícios pessoais que nada mais são que modos engenhosos de tirar partido de certas situações.”³⁵

A expressão “corrupção” surgiu do latim *corruptus*, que quer significar “o ato de quebrar aos pedaços,” ou seja decompor ou deteriorar algo. A corrupção é o ato ou efeito de se corromper, oferecer algo para obter vantagem em determinada negociação, na qual se favorece uma pessoa em detrimento do prejuízo de outra. Entre os exemplos de corrupção pode-se citar: o oferecimento ou aceitação de suborno, o favorecimento de determinada empresa em uma licitação, nepotismo, entre outros.

³³ Id.

³⁴ MATTA, Roberto da. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2001. p. 100.

³⁵ Ibid., p. 102.

Após essas considerações acerca do contexto histórico e cultural de surgimento da corrupção no Brasil, faz-se necessário verificar a legislação brasileira que trata de medidas anticorrupção. Não há um conceito unificado de corrupção no Brasil. Portanto, é preciso realizar uma análise conjunta de diversas normas que tratam do tema. O sistema jurídico brasileiro prevê apenas atos de corrupção relacionados a agentes públicos ou à Administração Pública nacional ou estrangeira, diferentemente de outros países acima citados, que possuem previsão de atos de corrupção privada.

As principais normas brasileiras que tratam da temática da corrupção são: Decreto – Lei nº 2.848/1940 (Código Penal); Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); Lei Federal 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro); e a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.420/2015³⁶.

O Código Penal tipifica como crime tanto a corrupção passiva quanto ativa. A corrupção passiva está prevista no artigo 317 deste diploma normativo: “Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.”.

O crime de corrupção ativa, por sua vez, está previsto no artigo 333 do Código Penal: “Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional”.

A Lei de Improbidade Administrativa dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou funcional. De acordo com o artigo 1º e parágrafo único desta lei:

³⁶ KIM, Shin Jae; **Compliance em Empresas Estatais...** Op. cit., p. 162-163.

Art. 1º: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Da leitura do dispositivo legal acima citado é possível concluir que são considerados atos de improbidade aqueles praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes, em qualquer um dos entes federativos. Estão sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Importante ressaltar, ainda, que a Lei de Improbidade Administrativa elenca três tipos de atos de improbidade administrativa, quais sejam: atos de que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10 e 10-A); atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

De acordo com o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade, sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”.

Na hipótese prevista no artigo 9º, o responsável está sujeito à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, e proibição de contratar com o

Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

Na hipótese prevista no artigo 10, o agente que praticou a conduta faltosa está sujeito ao ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Na hipótese prevista no artigo 10-A, o agente está sujeito à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil. Por fim, na hipótese prevista no artigo 11, o responsável está sujeito ao ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por sua vez, regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República, e institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Muito embora o tema central da Lei Federal 8.666/1993 seja Licitações e Contratos Administrativos, conforme comentado acima, a Seção III deste ato normativo (especificamente do artigo 89 a 99), trata dos crimes licitatórios e suas respectivas penalidades. Nítido é o entendimento de que os crimes praticados com o intuito de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legalmente previstas em lei (artigo 89); frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou outro ajuste, o caráter competitivo do certame, com a finalidade de obter para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (artigo 90); impedir ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório (artigo 93), entre outros, se constituem em atos de corrupção, que devem ser adequadamente averiguados e os responsáveis pelas condutas faltosas, devidamente penalizados.

A Lei de Lavagem de Dinheiro dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). De acordo com ao artigo 9º desta lei, tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas que exerçam as atividades arroladas neste dispositivo, sendo estas principais ou acessórias, em caráter permanente ou eventual, estão sujeitas aos mecanismos de controle previstos neste ato normativo.

Algumas atividades que estão sujeitas ao controle, nos termos previstos neste diploma legal, são, por exemplo, “a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira” (artigo 9º, inciso I), “a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial” (artigo 9º, inciso II); “a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários” (artigo 9º, inciso III).

Uma das exigências da Lei de Lavagem de Dinheiro diz respeito à obrigatoriedade da comunicação de operações financeiras. Segundo o artigo 11 desta lei, as pessoas que exercem as atividades previstas no artigo 9º deverão, por exemplo, dispender “especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos na Lei de Lavagem de Dinheiro, ou com eles relacionar-se” (artigo 11, inciso I). Ademais, de acordo com o inciso II, do dispositivo legal já citado, as pessoas que exercem atividades econômicas previstas no artigo 9º “deverão comunicar ao COAF, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela a qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização.”

O artigo 12, por sua vez, estabelece a responsabilização administrativa para as pessoas arroladas no artigo 9º, que deixam de cumprir com as obrigações previstas nos artigos 10 e 11 da Lei de Lavagem de Dinheiro. As penalidades previstas neste dispositivo serão aplicadas pelas autoridades competentes, que poderá, em alguns casos, ser o próprio COAF. As penalidades aplicáveis vão desde uma mera advertência (inciso I), até à

cassação ou suspensão da autorização para o exercício da atividade, operação ou funcionamento (inciso IV), dependendo da gravidade da sanção cometida.

Importante ressaltar que embora as legislações acima citadas já tratassem da corrupção, a preocupação em combatê-la de forma mais efetiva ocorreu a partir da divulgação, em meados de 2013 e 2014, dos atos corruptivos ocorridos na Petrobras, empresa estatal que por muito anos foi considerada extremamente sólida e idônea.

A partir deste momento, iniciaram-se diversas investigações realizadas pela Polícia Federal do Brasil, a fim de apurar as condutas delituosas e os principais suspeitos de sua autoria. A investigação mais conhecida pela sociedade é a que foi denominada de “Lava Jato”. A crescente constatação de práticas corruptivas em todas as esferas da Federação envolvendo agentes públicos e empresários de todo o país, exigiu o implemento de políticas mais eficazes de combate, assim como já ocorre em outros países da América do Norte, tal como os Estados Unidos, conforme já comentado no item I.I deste capítulo.

Assim, utilizando-se das experiências internacionais positivas, foi editada legislação de âmbito nacional, com o fim de responsabilizar administrativa e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional e estrangeira: a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Ressalta-se, ainda, que a Lei Anticorrupção se aplica, nos termos do que determina o parágrafo único do artigo 1º deste ato normativo: “às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro.”

Importante questionar se o rol de pessoas jurídicas previstas no artigo 1º constitui-se, em taxativo ou exemplificativo. De acordo com José Anacleto Abduch Santos, Mateus Bertoncini e Ubirajara Costódio Filho, a lista do parágrafo único do artigo 1º da Lei Anticorrupção é exemplificativa, ou seja,

não exaustiva³⁷. Desse modo, a Lei aplica-se não somente às pessoas jurídicas referidas de forma expressa no parágrafo único do artigo 1º, como também às demais espécies de pessoas jurídicas de direito privado arroladas no artigo 44 do Código Civil de 2002, ou seja, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada. A Lei Anticorrupção aplica-se, ainda, às empresas estatais, limitando sua responsabilidade às sanções de multa, publicação extraordinária da decisão condenatória, perdimento de bens, direitos ou valores obtidos pela prática do ilícito e/ou proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções de órgãos/entidades públicas, pelo prazo de um a cinco anos.

Outra questão relevante que merece ser debatida diz respeito à dimensão pessoal/subjetiva da Lei Anticorrupção, ou seja, referido ato normativo se aplica às pessoas naturais? O debate acerca da matéria faz-se imprescindível em razão do disposto no artigo 3º desta lei, que estabelece: “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.” Nesse sentido, questiona-se: tal responsabilidade individual das pessoas naturais, referida no artigo 3º resulta na inclusão destas no rol de destinatários da Lei Anticorrupção? Segundo os doutrinadores acima citados essa resposta é negativa.

A Lei Anticorrupção é toda endereçada a pessoas jurídicas, (ressalvada às sociedades não personificadas, as quais também não podem ser equiparadas às pessoas naturais)³⁸, conforme está explicitamente reconhecido na Exposição de Motivos do anteprojeto de lei que lhe deu origem:

8. Com as três Convenções, **o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional**, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Dessa forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria – do que, aliás, o país já vem sendo cobrado –, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei 10.467, de 11.06.2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais, não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso (Sem grifos no original)

³⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 79.

³⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus. **Comentários...** Op.cit.p. 79-80.

Ademais, o artigo 1º prevê que a Lei “dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de **pessoas jurídicas** pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira” (Sem grifos no original). O artigo 5º da Lei Anticorrupção elenca o rol de atos considerados lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, que são todos aqueles praticados pelas **pessoas jurídicas** mencionadas no parágrafo único do artigo 1º, e que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da Administração Pública, ou contra compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. São eles:

Art. 5º *Omissis...*

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A esse respeito, importante ressaltar que tanto a Lei Anticorrupção como o Código Penal proíbem atos de “prometer, oferecer ou dar”, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada, para influenciá-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Frise-se, ainda, que como não há uma definição legal quanto ao que venha ser entendida a expressão “vantagem indevida”, esta deve ser considerada de maneira ampla, incluindo qualquer vantagem ou benefício, seja este pecuniário ou não.

O artigo 6º da Lei Anticorrupção estabelece as sanções que deverão ser aplicadas às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos previstos neste ato normativo, que poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente:

- Administrativas:
 - Multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração de processo administrativo, ou de R\$ 6 mil até R\$ 60 milhões, quando não for possível calcular o faturamento.
 - Publicação de decisão condenatória.
- Judiciais:
 - Perdimento dos bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, do ato lesivo.
 - Suspensão ou interdição parcial das atividades.
 - Dissolução compulsória da pessoa jurídica.
 - Proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos do Poder Público pelo período entre 1 e 5 anos.

Além das penalidades citadas acima, a pessoa jurídica privada possui o dever de reparar integralmente o dano causado, de acordo com o que estabelece o §3º do artigo 6º da Lei Anticorrupção³⁹.

1.3 A LEI ANTICORRUPÇÃO E O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Do exposto até o presente momento, é possível compreender que a Lei Anticorrupção busca assegurar a moralidade administrativa, princípio este que encontra previsão no artigo 37⁴⁰ da Constituição da República e deve ser obrigatoriamente observado pela Administração Pública. De acordo com José Afonso da Silva:

³⁹ Ibid., p. 163-164.

⁴⁰ “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.” (Sem grifos no original).

A ideia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste “no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração.” (...) a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração.⁴¹

De acordo com o princípio da moralidade, a Administração e seus agentes devem atuar em conformidade com princípios éticos. Portanto, violá-los implica violar o próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada a invalidação. Nítido é o entendimento que compreendem em seu âmbito, o princípio da boa-fé⁴², princípio este que será desenvolvido ao longo deste trabalho.

Segundo os ditames da lealdade e da boa-fé a Administração deverá proceder em relação aos administrados com sinceridade, sendo expressamente vedado qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, realizado de maneira a confundir, dificultar, ou reduzir o exercício de direitos por parte dos cidadãos⁴³.

Nesse sentido, percebe-se que o princípio da moralidade se relaciona com a ética, isto é, com comportamentos reputados como honestos e virtuosos pelos membros da sociedade. A moralidade agrega força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhe foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera adequados.⁴⁴

A moralidade significa, para o Direito, que as regras morais de conduta são padrões juridicamente exigíveis das autoridades e dos demais agentes da

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007. p. 668.

⁴² Para demonstrar a interligação entre o princípio da moralidade e da boa-fé convém citar o artigos 2º, Parágrafo único, inciso IV, e 4º, inciso II, ambos da Lei Federal 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo Federal):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 120.

⁴⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 38.

Administração. Assim, as leis não devem ser utilizadas para atingir os interesses particulares de um determinado grupo de cidadãos ou de políticos. Segundo o princípio da moralidade administrativa não basta que ao administrador o estrito cumprimento da legalidade estrita, devendo ele, no exercício da função pública, respeitar os princípios éticos da razoabilidade e justiça, uma vez que a moralidade, a partir da Constituição da República, constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública⁴⁵.

O princípio da moralidade exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e da equidade e a ideia de honestidade. Um dos instrumentos utilizados pela Lei Anticorrupção para a busca da efetiva observância do princípio da moralidade é o instituto do *compliance*, (que pode ser brevemente resumido como procedimento de integridade), que é, inclusive, um dos aspectos levados em consideração para a aplicação das sanções previstas neste diploma legal. Nos termos do que dispõe o artigo 7º da Lei Anticorrupção: “Serão levados em consideração na aplicação das sanções: (...) **VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica**” (Sem grifos no original.)

Embora a lei tenha estabelecido que a existência de procedimentos internos de integridade serão levados em consideração para fins de aplicação das sanções nela estabelecidas, nada previu acerca da forma como tais procedimentos deverão ser instituídos. Nesse contexto, em março de 2015, entrou em vigor o Decreto Federal 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção e dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Uma das questões abordadas na Lei Anticorrupção e que foi regulamentada por este ato normativo é o programa de integridade também conhecido como *compliance*.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 315.

O Capítulo IV do Decreto Federal 8.420/2015 estabelece o conceito do programa de integridade (*compliance*), e os instrumentos para sua aplicação. De acordo com o *caput*, do artigo 41 do referido Decreto:

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

Da leitura do dispositivo acima citado é possível concluir que o programa de *compliance* consiste em um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, o que inclui auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades, e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta. Frise-se, que de acordo com o parágrafo único do artigo 41, esclarece ainda, que o programa de integridade deve ser estruturado respeitando as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica.

O artigo 42 do Decreto Federal prevê os instrumentos necessários para aplicação do referido instituto, dentre os quais se pode citar: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé, entre outros.

O *compliance* pode ser entendido como uma ferramenta preventiva de controle, e prevenção de possíveis práticas indevidas no âmbito da Administração, ou, ainda, como um importante instrumento de redução ou exclusão de responsabilidade, já que permite que os aderentes ao termo de *compliance*, sejam estes servidores, empresários ou a própria pessoa jurídica possam comprovar sua adequação às normas de conduta previamente estabelecidas.

De acordo com Rodrigo Pironti Aguirre de Castro: “A lógica do *compliance* pode ser resumida, basicamente, como sendo a conduta em conformidade com as normas internas e externas preestabelecidas pela Organização, elaboradas com base em boas práticas de Governança, para conformação de programas de integridade que fulminem ou minimizem práticas corruptivas.”⁴⁶

O *compliance*, não está limitado, no entanto, ao gerenciamento de riscos e prevenção de fiscalização de operações ilegais realizadas pelos sistemas de controle interno, possui abrangência mais ampla, incluindo também aspectos externos da organização, inclusive com previsões normativas específicas nas suas leis de regência e em outras legislações, como é o caso da Lei Anticorrupção.

Nesse sentido, a política de integridade pode ser resumida como sendo a busca pela conduta em conformidade com as normas internas e externas da corporação, conforme boas práticas de Governança, a fim de extinguir, ou ao menos reduzir o número de práticas corruptivas. Em uma linguagem coloquial, o *compliance* está ligado à ideia de “fazer o que é certo.”

De acordo com Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella, a expressão *compliance* está ligada ao verbo inglês *to comply*, e quer significar estar em conformidade com as normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente:

O termo *compliance*, para maior parte da doutrina, está ligado ao verbo inglês *to comply* e pode ser compreendido, basicamente, como estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente. Os programas de conformidade também estão ligados à denominada “governança corporativa”, ou seja, um sistema de direção e organização empresarial, abarcando mecanismos regulatórios de mercado. Isto posto, os “programas de integridade” são considerados por muitos como elementos essenciais das práticas negociais. Todavia, importante salientar que o *compliance* não se limita aos sistemas de controle internos de uma instituição para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques aos clientes, investidores e fornecedores. O instituto do *compliance* pode ser dividido em dois campos de atuação: um, de ordem subjetiva, que compreende regulamentos internos, como a implementação de boas práticas dentro e fora da empresa e a aplicação de mecanismos em conformidade com a legislação pertinente à sua área

⁴⁶ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Administração Pública Antifrágil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 13. Separata de CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

de atuação, visando prevenir ou minimizar riscos, práticas ilícitas e a melhoria de seu relacionamento com clientes e fornecedores. De outro modo, o segundo campo é de ordem objetiva, obrigado por Lei, como é o caso dos artigos 10 e 11 da Lei 9.613/1998 (Lei da Lavagem de Dinheiro)⁴⁷ (Sem grifos no original).

Segundo os autores acima citados, o *compliance* está ligado à denominada governança corporativa, que nada mais é do que um sistema de direção e organização empresarial, que institui mecanismos regulatórios de mercado. Para Leandro Velloso, a instituição de um programa de *compliance* é extremamente necessário em razão da diversidade de problemas que ocorrem no meio empresarial, tais como o cartel, monopólio, extraterritorialidade, entre outros.

De acordo com esse doutrinador, é importante pontuar que o programa de *compliance* no setor privado se efetiva por meio de suas políticas de integração e demais normas de comportamento e conduta, com vista a alcançar a eficiência das atividades por elas executadas, com certo padrão ético e probidade. O programa de integridade é necessário em virtude dos diversos problemas que surgem no âmbito da concorrência empresarial, tais como o cartel, abuso de posição dominante, monopólio, extraterritorialidade, entre outros, além de retratar as práticas de *compliance* na era de uma sociedade empresarial limpa.⁴⁸

É preciso compreender que a racionalidade econômica não é independente das razões da política e do Direito, ou seja, não se coloca para além das escolhas de política de Direito. Desse modo, compete à política e, portanto, ao Direito, assumir suas responsabilidades pelo próprio desenvolvimento da teoria e da praxe econômica. Nesse contexto, a progressiva expansão de programas de controle de natureza jurídica sobre os comportamentos econômicos, demonstra, de forma coerente, a teoria segundo

⁴⁷ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 134-135.

⁴⁸ VELLOSO, Leandro. **O Compliance e as Contratações Públicas – A Nova Modalidade Pública da Lei Anticorrupção – Solução ou Farsa?** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leandro-velloso/o-compliance-e-as-contratacoes-publicas-a-nova-moralidade-publica-da-lei-anticorrupcao-lei-1284613-solucao-ou-farsa>> Acesso em: 10/10/2016.

a qual não existem matérias que não sejam juridicamente relevantes, sobre as quais não exista valoração em termos axiológicos de alcance normativo.

Nas palavras de Pietro Perlingieri o “bom direito” não se coloca ao exclusivo ou prevalecente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação e o exaurimento dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial-contratual. O “bom direito”, segundo o doutrinador, é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, mas ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundi-los de forma generosa, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. Ao propor a conciliação entre os interesses individual e geral atribuiu-se um suporte significativo, em termos morais, à economia de mercado⁴⁹.

Nesse contexto, a instituição de códigos internos de conduta nas empresas está intimamente relacionada com a noção de ética corporativa, que tem como foco não só os gestores da empresa, mas como seus colaboradores, fornecedores e prestadores de serviço. Mesmo que uma empresa não possua capacidade de discernimento ético, já que esta é amoral, suas ações são tomadas por seus representantes, que por sua vez, devem atentar para o aspecto ético.

A existência de mecanismos de *compliance* nas pessoas jurídicas são capazes de evitar ou ao menos reprimir a prática de atos lesivos à Administração Pública, e prevenir a aplicação de sanções previstas na Lei Anticorrupção. Nesse sentido, a prevenção é um elemento resolutivo para o afastamento ou para a redução do risco de sanção. As sanções da lei, para serem evitadas, impõem as pessoas jurídicas a instalação, manutenção e aperfeiçoamento de mecanismos de gestão de recursos humanos direcionados a coibir a prática de atos corruptivos.

Desse modo, é possível concluir que a existência de mecanismos de *compliance* voltados a evitar ou a reprimir atos lesivos à Administração Pública demonstra a diligência e o cumprimento do dever de cuidado, que é

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Mercado, solidariedade e direitos humanos**. In: O Direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 505-509.

intrínseco à prudência no trato dos negócios e atividades empresariais de um modo geral.⁵⁰

Atualmente, muitas corporações já estabeleceram códigos internos de conduta a fim de evitar e punir eventuais práticas corruptivas. Habitualmente, tratam dos seguintes temas: obrigatoriedade de observância das leis vigentes, padrões de conduta adequados nos relacionamentos com os clientes, acionistas, colaboradores, fornecedores, prestadores de serviços entre outros, relação com o meio ambiente, propriedade intelectual e política de confidencialidade das informações, assédio moral e sexual, entre outros.

Estudos desenvolvidos pela KPMG Alemanha, *Alliance for Integrity* e a *Laterinamerika Verein e V*, entre agosto e dezembro de 2016 demonstram que muito embora o termo *compliance* tenha alcançado destaque nos últimos anos no Brasil, principalmente após a ciência dos escândalos de corrupção ocorridos na Petrobras, há um longo caminho para percorrer.

De acordo com a análise de especialistas dessas organizações, poucas empresas no Brasil possuem um programa de *compliance* efetivo. De acordo com os consultores responsáveis por esses estudos informam que a maioria das empresas não possui um sistema adequado e podem ser divididas em dois grandes grupos: um que está ciente de suas falhas de *compliance* e outro que não está. O primeiro grupo possui consciência, mas atualmente enfrenta dificuldades de recursos financeiros e de pessoal para resolver essas deficiências. Considerando a crise econômica geral, as empresas estão mais relutantes em alocar fundos para investir em *compliance*.

Contenções de orçamento levaram a um aumento no número de empresas investindo em programas de integridade de baixo custo, incluindo a criação de um canal ou a introdução de um código de conduta. Mesmo quando a empresa pretende investir, a ausência de profissionais de *compliance* com experiência prática é um impeditivo para o progresso. O segundo grupo inclui empresas que não possuem consciência de seus déficits de *compliance* e os benefícios de se estabelecer programas de integridade.

Os estudos apresentados pela KPMG Alemanha e pelas demais instituições acima citadas apontam que entre as microempresas e empresas de

⁵⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus.. **Comentários...** Op.cit., p. 187-188.

pequeno porte (ME/EPP), que perfazem 99% das empresas locais no Brasil, houve um grande aumento pela instituição de práticas de *compliance*, principalmente a partir da publicação da Lei Anticorrupção.

No entanto, devido ao grande número de empresas e a grande extensão do Brasil, a estimativa é de que somente 10% das ME/EPP estejam implantando um programa de *compliance*, atualmente. A maioria das empresas considera que as novas regras e regulamentos são um fardo adicional às muitas obrigações que já enfrentam. Por essa razão, as pequenas empresas necessitam de um apoio externo na implementação de medidas de *compliance*. Um dos aspectos apresentados pelo estudo da KPMG Alemanha, em parceria com as demais instituições citadas, diz respeito ao suporte tecnológico, na forma de agrupamento de recursos e compartilhamento de modelos existentes⁵¹.

Ressalta-se, ainda, que existem diversas iniciativas judiciais e legislativas em níveis estaduais e nacionais, que têm como objetivo o aumento da ação regulatória e de fiscalização no combate à corrupção. No entanto, o processo de reforma tem revelado que alguns legisladores estão evitando o tema em virtude de conflito de interesses. Um exemplo importante é o do Projeto de Lei nº 4.850/2016, que foi apresentado em 29/03/2016 pelo Ministério Público Federal e ficou conhecido como “Dez Medidas contra a Corrupção”.

O Projeto de Lei recebeu amplo apoio da população e busca estabelecer uma reforma legislativa para aumentar a capacidade da Administração Pública na prevenção e detecção da corrupção. A Câmara dos Deputados votou de modo a enfraquecer significativamente a Lei em novembro de 2016, o que causou profundo descontentamento na Procuradoria Federal.⁵²

Ainda há muito para ser realizado no país para superar os desafios no nível político, empresarial e cultural. De acordo com o estudo realizado pelas instituições acima citadas, as exigências do mercado, de parceiros comerciais e fontes de financiamento terão um papel essencial nessa mudança. Espera-se que, seguindo as exigências da Lei Anticorrupção, um número crescente de

⁵¹ Cartilha KPMG. **Entre a expectativa e a realidade:** A evolução de uma cultura de *Compliance* em países selecionados. 2017. p. 17-18.

⁵² Ibid., p. 19.

entidades exija que seus fornecedores e parceiros comerciais possuam um programa de *compliance* eficaz e estabelecido⁵³.

Importante ressaltar, ainda, que a instauração do programa de *compliance* não é dever apenas das pessoas jurídicas de Direito Privado. As políticas de integridade devem ser instituídas também no âmbito do Poder Público de uma forma geral. Exemplos dessa preocupação já podem ser encontrados em algumas legislações mais recentes. A Instrução Normativa Conjunta 01/2016 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e da Controladoria Geral da União, “dispõe sobre controles internos, gestão de riscos, e governança no âmbito do Poder Executivo federal.”

Aspectos relevantes destacados por esse ato normativo dizem respeito à prática da governança no setor público e aos deveres de gerenciamento de riscos. De acordo com o inciso VII, do artigo 2º, da IN MP/CGU 01/2016, o gerenciamento de riscos é: “processo para identificar, avaliar, administrar e controlar potenciais eventos ou situações, para fornecer razoável certeza quanto ao alcance dos objetivos da organização.” O conceito de governança no setor público, por sua vez, está disciplinado no inciso IX, do artigo acima citado: “compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”

Outro exemplo de legislação que estabelece a obrigatoriedade da implementação de políticas de integridade no setor público, é a Lei Federal 13.303/2016 (Lei das Estatais), que 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. O artigo 9º da referida legislação prevê que a empresa pública e a sociedade de economia mista deverão adotar regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, por meio da elaboração de um Código de Conduta e Integridade. De acordo com o §1º, do artigo 9º, o Código de Conduta da empresa estatal deverá dispor sobre:

⁵³ Ibid., p. 18-19.

- I- princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses, vedação de atos de corrupção e fraude;
- II – instâncias internas responsáveis pela atualização e aplicação do Código de Conduta;
- III- canal de denúncia que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao descumprimento do Código de Conduta;
- IV- instrumentos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação a pessoa que denuncie;
- V- sanções aplicáveis em caso de violação às regras do Código de Conduta e
- VI- treinamento periódico, no mínimo anual, sobre Código de Conduta, para os empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, aos administradores.

Nesse sentido, verifica-se que muitos são os aspectos que devem ser observados na elaboração e instauração de um Código de Conduta, que vão desde a instituição dos princípios, valores e missão da empresa, até a implementação de treinamentos periódicos, tanto para os empregados quanto para os administradores, e aplicação de sanções em caso de violação das regras previstas no referido Código.

2. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O COMPLIANCE

2.1 ATIVIDADE EMPRESARIAL: PROPRIEDADE IMATERIAL OU REDE DE CONTRATOS?

Importante ressaltar, primeiramente, que com o desenvolvimento do modo de produção capitalista, com o multiplicar-se e complicar-se das relações econômicas, abre-se um processo que é denominado por Enzo Roppo, de “mobilização e desmaterialização da riqueza”, a qual tende a retirar ao direito de propriedade (como poder de gozar e dispor, em uma perspectiva estática, das coisas materiais e dos bens imóveis), a sua supremacia entre os instrumentos de controle e gestão da riqueza.

Em um sistema capitalista desenvolvido, a riqueza não se identifica apenas com as coisas materiais e com o direito de usá-las. Compreende, ainda, e especialmente, em bens imateriais, em relações, em promessas e no correspondente direito ao comportamento de outrem, ou seja, o objetivo do indivíduo não consiste, exclusivamente, em possuir propriedade.

Para ilustrar esse entendimento, o doutrinador acima citado apresenta alguns exemplos. Pense-se na licença de patente, com a qual A, titular do direito de utilização exclusiva de uma intervenção industrial, concede ao empresário B, a faculdade de desfrutá-la economicamente. Portanto, B não adquire a propriedade de uma coisa material, mas nem por isso deixa de se apropriar de uma fonte objetiva de riqueza, já que é pressuposto para se atingir proveitos consideráveis.

O mesmo entendimento pode ser aplicado para a hipótese em que C concede a D uma opção, por exemplo, sobre uma área edificável ou sobre uma carteira de ações. Neste caso, D não se torna proprietário da coisa, mas adquire um direito que pode exercer, ele próprio, ou ceder a outrem mediante corrispectivo, e que representa, de qualquer forma, uma vantagem econômica⁵⁴.

As considerações acima auxiliam na percepção de como se configuram atualmente as relações entre contrato e empresa. Em uma economia

⁵⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato...** Op. cit., p. 64.

predominantemente agrícola, fundamentada na riqueza imobiliária e em muitos aspectos estática e patriarcal, foi possível verificar como a propriedade era o principal instrumento de gestão dos recursos. O desenvolvimento econômico e o consequente processo de mobilização e desmaterialização da riqueza, deslocam o perfil estático do gozo e da utilização imediata dos bens (representado pela propriedade), para o perfil dinâmico da atividade, relacionado com a organização dos fatores de produção e de troca no mercado).

Essa relevância do momento dinâmico, da atividade concreta relativamente a uma posição abstrata de domínio sobre bens, encontra correspondência no papel assumido atualmente pelo conceito jurídico de empresa, que por definição corresponde ao exercício profissional de uma atividade econômica organizada, que tem como finalidade a produção ou à troca de bens ou serviços.

Nesse contexto, a crescente importância econômica do instrumento contratual e o emergir do papel fundamental desempenhado pela empresa, conduzem a um fenômeno de desenvolvimento e transformação do sistema produtivo. Por essa razão Enzo Roppo sustenta que se o contrato adquire importância cada vez maior com o progressivo primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque se constitui instrumento indispensável ao desenvolvimento eficaz de toda a atividade econômica organizada.

Desse modo, é possível verificar que a forma economicamente mais significativa de desenvolvimento das atividades empresariais é a o do seu exercício, não individual, mas coletivo. As empresas mais relevantes não são empresas singulares, mas são empresas societárias, são sociedades (por ações, em nome coletivo, em comandita, entre outras). A sociedade é, portanto, um instrumento indispensável à atividade da empresa, é sua forma jurídica predominante⁵⁵.

Por essa razão, afirma-se que a empresa não pode ser analisada de forma isolada. A perspectiva reduzida não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas relações estabelecidas entre os entes que

⁵⁵ Ibid., p. 65-67.

atuam no mercado. Nítido é o entendimento de que a empresa atua por meio de contratos, uma vez que ela não se estabelece apenas com seus ajustes internos, ela se revela nas transações. Por essa razão, é possível afirmar que a empresa se solidifica em sua atividade de interagir, uma vez que a empresa é agente econômico.

É preciso adquirir matéria-prima, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados, entre outros, tudo isso exige que se estabeleçam relações com terceiros. Essa relação sinalagmática interessa ao Direito na medida em que gera contratos, e, conseqüentemente, relações jurídicas. Nesse contexto, o mercado é identificado como um emaranhado de relações contratuais, que é conduzido pelos agentes econômicos⁵⁶.

Como bem adverte Paula Forgioni, até pouco tempo, a doutrina atribuía menor importância à dimensão contratual do ente produtivo, fazendo recair o foco de análise no empresário e em sua capacidade gerencial. A empresa aparece como desdobramento desta perspectiva monista, de forma que o eixo central não era a interação com outros agentes. A centralidade do contrato e do mercado são fenômenos recentes.

É recorrente na doutrina comercialista a referência à “atividade”. Essa menção não tem como objetivo destacar a interação da empresa com outras, e sim o desenvolvimento da série de atos praticados pelo empresário na organização dos fatores de produção. A própria definição da expressão “atividade”, amplamente difundida pela doutrina do Direito Empresarial, propugna que esta se constitui uma série de atos praticados pela empresa, unificados por um escopo comum. Nesse sentido, o ponto central acaba se voltando para o ente que realiza atos, e não para suas relações com terceiros (celebração de contratos).

Se à época em que foi apresentado, esse entendimento era justificável pela figura do empresário, atualmente pode ser considerado reducionista, já que não atribui o devido destaque ao imprescindível, nas palavras de Paula Forgioni, “perfil contratual do ente produtivo”⁵⁷.

⁵⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria e aplicação**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 23-24.

⁵⁷ Ibid., p. 24-25.

A partir dessa mudança de paradigma, não se pode deixar de considerar que as operações econômicas são a base das relações contratuais, uma vez que todas elas buscam a transferência de riquezas. A empresa utiliza o contrato das mais diversas formas, muitas vezes de forma mista ou atípica, o que traz obstáculos a um encaixe em um modelo pré-determinado. Também é comum o empresário se valer de uma combinação de contratos a fim de atingir a finalidade econômica que pretende.

Todo esse leque de negócios traduz a complexidade da relação contratual, que nem por esta razão justifica a desvinculação com a solidariedade constitucional. Para Katya Isaguirre, a grande competitividade do mercado faz com que as empresas busquem realizar parcerias por meio de uma série de contratos. Esse fenômeno de interligação de contratos possui diversas nomenclaturas. No Direito Português é chamado de “contratos coligados”, e na Espanha, “contratos conexos”. No Direito anglo-saxão recebem o nome de “*networks*” contratuais ou “*linked contracts*”⁵⁸.

Ainda que cada país receba o fenômeno com algumas diferenças doutrinárias, cabe destacar seu aspecto essencial, qual seja, contratos diferenciados estruturalmente que são unidos por um nexo funcional econômico que resulta em consequências jurídicas. A rede de contratos que se forma por meio da atividade empresária é facilmente identificada na atualidade, uma vez que se utiliza de contratações diversas para a formação de parcerias de distribuição e fornecimento. Katya Isaguirre acrescenta ainda, que o crescimento demasiado de algumas empresas acarreta a descentralização de parcela de suas atividades produtivas para outras empresas menores. Essa rede de contratos possui um objetivo comum, qual seja, a promoção e o desenvolvimento da atividade empresarial. Sem esses contratos, a empresa não consegue operacionalizar suas atividades no mercado e até mesmo, em determinados casos, manter-se em funcionamento.

A manutenção de uma atividade empresarial, exige custos elevados e apresenta diversos riscos que devem ser analisados previamente, ainda que possam ser de difícil determinação. Os gastos com a manutenção da atividade

⁵⁸ ISAGUIRRE, Katya. **A funcionalização da empresa na perspectiva do contrato e da propriedade**. Dissertação de mestrado. 2006. p. 103-104. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/Katyalsaguirre.pdf>> Acesso em: 10/12/18.

tais como os salários dos funcionários, por exemplo, também motivam o empresário a realizar o *outsourcing*, que transfere a titularidade laboral para outras empresas⁵⁹.

Nestas redes contratuais há uma interligação de negócios com o objetivo de viabilizar a atividade econômica envolvida em todas as avenças, em um conceito de teia de contratos. Como bem reforça Katya Isaguirre, não se trata de um sistema novo, mas sim de contratos interligados que se submetem aos mesmos princípios estruturantes da Teoria Contratual, em especial, a função social e a boa-fé objetiva, que serão melhor detalhados ao longo deste trabalho.⁶⁰

Para Paula Forgioni, a concepção de rede está associada a um conjunto de contratos que são unidos por um objetivo comum. É importante ressaltar que o todo é divisível, uma vez que é possível separar uma avença da outra, com execuções independentes. Embora existam redes sem a presença de líder, o modelo mais comum é aquele que possui um eixo central. A preocupação da doutrina com os contratos em rede é recente e a doutrina ainda caminha para estabelecer os seus aspectos principais. A rede contratual não pode ser considerada um ente jurídico, pois não envolve uma única empresa. É uma união de contratos, ou, no máximo, um grupo econômico contratual.

Na concepção de rede, todos devem atuar de forma coordenada e, mesmo se tratando de vários contratos autônomos e individuais, há algo que os une e que requer que os funcionem em harmonia. Nessa “espécie de negócio”, para utilizar as palavras de Paula Forgioni, os integrantes da rede terão sua atividade empresarial integrada ao modelo comum.⁶¹ Nesse sentido, a referida doutrinadora apresenta as seguintes características das redes:

- trata-se de conjunto de vários contratos bilaterais, normalmente mantidos entre um líder e outras empresas, de forma que estas não mantêm relação contratual [formal, tradicional] entre si;
- há intensiva colaboração entre as partes, normalmente catalisada pelo líder da rede e por sistemas de governança previstos em cada um dos contratos individuais, como o compartilhamento *online* de

⁵⁹ Ibid., p. 104-105.

⁶⁰ Ibid., p. 105.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais...** Op.cit., p. 69-71.

informações e eventual monitoramento exercido pelos próprios membros da rede sobre as atividades dos outros integrantes;

- existe interdependência econômica entre os membros da rede;
- verifica-se o aprendizado global, ainda que os integrantes da rede não estejam conectados entre si por contratos bilaterais; a experiência de uns aproveita aos outros;
- há relação duradoura/estável e de longo prazo entre as partes dos contratos bilaterais;
- a eficiência econômica e o sucesso produtivo requerem intensiva cooperação e níveis elevados de confiança superiores às transações normais de mercado;
- todos os integrantes comungam um propósito comum de sucesso da atividade global, porque, no longo prazo, o valor de cada negócio será maximizado pelo sucesso de produção/operação como um todo;
- cada membro da rede tem personalidade jurídica autônoma; e
- os lucros são auferidos separada e individualmente; inexistente um ente global que os coleta e distribui⁶².

A rede é, portanto, produto de uma nova cultura gerencial, sendo que a cooperação é o seu núcleo central. Para que esta se torne real a empresa tem a necessidade de criar os meios de realizar trocas com as outras empresas, instituindo uma rede de convergências que inclui objetivos comuns, estratégias de ação e níveis de confiança. É neste momento que a competição cede espaço para a cooperação e o papel dos atores se torna central⁶³.

Estudo de caso desenvolvido por Ruthy Nadia Laniado e Amilcar Baiardi no ano de 2003 (portanto, muito antes da edição da Lei Anticorrupção), sobre a contribuição das redes na formação da cooperação empresarial no Estado da Bahia, demonstrou que os empresários baianos, podendo escolher mais de uma alternativa, reconhecem que o melhor modo de conciliação entre a cooperação e a competição nos ambientes das redes se faz mediante um pacto ético, com um expressivo percentual de 32,6%. A explicitação formal das regras é o segundo nível de viabilização de conciliação, com uma participação de 26,1% no conjunto das respostas, e demonstra a preocupação do empresário em criar os meios para que os compromissos assumidos pelos participantes possam ser buscados com regularidade e clareza. Logo em

⁶² Ibid., p. 71.

⁶³ LANIADO, Ruthy Nadia; BAIARDI, Amilcar. **A contribuição das redes na formação da cooperação internacional** – Um estudo de caso. Organ. Soc. vol.10 no.27 Salvador May/Aug. 2003. p. 71. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v10n27/04.pdf>> Acesso em: 20/01/19.

seguida, é mencionada a relevância de se estabelecer hierarquias, com 21,7%, o que reforça a afirmação sobre a importância da delimitação das regras⁶⁴.

De todo o exposto é possível concluir que são três os requisitos essenciais para o nascimento e desenvolvimento de rede de empresas, quais sejam: 1) cultura da confiança: a ética assume um papel imprescindível e o conhecimento sobre as pessoas ou empresas que possuem interesse em comum torna-se o primeiro passo para a geração dessa cultura; 2) cultura da competência: diz respeito às questões ligadas às competências primordiais de cada parceiro. Engloba tanto aspectos materiais tais como instalações e equipamentos, até os imateriais, como os processos (*know how*); 3) cultura de tecnologia da informação: diz respeito a todos os aspectos relacionados com os recursos tecnológicos para o processamento de dados, tais como: quais as informações transmitidas entre quais parceiros e utilizando-se de quais meios de comunicação; onde ficarão armazenadas estas informações e quais as condições de acesso a elas; entre outros⁶⁵.

2.2 OS CONTRATOS EMPRESARIAIS E O DEBATE ACERCA DE SUA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA.

Antes de adentrar no conceito de contratos empresariais e no debate acerca de sua regulamentação jurídica, convém apresentar breve histórico do Direito Empresarial no Brasil. No período do Brasil Colônia, as normas jurídicas que regulavam a atividade mercantil eram estabelecidas por Portugal, advindas, do Direito Português. Somente é possível se falar em Direito Comercial Brasileiro a partir da independência do Brasil, em 1822, marco histórico para a construção do ordenamento jurídico nacional.

Ressalta-se, no entanto, que com a dificuldade de implementação de uma legislação mercantil brasileira logo após a Independência, continuaram vigorando temporariamente no Brasil, as leis portuguesas então vigentes, das quais se destacavam as leis e alvarás dos séculos XVII e XVIII, dentre eles a chamada Lei da Boa Razão, que estabelecia a aplicação subsidiária das leis

⁶⁴ Id.

⁶⁵ OLAVE, Maria Elena León; AMATO NETO, João. **Redes de cooperação produtiva: uma estratégia de competitividade e sobrevivência para pequenas e médias empresas.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v8n3/v8n3a06.pdf>>. Acesso em: 20/01/19.

comerciais vigentes nas “nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”, o que fez com que aqui fossem aplicadas a legislação comercial francesa e espanhola⁶⁶.

Segundo Marcelo M. Bertoldi, o Código Comercial do Império do Brasil, que foi promulgado pela Lei 556, de 25 de junho de 1850 foi fortemente influenciado pelos Códigos Francês, Espanhol e Português. Ao contrário do que se possa imaginar não adotou a teoria dos atos de comércio⁶⁷ como forma de identificação de sua abrangência e aplicação. De acordo com o artigo 4º da referida codificação: “ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.”

Entretanto, o grande obstáculo foi justamente conceituar o que deveria ser entendido como “mercancia”. Essa questão se revestia de relevante consequência prática, na medida em que naquela época existiam duas jurisdições: a civil e a comercial. Portanto, para que um determinado juiz ou tribunal pudesse julgar uma lide deveria, anteriormente, verificar sua competência. Desse modo, se se tratasse de um tribunal de comércio deveria este examinar se a matéria discutida era matéria comercial ou não. Para solucionar esse embate, também em 1850 foi editado o Regulamento 737⁶⁸, norma de natureza processual que elencou de forma taxativa os atos que

⁶⁶ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. v.1, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 28

⁶⁷ Rubens REQUIÃO salienta que segundo a teoria dos atos de comércio adota-se a ficção jurídica segundo a qual deve reputar-se comerciante qualquer pessoa que atue em juízo por motivo comercial. Essa ficção jurídica favoreceu a extensão do Direito Especial dos Comerciantes a todos os atos de comércio. Assim, independentemente de quem fosse seu autor, a ficção jurídica atribuía, por ordem do legislador, o caráter de ato de comércio àquele que verdadeiramente não o tem, estendendo os benefícios da Lei Mercantil aos institutos que não pertencem ao comércio. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º volume. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

⁶⁸ Regulamento 737/1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º As operações de cambio, banco, e corretagem;

§ 3º As emprezas de fabricas; de comissões; de depósitos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espectáculos publicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo;

§ 5º A armação e expedição de navios.

objetivamente identificavam a mercancia, adotando-se, dessa forma, a teoria objetiva dos atos de comércio⁶⁹.

Esse ato normativo vigorou até a extinção dos Tribunais do Comércio em 1875 e a unificação da jurisdição civil e comercial, ocasião em que a distinção entre a condição jurídica do comerciante e a do não comerciante perdeu muito da sua importância. A partir desse momento, comerciante deixa de ser aquele que pratica determinados atos estabelecidos pela lei, e passa a ser a pessoa que, profissionalmente, pratica a mercancia considerada como a atividade de intermediação entre o produtor e o consumidor, com objetivo de auferir lucro.

Constatada a ineficácia da teoria dos atos de comércio, modernamente se tem discutido a criação de um critério científico para a caracterização da matéria comercial que atenda às necessidades do atual estágio de desenvolvimento econômico. A doutrina refere-se à unificação da matéria comercial e civil realizada pelo Código Civil italiano de 1942 como um marco relevante para a construção de uma teoria eficaz para delimitar a matéria pertinente ao Direito Empresarial⁷⁰.

A referida codificação deixa de lado a figura tradicional do comerciante e se preocupa em definir, em seu artigo 2.082, o empresário como “aquele que exercita profissionalmente uma atividade econômica organizada com o fim da produção ou da troca de bens ou de serviços.” Nesse sentido, para Marcelo M. Bertoldi a amplitude do Direito Comercial passa a ser medida por meio da identificação da atividade desenvolvida por uma organização empresarial⁷¹.

Frisa-se que o Direito Brasileiro seguiu os passos do Direito Italiano. De acordo com os comercialistas brasileiros, mesmo antes da edição do novo Código Civil que adota a teoria da empresa⁷², o Direito Brasileiro demonstrava estar se aproximando do sistema subjetivo italiano, já que a doutrina

⁶⁹ BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado...** Op.cit., p. 28-29.

⁷⁰ Ibid., p. 29.

⁷¹ Ibid., p. 29-30.

⁷² Para Daniel Carneiro Machado a teoria da empresa é todo empreendimento organizado economicamente para a produção ou circulação de bens ou serviços está submetido à regulamentação do Direito Comercial. (**O novo código civil brasileiro e a teoria de empresa**, p. 3. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2901>>. Acesso em: 15/12/19.

preocupou-se com o conceito jurídico da empresa como atividade econômica apta a gerar direitos e obrigações.

A gradual adoção, no Brasil, da teoria da empresa, nos moldes do sistema italiano, é encontrada em diversas legislações mais modernas, tais como a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no artigo 3º que conceitua indistintamente como sendo fornecedor “... toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Diga-se o mesmo em relação à Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), que estabelece em seu artigo 2º, §1º que “... qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio”, o que implica em dizer que a organização empresarial, independentemente da atividade que explore, sempre será considerada mercantil, desde que constituída sob a forma de sociedade por ações. Além destes exemplos, convém citar a Lei 8.934/94, que dispõe sobre o registro público das empresas mercantis e atividades afins, e possibilita, em seu artigo 2º, o registro dos atos das firmas individuais e das sociedades mercantis, independentemente de seu objeto.

Após várias tentativas frustradas de reunir a matéria civil e comercial em um mesmo diploma legal, o Projeto do Código Civil que tramitava no Congresso Nacional desde 1975, finalmente recebeu a sanção presidencial em 10 de janeiro de 2002, dando origem à Lei 10.406/02, Código Civil Brasileiro que sucedeu a Codificação de 1916⁷³. Rubens Requião salienta, ainda, que a doutrina unificadora não foi determinada pelo Direito Civil. Foi, de fato, consequência da crescente influência do Direito Empresarial, provocado pela sua decidida invasão e domínio sobre o Direito Civil. A comercialização das atividades civis evidencia-se em todos os instantes. As necessidades do crédito, por exemplo, acarretaram a declaração legislativa da comercialidade das empresas de construção civil, e posteriormente, sujeitou-se à falência a empresa de incorporação de imóveis, mercantilizando-se atividades e atos que

⁷³ Ibid., p. 30-31.

até então eram considerados eminentemente civis. Tal é a força atrativa do Direito Comercial, nas palavras de Rubens Requião. Nesse sentido, é compreensível que o crescente desaparecimento dos tênues distanciamentos entre as obrigações civis e comerciais as levem a uma mesma codificação. É irrelevante para o Direito Comercial que a matéria seja tratada em um código autônomo ou em um só código, formalmente unificado⁷⁴.

Dentre os vários dispositivos, o Código Civil traz em seu Livro II o que o legislador denomina de “Direito de Empresa”, e estabelece o conceito de empresário em seu artigo 966:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Marcelo M. Bertoldi aponta para o fato de que não há uma definição direta no Código do que seja empresa, mas sim uma definição indireta e subjetiva, mediante a configuração do que seja empresário. Por essa razão, não resta dúvida de que o Direito Brasileiro adota a teoria da empresa.

O Livro II do Código Civil, por sua vez, trata do Direito de Empresa e conta com quatro títulos: Título I – Do Empresário, que diz respeito à caracterização, inscrição e capacidade do empresário; Título II – Da Sociedade, que possui dois subtítulos: um deles sobre as Sociedades Personificadas (sociedade simples, em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima, em comandita por ações e cooperativa), e outro que trata das sociedades coligadas e da liquidação, transformação, incorporação, fusão e cisão das sociedades. O Título I da referida codificação faz referência às sociedades dependentes de autorização para se constituírem.

O Título III- Do Estabelecimento, e IV – Dos Institutos Complementares, estabelece o regime jurídico a respeito do registro do empresário, seu nome, seus prepostos e sua escrituração. Por essa razão, com a promulgação do Código Civil de 2002, que unificou as matérias civil e comercial em um único diploma legislativo, o Código Comercial Brasileiro

⁷⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial...** Op.cit., p. 46-47.

restou parcialmente revogado, permanecendo sua Segunda Parte (arts. 457 a 796), que dizem respeito ao Direito Marítimo⁷⁵.

Ultrapassadas essas considerações acerca do breve histórico do Direito Comercial Brasileiro, convém estabelecer algumas observações com relação ao contrato empresarial propriamente dito. O primeiro passo para analisar essa temática é considerar que a empresa celebra contratos com as mais diversas categorias de agentes econômicos, ou seja, consumidores, Estado, trabalhadores, entre outros. O entendimento de seu perfil contratual perpassa pela classificação desses acordos conforme o sujeito que com ele se relaciona. Nesse sentido, nítido é o entendimento no sentido de que cada qual assumirá características específicas e exigirá tratamento jurídico peculiar.

Segundo a doutrina tradicional de outrora, do ponto de vista subjetivo, a presença de uma única empresa na relação bastava para atribuir comercialidade ao contrato. Para Paula Forgioni, atualmente essa qualificação requer que o vínculo seja estabelecido apenas entre empresas⁷⁶. A doutrina acima citada afirma que por mais incrível que possa parecer, esse método de análise da realidade do mercado é pouco usual entre os doutrinadores do Direito Empresarial, especialmente na doutrina tradicional.⁷⁷

A maioria dos autores tradicionais nunca dedicou grande esforço ao tratamento dos contratos comerciais como categoria autônoma, regida por princípios peculiares, que são adaptados e esculpidos conforme a lógica de funcionamento do mercado. No máximo, algumas referências às evidentes especificidades dos negócios mercantis, desprezando-se talvez sua principal característica moderna, qual seja, nos contratos empresariais, ambas as partes têm no lucro o objetivo de sua atividade⁷⁸.

Para Paula Forgioni, a atenção do comercialista recai apenas sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas. Desse modo, identifica-se que os contratos empresariais são aqueles em que ambos os polos da relação têm sua atividade voltada para o lucro. Tal fato

⁷⁵ Ibid., p. 31.

⁷⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais...** Op.cit., p. 28.

⁷⁷ Ibid., p. 28.

⁷⁸ Ibid., p. 32-33.

imprime característica peculiar aos negócios jurídicos celebrados entre empresários⁷⁹.

Nesse contexto, a confusão entre os contornos do Direito Empresarial e do Direito do Consumidor por exemplo, pode dificultar a percepção dos fundamentos do primeiro. As matérias possuem lógicas diversas, de modo que a aplicação do Código do Consumidor deve estar restrita às relações de consumo, ou seja, àquelas em que as partes não se colocam e não agem como empresa.

Se o vínculo se estabelece em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, que estão em busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometer o bom fluxo das relações econômicas. No entanto, isso não implica em dizer que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela.⁸⁰ Essa proteção deverá ocorrer em conformidade com as regras e princípios típicos do Direito Empresarial e não da lógica consumerista, que são incompatíveis com a lógica daquele sistema. Frise-se que é imprescindível a repressão ao abuso da dependência econômica na esfera do Direito Antitruste e do Direito Contratual Empresarial⁸¹.

2.3 NOVO PARADIGMAS DE MERCADO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA SOLIDARISTA

Os conceitos de mercado e de iniciativa privada, inseridos no sistema sócio-normativo e historicamente determinados apresentam significativo valor jurídico, mas também são igualmente emblemáticos. As perspectivas acerca desses conceitos são diversas e muitas vezes divergentes: algumas vezes o mercado é entendido como garantia da liberdade, em outras, negação da própria liberdade, lugar de méritos pessoais, ou de sorte e de risco, local de cooperação ou arena de conflito. Considerando a polêmica que gira em torno de tais conceitos, e o próprio desenvolvimento histórico do mercado, em sua

⁷⁹ Ibid., p. 27-28.

⁸⁰ Ibid., p. 31-32.

⁸¹ Id., p. 32.

grande variedade de formas, faz-se imprescindível a progressiva necessidade de direção ética e jurídica da vida econômica.

As próprias concepções do mercado são por muitas vezes diversas: certas vezes este é entendido como instituição que produz regras próprias com o objetivo de determinar os preços e as condutas dos indivíduos, e por vezes, em sentido ideológico, como campo de liberdade idônea para nortear as ações dos indivíduos, e, enquanto autorregulado, acaba por conter internamente as mesmas relações sociais, contribuindo para transformá-las e para influenciá-las de forma considerável. Nesse sentido, nítido é o entendimento de que o mercado é uma realidade que invade toda a sociedade, que somente pode ser entendida como livre enquanto assegurar a mais ampla autonomia dos cidadãos participantes à troca na sua luta de preço e de concorrência.

Nesse contexto, nota-se que a desenfreada liberdade de mercado se traduz em luta e conflito, correndo o risco de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. O mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao confronto contínuo. A liberdade econômica torna-se liberdade política, a economia domina a política, e o livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade⁸². A esse respeito, relevante é a contribuição de Pietro Perlingieri:

O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de 'governo privado' da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e as formas de sincera solidariedade. Daí Estado mínimo, menos Estado, nenhum Estado, *deregulation*, e ainda mais liberdade de sociedade e anarquismo juvenil; daí no plano constitucional, a tendência a delimitar os poderes de intervenção, normativos e administrativos, em matéria econômica (o chamado constitucionalismo econômico) e, no plano geral, uma atitude cultural tendente a minimizar a necessidade de recorrer às restrições éticas internas e/ou àquelas jurídico-políticas externas impostas ao comportamento humano⁸³.

Nesse contexto, é importante analisar como o modo de produção capitalista contribui com esse processo. Segundo Pablo Biondi, o sistema capitalista orienta-se por uma busca incessante por trabalho excedente, ou

⁸² PERLINGIERI, Pietro. **Mercado, solidariedade e direitos humanos**. In: O Direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 500-503.

⁸³ Ibid., p. 504-505.

colocando em termos capitalistas, por valor excedente. Quando os frutos do trabalho humano são convertidos em mercadoria, ou seja, em utilidades destinadas à troca, todo o trabalho converte-se em um mecanismo de abstração real, em quantidade de trabalho socialmente necessária e qualitativamente indiferenciada.

Percebe-se, assim, que a economia domina a vida social no capitalismo, de forma mais efetiva do que em outros modos de produção. A estrutura econômica capitalista coloca relações e formas sociais determinadas que adquirem proeminência, criando categorias à sua imagem e semelhança. Impera sob o capitalismo uma divisão de trabalho que impõe a forma mercantil sobre o conjunto do produto social. Assim, quem produz, produz para o mercado. O intercâmbio entre os indivíduos realiza-se por meio de trocas, de forma que para prover sua subsistência cada indivíduo deve vender o produto do seu trabalho (ou do trabalho de outrem). No tráfego mercantil, cada agente da troca transporta valores de uso que não lhe interessam e que só dizem respeito àqueles com quem se defronta no mercado. Nesse sentido, esses sujeitos interagem entre si para satisfazerem suas próprias necessidades, ou seja, encontram nos outros os bens que necessitam e os compradores das mercadorias que têm a oferecer⁸⁴.

A história comprova, no entanto, que a institucionalização do mercado não pode deixar de assumir um garantidor externo, seja moral ou o Direito. Nítido é o entendimento de que a sociedade não pode se reduzir ao mercado e às suas regras. Nesse contexto, o Direito assume papel de extrema importância, já que a este compete regulamentar a sociedade, indicar limites e correções, ditados não somente pela busca de riqueza e de sua distribuição, mas pelos valores e interesses de natureza diversa. Por essa razão, o mercado necessita de normas que o legitimem e o regulamentem.

Entre mercado e Direito não há um antes ou um depois, já que há uma inseparabilidade lógica e histórica entre os dois conceitos. O mercado é, ao mesmo tempo, uma instituição econômica e jurídica. São tantos mercados,

⁸⁴ BIONDI, Pablo. **Capitalismo e direitos humanos de solidariedade**: elementos para uma crítica. Tese de doutorado. São Paulo. 2015, p.39- 40. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-31122015-103528/pt-br.php>>. Acesso em: 15/02/18.

tantos estatutos, que são distintos por territórios, por sujeitos, por objetos, e todos são reconduzíveis a alguns princípios gerais que regulam o mercado como tal. No entanto, cada um deles é dotado de normativas específicas em razão das próprias peculiaridades. Desse modo, compreende-se que o mercado não é um lugar natural, mas ao menos em parte, artificial, historicamente condicionado pelo contexto cultural e normativo no qual está inserido.

Nesse contexto, nas palavras de Pietro Perlingieri o “bom direito” não se coloca ao exclusivo ou prevalecente serviço das razões econômicas, mas sabe se contrapor a elas, impedindo a mercantilização da sociedade e a identificação e o exaurimento dos direitos civis e dos direitos humanos naturais com aqueles econômicos, sejam eles de matriz proprietária ou empresarial-contratual. O “bom direito”, segundo o doutrinador, é justo, equânime, solidário, possui uma própria justificação social, não exaure os direitos nos seus conteúdos patrimoniais, mas ao contribuir para melhorar a qualidade da vida, tende a difundi-los de forma generosa, atribuindo-lhes uma função social deduzível do nível cultural e ético do sistema normativo. Ao propor a conciliação entre os interesses individual e geral atribuiu-se um suporte significativo, em termos morais, à economia de mercado⁸⁵.

É preciso compreender que a racionalidade econômica não é independente das razões da política e do Direito, ou seja, não se coloca para além das escolhas de política de Direito. Desse modo, compete à política e, portanto, ao Direito, assumir suas responsabilidades pelo próprio desenvolvimento da teoria e da praxe econômica. Nesse contexto, a progressiva expansão de programas de controle de natureza jurídica sobre os comportamentos econômicos, demonstra, de forma coerente, a teoria segundo a qual não existem matérias que não sejam juridicamente relevantes, sobre as quais não exista valoração em termos axiológicos de alcance normativo.

É necessário reencontrar as razões mais profundas da responsabilização individual e coletiva, empenhar-se no plano da cultura política, de forma a contribuir para a construção de uma democracia econômica centrada sobre a pessoa e principalmente sobre as capacidades empresariais,

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Contratos empresariais...** Op.cit., p. 505-509.

evitando que os detentores, sejam estes anônimos ou não, das grandes empresas sejam também os possesores do governo⁸⁶.

Pietro Perlingieri aponta, ainda, que a análise econômica do Direito coloca em evidência o próprio desgaste, na medida em que negligencia integralmente os problemas de equidade distributiva, e não considera que o Direito, não somente espelha situações já estabelecidas, mas também produz valores novos. Nesse sentido, o doutrinador salienta que a realidade econômica, e, portanto, o próprio mercado, deve levar em consideração também motivações não ligadas ao lucro. A simpatia, o senso de generosidade, o senso de coletividade, o sentimento religioso são razões que afastam os interesses egoístas e patrimoniais, e contribuem para construir uma ética dos negócios, inspirada em motivações mais significativas do que a simples maximização do lucro, que saiba ir além dos tradicionais valores de honestidade de forma a envolver também a responsabilidade social.

Exemplos extremos dessa nova realidade são as instituições de comércio alternativo, como por exemplo, as *non profit organizations*, ou seja, entes que comercializam somente produtos ecológicos com efeitos futuros não perigosos para o meio ambiente ou produtos ecológicos obtidos a partir de técnicas que respeitam o equilíbrio ambiental e adquiridos respeitando uma equidade comercial e a ética internacional em relação às áreas vulneráveis do mundo. E isso, mesmo que inevitavelmente, a consequência seja um preço superior ao valor de mercado. Nesse contexto, de extrema relevância é o papel dos consumidores, que devem boicotar os produtos de empresas sem ética nos negócios⁸⁷.

A esse respeito, Pietro Perlingieri cita a experiência europeia, com o plano *Delors*, que foi apresentado ao Conselho Europeu em dezembro de 1993, sobre o Crescimento, Competitividade e Ocupação, com o subtítulo mais significativo de “Os desafios e os caminhos a serem percorridos para ingressar no século XXI”, segundo o qual a renovação do modelo europeu de sociedade deve passar obrigatoriamente por políticas mais ativas de solidariedade interna e externa à Comunidade, com a superação da originária interpretação do mercado europeu sem correções sociais e intervenção. Nesse contexto, a

⁸⁶ Ibid., p. 509-511.

⁸⁷ Ibid., p. 514-515.

solidariedade apresenta papel fundamental. Segundo o doutrinador, a solidariedade diz respeito a perfis objetivos de equidade distributiva e representa ou uma verdadeira liberalidade ou então o adimplemento de um dever moral e social ou de um dever jurídico, que encontra fundamento na própria solidariedade⁸⁸.

Partindo da realidade italiana, Pietro Perlingieri salienta que a questão crucial da democracia é, portanto, a justiça fiscal. A evasão fiscal é o maior pecado social, um ato de egoísmo e de irresponsabilidade, que deve ser perseguido com determinação e transparência. Segundo o doutrinador, criar um grande movimento de sensibilização aos deveres tributários é a premissa para a recuperação dos investimentos e para uma política de solidariedade. Nesse contexto, o referido doutrinador cita a Constituição Italiana e afirma que o pensamento do Constituinte sobre esse ponto é evidente: se a principal tarefa da República é remover os obstáculos de ordem econômica e social, (artigo 3º, §2º, da Constituição Italiana), da mesma forma fundamental é também o cumprimento dos deveres de solidariedade política, econômica e social (artigo 2º da Constituição Italiana), e entre estes, principalmente aquele de contribuir às despesas públicas em razão da capacidade contributiva e segundo um sistema tributário informado por critérios de progressividade (artigo 53 da Constituição Italiana).

Ultrapassadas essas breves considerações acerca das diretrizes que norteiam o modelo de mercado tradicional, e as principais críticas formuladas a essa realidade, cumpre neste momento, desenvolver o conceito do princípio da solidariedade no Direito Brasileiro, bem como sua relação com os princípios da função social do contrato e da empresa.

Até a promulgação da Constituição da República de 1988 a única acepção jurídica do vocábulo solidariedade era a que remontava ao *Corpus juris civilis*: solidários são aqueles sujeitos que estão aptos a receber a dívida inteira (quando há concorrência de credores), ou obrigados a solvê-la integralmente, nos casos em que a multiplicidade de sujeitos se registra no polo passivo. Nesse sentido, compreende-se que pluralidade subjetiva e

⁸⁸ Ibid, p. 517.

unidade de objeto constituem, portanto, a essência do instituto da solidariedade no Direito obrigacional.

A esse significado soma-se hoje, um outro, muito mais abrangente e relevante. A Constituição, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece, entre outros fins, “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. O inciso III deste mesmo dispositivo estabelece como finalidade a ser atingida, a que completa e melhor define a anterior: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Assim é que os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, por meio de concepção de justiça distributiva, voltada à igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. De acordo com o que estabelece a Constituição da República, o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o objetivo de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do país, buscando melhorar a qualidade de vida de todos que aqui vivem.

A expressa referência à solidariedade, realizada pelo legislador constituinte, longe de expressar um mero programa político, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, que deve ser levado em consideração não somente no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, ou seja, por toda a sociedade.

O princípio da solidariedade é um fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho, assim como o mito de Robinson Crusoé na ilha deserta quis fazer crer. O indivíduo somente pode ser analisado como membro de uma determinada sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso, em que a interdependência é a regra, e, portanto, a abertura em direção ao outro, é uma necessidade. Ser solidário é partilhar, ao

menos, uma mesma época, e nesse sentido, uma mesma história⁸⁹. Maria Celina Bodin de Moraes comenta que para além do aspecto fático, que decorre da necessidade imprescindível de coexistência, a solidariedade deve ser entendida também como valor:

... a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito. Esta regra, ressalta-se, não possui qualquer conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que a cada um que, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro⁹⁰.

É importante ressaltar, ainda, que a ideia de solidariedade está ligada à noção de comunidade de interesses, portanto, se estes são qualitativamente bons, fazem da solidariedade uma virtude, mas quando se mostram inescrupulosos se assemelham à lealdade devida por aqueles que integram as estruturas de associações criminosas. Nesse sentido, ao defender os interesses da comunidade nada mais se faz do que defender a si próprios, isto é, seus próprios interesses, em um perpétuo retorno, no melhor dos casos, ao ‘egoísmo inteligente’, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes⁹¹.

Relacionado com este, há, ainda, outro significado de solidariedade, que é normalmente ignorado. A solidariedade pode ser vista, para além da virtude ou do vício, como um comportamento pragmático, ou seja, voltado para um determinado objetivo, uma vez que as ações das pessoas de forma cotidiana são voltadas para o interesse pessoal de cada um. Nesse sentido, faz-se importante a seguinte indagação: cooperar ou trair? Se mesmo ao longo prazo, o que seria de se considerar um comportamento ético, viesse a se mostrar autodestrutivo, caberia continuar considerando-o como tal, ou ao contrário, cumpriria-lhe atribuir características como ingenuidade e tolice?

É o que a teoria dos jogos se propõe a analisar: qual é o valor prático da cooperação e da solidariedade? Cooperar com o outro é sempre o melhor a se fazer ou haverá momentos em que o desafio, a traição e a denúncia serão necessários para assegurar a própria sobrevivência? O conhecido dilema do

⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade**. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk (org.) A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 233-236.

⁹⁰ Ibid., p. 237.

⁹¹ Id

prisioneiro apresenta-se como um modelo lógico-realista de comprovação da dificuldade de se agir solidariamente quando não há recompensas em jogo.

Desse modo, compreende-se que a solidariedade pode ser compreendida sob diversos ângulos: como um fato social do qual não podemos nos afastar, pois é parte intrínseca de nossa existência no mundo; como virtude ética de se reconhecer no outro, como resultado de uma consciência moral e de boa-fé, ou, ao contrário, de uma associação para delinquir, como um comportamento previamente definido, para evitar perdas pessoais ou institucionais. Do ponto de vista jurídico, conforme já comentado acima, o princípio constitucional da solidariedade identifica-se com o conjunto de instrumentos voltados a garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva de forma livre e justa, sem excluídos ou marginalizados⁹².

Nesse contexto, pode-se afirmar que do princípio constitucional da solidariedade decorrem diversos outros princípios, nos mais diversos ramos do Direito. Na seara do Direito Civil e Empresarial, se podem citar os princípios da função social da propriedade, função social do contrato e função social da empresa.

Cumprido, neste momento, apresentar, a relação existente entre os princípios da solidariedade, da função social do contrato e da função social da empresa. O princípio da função social do contrato encontra previsão expressa no artigo 421 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), que assim preceitua: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Embora tal princípio esteja previsto de forma expressa no Código Civil, seu conceito jurídico é indeterminado. Em virtude da indeterminação do conceito, a função social do contrato é um tema que acarreta considerável polêmica entre os doutrinadores.

Segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, o sentido que se atribui ao social, como coletivo ou pertinente a possíveis interesses de indivíduos, bem como a existência ou não de uma expressão da função social intrínseca ao contrato, para além de sua função dirigida a terceiros, conferem grande complexidade ao tema. Ademais, segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, a

⁹² Ibid., p. 241- 243.

função social do contrato pode ter ponto de interseção com a função como liberdade e nela encontrar parte de sua fundamentação⁹³. Para o doutrinador, o contrato como instrumento de satisfação de necessidades, deve ser entendido, também, como um instrumento de livre desenvolvimento da personalidade. No entanto, essa afirmação deve ser compreendida não, pura e simplesmente como exercício da autonomia formal. De fato, trata-se de ferramenta útil à realização de aspirações existenciais, que se expressam em termos de liberdade positiva, e que somente se apresentam viáveis a partir da existência da liberdade como efetividade.

Neste sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzik sustenta que se deve compreender a disciplina do contrato como detendo a função de 1) permitir a autodeterminação individual por meio de sua celebração, e 2) propiciar, por intermédio de seus efeitos, a ampliação de capacidades individuais para a realização daquilo que cada um valoriza, ou seja, ampliação da liberdade como efetividade.

Desse modo, quando a lei traz normas protetivas para o contratante em situação de déficit de autodeterminação, está a realizar a concretização da função como liberdade. Assim, a eventual restrição da autonomia privada de um contratante (aquele que possui posição de proeminência econômica e técnica), vem em homenagem à autodeterminação (integrada por liberdade positiva e substancial) do outro contratante, que é hipossuficiente, vulnerável, ou simplesmente aderente em um contrato de adesão.

Ao mesmo tempo, no entanto, ao trazer essa proteção à autodeterminação quando da celebração do contrato, o Direito pode promover a autodeterminação derivada de sua eficácia. Assim, medidas de restrição da autonomia privada que importem em redução ou ao menos compensação do déficit de autodeterminação da parte ao celebrar a avença pode ampliar o

⁹³ RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese de doutorado. Curitiba: 2009, p. 293. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/?sequence=1>> Acesso em: 15/02/18.

acesso a bens fundamentais, que ampliem o conjunto de escolhas efetivas na vida do indivíduo⁹⁴.

O conteúdo da função social do contrato está ainda distante de um consenso doutrinário a respeito de suas bases fundamentais. Em que pese a refinada produção acadêmica no Brasil acerca do tema, o caminho de construção de conteúdo do princípio ainda parece longo, ante a inegável complexidade de que se reveste. A proposta defendida por Carlos Eduardo Pianovski Ruzik não é estabelecer um conceito exato para a função social do contrato, mas tão somente, por meio de uma reflexão, cogitar a função como liberdade como fundamentação parcial do contrato e de sua função social.

Nesse contexto, cabe analisar as possíveis significações que a função social pode adquirir. Um ponto de partida pode ser a análise de posicionamentos doutrinários que identificam um sentido exógeno a essa função e outras que admitem um sentido endógeno. Também cabe examinar entendimentos doutrinários que sustentam que a função social é entendida como limite e também possui caráter prestacional.

Por função exógena ou extrínseca pode-se compreender uma eficácia esperada do contrato no que diz respeito a terceiros, ou seja, aqueles que não integram a relação contratual na condição de partes. A função endógena ou intrínseca, por sua vez, é entendida como aquela relativa às partes do contrato, ou seja, o contrato teria por função trazer alguma espécie de prestação em favor dos próprios contratantes.

Pode-se entender, ainda, a função social como limite definidor de até onde podem os contratantes chegar, no exercício de sua liberdade contratual e quais efeitos são inadmissíveis como decorrentes de um contrato, seja entre as partes ou perante terceiros⁹⁵. Para Daniela Vasconcellos Gomes, em uma concepção moderna de contrato, regras de ordem pública impõem que o interesse coletivo prevaleça sobre as conveniências individuais, com o intuito de impedir que o mais forte economicamente se sobreponha ao mais fraco. Nesse sentido, a função social somente será alcançada quando o contrato reunir a justiça contratual e o bem comum. Assim, o contrato deve estar perfeito e equilibrado internamente, respeitando a autonomia privada, a boa-fé

⁹⁴ Ibid., p. 299-300.

⁹⁵ Ibid., p. 303-304.

objetiva e o equilíbrio contratual, e sob o ponto de vista externo, deve observar os interesses da coletividade⁹⁶.

Ao lado da função social do contrato, outro princípio que possui extrema relevância, como limitador da atividade desenfreada do mercado, é o da função social da empresa. Para Daniela Vasconcellos Gomes, a função social da empresa se manifesta mediante um conjunto de ações que envolvem o poder-dever da instituição de empreender suas atividades em harmonia com o interesse público. Derivada da teoria da função social da propriedade, seu fundamento está no poder que a empresa detém, pois ela representa um agente socioeconômico influente no local onde exerce suas atividades. É em razão do poder que lhe é inerente que a empresa deve arcar com um papel social perante a comunidade.

A necessidade de a empresa exercer, juntamente com sua função econômica, uma função social, é cada vez mais reconhecida, tanto por juristas quanto pelos próprios empresários. Embora o conceito de função social da empresa esteja sendo desenvolvido ao longo dos anos, a matéria não é de fato novidade em nosso ordenamento, pois já estava consagrada no Direito Brasileiro desde 1976, pelo artigo 116, parágrafo único, e no artigo 154 da Lei de Sociedade por Ações (Lei Federal 6.404/1976).

Ademais, pode-se considerar ainda que a própria Constituição da República, ao estabelecer como fundamento do país a dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III, objetivo fundamental à construção de uma sociedade mais justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição da República), e como princípios da ordem econômica a função social da propriedade e a redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 170, inciso III e VII da Constituição da República), já estava direcionando a empresa para sua finalidade social⁹⁷.

Fábio Ulhoa Coelho cita, ainda, o §3º, do artigo 173 da Constituição da República que assim dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento

⁹⁶ GOMES, Daniela Vasconcellos. **Função Social do Contrato e da Empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. Desenvolvimento em Questão, vol. 4, núm. 7, janeiro-junho, 2006, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, p. 133. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75240706>> Acesso em: 07/02/2018.

⁹⁷ Ibid., p. 135-137.

arbitrário dos lucros.” Ademais, compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, zelar pela aplicação desse preceito constitucional.⁹⁸

É importante ressaltar ainda, que mesmo antes da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, já se discutia a importância da observância à função social da empresa. Em artigo publicado em dezembro de 1979, Rubens Requião já alertava que o empresário não é um homem isolado, que deve buscar somente o lucro, mas deve preocupar-se, também com os interesses gerais da coletividade, ou seja, buscar a função social da empresa:

... hoje o conceito social de empresa, como exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução do lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. **Não é, ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da coletividade a que serve**⁹⁹ (Sem grifos no original).

Segundo esse doutrinador, a reforma da empresa comercial é uma nova etapa da evolução de seu Estado de Direito. Sem dúvida, a introdução do conceito de empresa no Direito Moderno modificou profundamente a estrutura do capitalismo clássico. O poder absoluto que o comerciante possuía foi sendo progressivamente retirado, pelas novas concepções sociais, a partir do impulso progressista da luta de classes. Nas palavras de Rubens Requião, “transigiu” o capitalismo, concedendo poderes à classe proletária com o surgimento das ideias sociais e da concepção ampla da empresa.

Nesse contexto, não se concebe mais a empresa como propriedade individual e absoluta do empresário, mas sim como uma comunidade de trabalho e de capital. Surgiram as leis de proteção ao trabalho e à higiene; as obrigações sociais dos empresários impuseram o seguro e a previdência social. O empresário continua a sofrer os riscos, mas detém, em contrapartida, os rendimentos. É, por fim, o responsável pela sorte da empresa¹⁰⁰.

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27.

⁹⁹ REQUIÃO, Rubens. **A função social da empresa no Estado de Direito**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], dez. 1979. ISSN 2236-7284. p. 268. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8835/6145>>. Acesso em: 15/02/18.

¹⁰⁰ Ibid., p. 269-270.

De tudo o que foi exposto até o presente momento, fácil é a constatação de que os princípios da solidariedade, da função social do contrato e da função social da empresa estão interligados. Conforme já comentado acima, os princípios da função social do contrato e da empresa decorrem do princípio da solidariedade, e estão, portanto, relacionados. A solidariedade, na sociedade contemporânea, deixou de poder considerar-se como resultado de ações eventuais, morais, éticas ou caritativas, para se tornar um princípio geral do ordenamento jurídico, com força normativa, capaz de tutelar o respeito devido a cada um, cabendo exclusivamente à norma jurídica distinguir, no que for essencial, a singularidade individual.

Ao impor ao Estado e ao todos os membros da sociedade, o encargo de construir uma sociedade solidária, por meio da distribuição de justiça social, a Constituição da República agregou um novo valor aos já existentes, ao estabelecer natureza jurídica ao dever de solidariedade, que se tornou passível, portanto, de ser exigida. Criou, desse modo, o Estado Democrático Social de Direito, tanto por atribuir valor social à livre iniciativa como por projetar a erradicação da pobreza e da marginalização social, entre outras previsões.

A busca por uma sociedade livre, justa e solidária contraria a lógica da competição e do lucro desmedidos, presentes em situações jurídicas de cunho patrimonial, situações estas próprias de um sistema capitalista sem qualquer moderação, sem valores sociais a buscar o individualismo. Esse pensamento foi, por mandamento constitucional, substituído pela perspectiva solidarista, em que a cooperação, a igualdade substancial e a justiça social se tornam valores hierarquicamente superiores, subordinados ao valor precípua do ordenamento, que está contido na cláusula de tutela da dignidade humana¹⁰¹.

2.4 A CLÁUSULA DO COMPLIANCE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

A inserção de cláusula de *compliance* nos contratos, sejam estes públicos ou privados constitui-se em uma medida relevante na tentativa de eliminação ou ao menos redução de práticas corruptivas. Pela referida cláusula

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade...** Op.cit., p. 258-260.

tanto o contratante quanto o contratado se comprometem à completa e total observância das leis anticorrupção vigentes no país. As cláusulas de *compliance* ou também denominados pactos de integridade, são próprios para situações em que tanto o contratante quanto o contratado desejam aumentar ou garantir a lisura e transparência na contratação de bens e serviços, adotando, portanto, medidas capazes de reduzir os riscos de corrupção.

Como bem adverte Marcelo Zenkner, os pactos de integridade são monitorados por auditores externos ou estatais, que supervisionam os processos e, se for o caso, sugerem a aplicação de sanções quando violações são descobertas. Nos casos de infrações mais graves, os auditores têm, inclusive, o dever de informar os órgãos públicos responsáveis pela persecução penal¹⁰².

O doutrinador acima citado utiliza como exemplo a importância da inserção de cláusulas de *compliance* nas contratações públicas como ferramenta para prevenir ilicitudes, eis que sempre ocorrem gastos, com a construção de estradas, pontes, escolas, moradias populares, esgotamento sanitário e fornecimento de energia, e nestas situações, as oportunidades para a corrupção acabam sendo abundantes.

No âmbito governamental, o pacto de integridade ajuda a nivelar o ambiente negocial. Alguns Estados da Federação já estão editando Decretos que estabelecem a obrigatoriedade do estabelecimento de cláusulas anticorrupção nos contratos firmados entre a Administração e as empresas privadas. O Estado do Mato Grosso foi o pioneiro ao publicar o Decreto Estadual nº 573/2016¹⁰³, que alterou a regulamentação do processo licitatório

¹⁰² ZENKNER, Marcelo. **O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios.** In: *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 114-115.

¹⁰³ Artigo 141-A. Em todos os contratos administrativos firmados deverão conter obrigatoriamente a seguinte cláusula anticorrupção:

Para execução deste contrato, nenhuma das partes poderá oferecer, dar ou se comprometer a dar a quem quer que seja, ou aceitar ou se comprometer a aceitar de quem quer que seja, tanto por conta própria quanto por intermédio de outrem, qualquer pagamento, doação, compensação, vantagens financeiras ou benefícios de qualquer espécie, seja de forma direta ou indireta quanto ao objeto deste contrato, ou de outra forma a ele não relacionada, o que deve ser observado, ainda pelos prepostos e colaboradores.

Parágrafo único: Aplica-se o disposto neste artigo a todos os contratos firmados ou em andamento, mediante aditivo contratual.

naquele Estado para tornar obrigatória a inclusão de uma cláusula anticorrupção, em todos os contratos administrativos¹⁰⁴.

A referida cláusula contratual traz consequências práticas relevantes ao impor à empresa o dever de não se envolver em qualquer caso de corrupção, seja relacionado ou não àquele contrato firmado, pois em caso de descumprimento, aquele contrato administrativo poderá ser rescindido unilateralmente. Essa restrição soluciona uma questão que sempre gerou grande indignação: apesar de confessadamente envolvidas com corrupção, empresas continuam mantendo a execução em seus contratos firmados com a Administração Pública, fato este que não irá se repetir no Estado do Mato Grosso.

Ademais, o desrespeito à cláusula de *compliance* ainda sujeitará a contratada às sanções administrativas previstas no artigo 87 da Lei Federal 8.666/1993, entre elas: multa, suspensão temporária da possibilidade de participar de licitações, proibição de contratar com o Poder Público e até mesmo declaração de inidoneidade¹⁰⁵.

Embora já se tenha avançado nas medidas de controle à corrupção na esfera pública, nítido é o entendimento de que os mecanismos de *compliance* ainda são desconhecidos da maioria do empresariado, e, por essa razão, principalmente no Brasil, movimentos neste sentido ainda são raros. Apesar dos esforços do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, o sucesso desses mecanismos anticorrupção ainda dependem de esforços de Organizações Não Governamentais, e da boa vontade das empresas participantes, uma vez que são raras as políticas públicas desenvolvidas para estimulá-las. Na esfera empresarial, esses novos padrões de *compliance* somente passam a ser considerados em casos de extrema dificuldade, quando ocorre exposição de escândalos de corrupção, com a aplicação de multas consideráveis e há crise financeira em decorrência de abalo na reputação¹⁰⁶.

Por essa razão, para Márcia Carla Ribeiro e Patrícia Diniz, a partir de uma perspectiva de análise econômica do Direito, faz-se necessário estabelecer políticas de incentivo de combate à corrupção, para que seja

¹⁰⁴ ZENKNER, Marcelo. **O papel...** Op.cit., p. 115-116.

¹⁰⁵ Ibid., p. 116-117.

¹⁰⁶ Id., p. 117.

possível estabelecer uma conduta ética no ambiente empresarial. Assim, a conduta adequada, tanto no âmbito interno quanto externo, pode ser estimulada por meio da cooperação ou da imposição, sendo que a primeira é a mais eficiente, uma vez que evidencia a alteração da mentalidade dos atores abrangidos e está desvinculada de uma análise formal normativa e de todas as possibilidades de sua relativização.

A cooperação no âmbito interno pode ser obtida por meio da redução dos conflitos e do aumento da importância da perspectiva de futuro, por meio da valorização dos empregados, ou seja, existência de um plano de cargos e salários objetivo e automático, que possibilite visualizar a carreira no futuro. Já a cooperação no âmbito externo pode ser alcançada com a realização de contratos a longo prazo, com o incremento da relação de confiança entre as partes, com a manutenção da interação constante com os demais atores envolvidos, bem como pelo investimento de credibilidade da marca.

Em algumas empresas o *compliance* está estruturado, por meio de um mecanismo de incentivos bem delimitado, como a governança corporativa, o Índice *Dow Jones*, a Lei *Sarbanes-Oxley*, o Índice de Sustentabilidade Empresarial, o *UK Bribery Act*, (Lei contra Subornos do Reino Unido), entre outros¹⁰⁷.

No entanto, a implementação e efetivação do *compliance* não pode ser estar atrelado única e exclusivamente a uma política de incentivo. Como bem pondera Marcelo Zenkner muito mais do que uma reflexão do “porquê”, o enfrentamento à corrupção tanto na Administração Pública quanto nas corporações exige a análise do “como”. Ninguém pode escapar dos problemas mais difíceis e eticamente carregados sob o argumento de que nada pode ser feito a respeito¹⁰⁸. Nesse contexto, o referido doutrinador comenta: “... a prevenção e o combate a corrupção devem ser vistos não apenas como uma função de governo, mas também como uma ação integrada das diversas instâncias e níveis gerenciais de uma empresa a partir de dinâmicas de

¹⁰⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas.*** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>> Acesso em: 13/09/2017. p. 103.

¹⁰⁸ Ibid., p. 117.

discussão e de construção que viabilizem um maior comprometimento individual, coletivo e institucional.”¹⁰⁹

Na perspectiva do *compliance*, o valor do contrato concentra-se em registrar o acordo entre as partes, tais como: o detalhamento do serviço/produto contratado; as condições comerciais e o valor acordado, que deve ser sempre compatível com as práticas de mercado; o meio de demonstrar a real prestação do serviço/entrega do produto; as obrigações de cada parte, entre outros¹¹⁰. No entanto, é importante ressaltar que mesmo nos contratos empresariais, em que o lucro é o objetivo principal, não se pode deixar de considerar os parâmetros de integridade.

Conforme já apresentado ao longo deste trabalho, no Direito Mercantil, mostram-se evidentes os princípios do *pacta sunt servanda* e da liberdade de contratar. Isso não implica em dizer que essa liberdade seja irrestrita. Mesmo no campo do Direito Empresarial ela se põe como limitada. A liberdade de contratar e a autonomia privada, até por força do artigo 131 do Código Comercial, (dispositivo revogado), sempre foram objetivadas pelo mercado, e não baseadas na vontade individual, desconectada da realidade¹¹¹:

Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

- 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;**
- 2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;
- 3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;
- 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;
- 5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor (Sem grifos no original).

¹⁰⁹ Id.

¹¹⁰ GIOVANINI, Wagner. **Mecanismo de integridade ou arma para proteção?** In: *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 79.

¹¹¹ FORGIONI, Paula A. Op.cit., p. 116-117.

A partir do exposto até o presente momento, nítido é o entendimento no sentido de que qualquer avença, independentemente da natureza mercantil ou não, deve estar de acordo com padrões de ética e confiança. Apenas para citar um exemplo, a Câmara de Comércio Internacional (ICC)¹¹², elaborou no ano de 2011, uma Cláusula Anticorrupção (Diretivas ICC) que pode ser aplicada aos contratos empresariais, em que as partes se comprometem em colocar em prática e manter um programa de *compliance*.

O estabelecimento de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais auxilia a preservar a confiança entre as partes e a prevenir a corrupção tanto na fase de negociação dos contratos, quanto na sua respectiva execução. A edição de 2011 das Diretivas ICC contém três partes: a Parte I prevê as próprias diretivas, a Parte II estabelece as políticas que as empresas devem adotar com o objetivo de cumprir as diretivas e a Parte III elenca uma sugestão de critérios com o objetivo de adotar um programa de *compliance* eficiente¹¹³.

Importante ressaltar, ainda, que as Diretivas podem ser aplicadas em qualquer empresa, seja esta de pequena, média ou grande dimensão, desde que respeitadas as particularidades de cada uma. Ao estabelecer uma cláusula de *compliance* de acordo com as Diretivas ICC, por exemplo, as partes se comprometem a não cometer práticas ilícitas desde o momento da negociação até o período posterior ao termo do mesmo.

As partes terão que garantir que nenhuma fase da execução do contrato, tal como a de obtenção de licenças ou autorizações oficiais relevantes, aprovação de testes operacionais ou inspeções de bens ou locais, será realizada por meios ilícitos. Segundo a ICC as partes devem se comprometer, ainda, a adotar medidas razoáveis para garantir que os seus subcontratantes, agentes e outros terceiros cumpram tal garantia. Conforme já

¹¹² A Câmara de Comércio Internacional (ICC) é uma organização de comércio, um órgão representativo de Empresas de todos os ramos de atividade em todo o mundo. A missão fundamental da ICC é promover o comércio e o investimento internacional e ajudar empresas a enfrentar os desafios e as oportunidades da globalização. A sua convicção de que o comércio é uma força poderosa para a paz e a prosperidade remonta às origens da organização no início do século XX.

(Cartilha sobre a Cláusula Anticorrupção da ICC). 2012. Disponível em: <https://www.iccportugal.com/images/publicacoes/documentos_gratuitos/Responsabilidade_Corporativa_Anticorruptao/Clausula_Anticorruptao_2015.pdf> Acesso em: 18/01/19.

¹¹³ Ibid., p. 01.

comentado acima, a obrigação de não corrupção das partes mantém-se mesmo após a vigência do contrato.

Importante frisar que se a parte que violou as disposições da cláusula de *compliance* não corrigir a situação dentro de um prazo razoável de tempo, ou se a solução não for possível, a outra parte poderá suspender ou resolver o contrato, sendo que todos os montantes contratualmente devidos no momento da suspensão ou resolução do contrato permanecerão exigíveis na medida do permitido pela lei aplicável¹¹⁴.

¹¹⁴ Ibid., p. 13-15.

3. A BOA-FÉ E O INADIMPLEMENTO DA CLÁUSULA DE COMPLIANCE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

3.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DEVER DE COMPLIANCE

Para compreender a função da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, faz-se necessário, primeiramente, tecer algumas considerações acerca da concepção da obrigação como processo, desenvolvida por Clovis de Couto e Silva. Em uma abordagem tradicional, o adimplemento resumia-se ao cumprimento exato da prestação acordada: a entrega da coisa, a restituição do objeto, a realização do ato devido. O que ocorria antes ou depois desse ato pontual era indiferente ao Direito Obrigacional¹¹⁵.

A leitura restritiva e tradicional do Direito Obrigacional, limitada ao dever de prestar, não se harmoniza com a rica multiplicidade de interesses abrangidos pelos mecanismos obrigacionais da atualidade, que com muita habitualidade ultrapassam a singularidade de um único instrumento contratual, para incluir grupos de contratos ou rede de contratos. Tampouco se atenta ao caráter dinâmico da relação obrigacional¹¹⁶, da obrigação entendida como processo. Para o referido doutrinador:

A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor. (...)

Os atos praticados pelo devedor, bem assim como os realizados pelo credor, repercutem no mundo jurídico, nele ingressam e são dispostos e classificados segundo uma ordem, atendendo-se aos conceitos elaborados pela teoria do direito. Esses atos, evidentemente, tendem a um fim. E é precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo.

A dogmática atual considera a finalidade, que polariza o vínculo, como a ele inerente.¹¹⁷

¹¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **A tríple transformação do adimplemento**: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. p. 7-8 Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf> Acesso em 31/01/19.

¹¹⁶ Ibid., p 6-7.

¹¹⁷ SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 10-11.

A releitura funcional e dinâmica da obrigação, como relação que se desdobra no tempo, importa reconhecer o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever. Nesse contexto, Rosalice Fidalgo Pinheiro afirma que deveres não previstos pelas partes passam a integrar o cenário obrigacional, com fundamento no princípio da boa-fé, a partir de uma função integrativa.

Ao lado dos deveres primários da prestação, são considerados relevantes os chamados deveres secundários ou acidentais da prestação, subdividindo-se em deveres secundários meramente acessórios de prestação principal e deveres secundários como prestação autônoma. Enquanto os primeiros destinam-se a preparar ou assegurar o cumprimento da prestação principal (como dever de guardar a coisa até a sua entrega, por exemplo), os segundos podem ser meramente decorrência do dever de prestar (como indenização devida por não cumprimento imputável ao devedor e a indenização por mora)¹¹⁸.

Nesse sentido, conclui-se que a vontade dos contratantes não mais ocupa o âmago do contrato. Tal espaço é preenchido pela boa-fé contratual. Considerando que o núcleo do contrato está centrado na boa-fé objetiva, Paulo Nalin sustenta que o contrato celebrado sem a sua observância será considerado inexistente, sendo que esta (boa-fé) é considerada elemento de materialização do negócio e não mero princípio informativo. Portanto, é antes elemento essencial do que limite interpretativo. Assim, nas palavras de Paulo Nalin, “o contrato é antes de boa-fé do que conforme a boa-fé”¹¹⁹. Nesse contexto, o doutrinador citado, entende que, atualmente, deve-se incluir a boa-fé entre os elementos que formam o *corpus* do negócio (sujeitos, vontade, objeto e boa-fé), não mais ocupando posto a medir a validade do negócio (grau de validade), o que significaria apontar um contrato conforme a boa-fé¹²⁰.

Após o silêncio legislativo da codificação de 1916, aliado ao vazio da doutrina e jurisprudência em torno do artigo 131,1, do Código Comercial, que fizeram da boa-fé letra morta, assiste-se à integração deste princípio geral ao

¹¹⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé...** Op.cit., p. 219-220.

¹¹⁹ NALIN, Paulo. **Do Contrato...** Op.cit., p. 140.

¹²⁰ Id.

Direito Positivo, “enraizada na moralidade, percorrendo disposições gerais e particulares, da nova codificação, sob a moldura de cláusula geral.”¹²¹

Importante frisar, ainda, que a boa-fé não se encontra definida em quaisquer dos dispositivos do Código Civil de 2002, mas traduz uma diversidade de sentidos: dominam a concepção de crença ou ignorância, considerando sua vertente subjetiva, e de medida de comportamento, devido à sua vertente objetiva. Valendo-se de “tipos ideais”¹²² estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, o princípio opera positiva e negativamente: como norma de conduta (artigo 422), critério de interpretação (artigo 113) e estabelecendo limites ao exercício de prerrogativas individuais (artigo 187)¹²³.

O artigo 422, ao se referir à boa-fé, supera a concepção estática de relação jurídica obrigacional, para admiti-la em uma concepção dinâmica, partilhado pela doutrina e jurisprudência brasileiras por meio de uma transferência cultural. Isso acarreta a presença de deveres instrumentais para além dos deveres principais de prestação e secundários, visualizando um processo que tem como principal objetivo o exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada, considerando os legítimos interesses de ambos¹²⁴.

Para Anderson Schreiber, sob o império da boa-fé objetiva, o comportamento das partes antes e depois do cumprimento da obrigação principal passa a produzir efeitos jurídicos diferenciados, que podem inclusive ultrapassar, em importância, aqueles que resultam do cumprimento em si. Por essa razão, em um cenário de relações contratuais duradouras, torna-se não apenas um direito, mas um efetivo dever de ambas as partes diligenciar pela utilidade da prestação antes, durante, e depois do seu vencimento, ultrapassando o momento pontual de sua execução¹²⁵.

Sob a forma de uma tipologia, que doutrina e jurisprudência já caminhavam para a tríplice proteção, lealdade e informação, estabelecem-se deveres de conduta à obrigação, que não decorrem da autonomia privada ou da legislação, mas do princípio da boa-fé, cuja contrariedade pode suscitar os

¹²¹ Ibid., p. 290.

¹²² Expressão de Teresa Negreiros. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 140.

¹²³ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé...**: Op.cit., p. 290-291.

¹²⁴ Id.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação..** Op.cit., p. 8.

casos de responsabilidade pré ou pós-contratual, de violação positiva do contrato e de responsabilidade¹²⁶ supracontratual¹²⁷.

O princípio da boa-fé foi identificado como elemento mitigador de rigorismos e apto a desenvolver uma série de deveres jurídicos de conduta. Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a se utilizar da boa-fé como verdadeiro *topos* fundamentador de opiniões doutrinárias e decisões jurisprudenciais¹²⁸.

Utilizando-se da noção de comportamentos contraditórios fundamentados na quebra de confiança, os tribunais brasileiros elegem o *venire contra factum proprium*, em semelhança aos tribunais alemães, como figura que viola a boa-fé:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

Venire contra factum proprium. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização¹²⁹.

No excerto acima citado, é possível encontrar a regra segundo a qual seria inadmissível que alguém, que violou deveres contratuais, desempenhe prerrogativas que decorrem dessa mesma violação. Referida conduta implicaria em violação à boa-fé. Nesse sentido, se posicionam os tribunais brasileiros:

Resolução de contrato. Perdas e danos. No caso em exame o dono da obra com sua conduta desfigurou a cláusula contratual que agora

¹²⁶ Ibid., p. 291-292.

¹²⁷ A expressão “responsabilidade supracontratual ou supranegocial” é desenvolvida por Fernando Noronha: “Fala-se em violação de deveres supracontratuais nos casos em que existe um contrato ou um negócio jurídico unilateral e em que há ofensa de deveres que são independentes da relação estabelecida, razão por que sempre se imporiam às partes, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado.” (Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 457)

¹²⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P. 47.

¹²⁹ TJ/RS. Ap. cível 589073956. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.

pretende fazer valer: impede-o o princípio geral da boa-fé. Ao autorizar o início da obra vinculou-se a um comportamento coerente e a um *non venire contra factum proprium*.

Está demonstrado o inadimplemento do contrato: o programa obrigacional concreto existente entre as partes malogrou por culpa do dono da obra. Condenação em perdas e danos¹³⁰.

No que diz respeito à sua função de limite ao exercício de direitos subjetivos, convém citar a decisão paradigmática dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que sob o argumento da proibição de comportamentos contraditórios, afastou a alegação de nulidades formais de um contrato:

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. Preparo. Férias. 1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no art. 511 do CPC. Votos vencidos. 2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definida. Doutrina dos atos próprios. CC, art. 132¹³¹.

Julgado datado de 2005, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de Relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi, ressalta a importância da boa-fé objetiva como fonte de deveres em todas as fases do contrato, incluindo a pré-contratual:

Votos: (...)

A mais moderna doutrina sobre a matéria parte do pressuposto de que o **contato** entre as partes que pretendem realizar um negócio jurídico deve pautar-se em regras de lealdade e confiança, assumindo primazia o princípio da boa-fé objetiva. Nesse passo, o vínculo de confiança estabelecido entre o declarante e o destinatário da oferta pode configurar-se como fonte de responsabilidade pré-contratual, ainda que não venha a ser perfectibilizado o negócio futuramente, quando não observados os deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva.

(...)

¹³⁰ TJ/PR. Ap. cível 21.951-2. Relator: Desembargador Francisco José Ferreira Muniz. Curitiba, 11 de out. 1994. Disponível em: <<http://200.238.21/scripts/mgwms32dll>> Acesso em: 28/01/19.

¹³¹ STJ. Resp. 95539/SP 1996/0030416-5. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 03/09/96. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_registro=199600304165&dt_publicacao=14/10/1996> Acesso em: 31/01/19.

Assim, na fase das negociações contratuais, deve-se impedir que se construa um estado ilusório de confiança, sendo impostas às partes condutas de acordo com o princípio da **boa-fé objetiva**. Tal significa dizer que a expectativa legítima na formação de um contrato futuro não pode ser injustificadamente frustrada, mormente por comportamentos despidos do espírito de lealdade, honestidade e retidão de que devem estar imbuídos os negociantes. **É, portanto, a violação do princípio da boa-fé objetiva (e de seus deveres anexos ou secundários) o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual. Cumpre aduzir que deve-se reconhecer que é possível, numa visão de sistema flexível, adotar-se tal princípio de forma ampla, a ponto de servir como elemento orientador à condução das relações jurídicas negociais, ou como efetiva fonte de obrigações, inclusive para o efeito de geração de dever reparador.**¹³² (Sem grifos no original).

Nesse contexto, importante citar, ainda, recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância da observância dos deveres de lealdade e confiança impostos pela boa-fé objetiva, até mesmo na fase pós-contratual:

... A par da regra geral do art. 422 do CC/02, o art. 765 do mesmo diploma legal prevê, especificamente, que o contrato de seguro, tanto na conclusão como na execução, está fundado na **boa-fé** dos contratantes, no comportamento de lealdade e confiança recíprocos, sendo qualificado pela doutrina como um verdadeiro "contrato de boa-fé".

4. De um lado, a **boa-fé** objetiva impõe ao segurador, na fase pré-contratual, o dever, dentre outros, de dar informações claras e objetivas sobre o contrato para que o segurado compreenda, com exatidão, o alcance da garantia contratada; de outro, obriga-o, na fase de execução e também na pós-contratual, a evitar subterfúgios para tentar se eximir de sua responsabilidade com relação aos riscos previamente cobertos pela garantia. 5. O seguro habitacional tem conformação diferenciada, uma vez que integra a política nacional de habitação, destinada a facilitar a aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população. Trata-se, pois, de contrato obrigatório que visa à proteção da família, em caso de morte ou invalidez do segurado, e à salvaguarda do imóvel que garante o respectivo financiamento, resguardando, assim, os recursos públicos direcionados à manutenção do sistema. 6. À luz dos parâmetros da boa-fé objetiva e da proteção contratual do consumidor, conclui-se que os vícios estruturais de construção estão acobertados pelo seguro habitacional, cujos efeitos devem se prolongar no tempo, mesmo após a extinção do contrato, para

¹³² TJ/RS, Ap.cível 70012118220/2005. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 24/08/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70012118220&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 02/02/2019.

acobertar o sinistro concomitante à vigência deste, ainda que só se revele depois de sua conclusão (vício oculto).¹³³

O trabalho foi desenvolvido por ambas as partes. A jurisprudência passou a cobrar dos envolvidos em relações negociais a conduta conforme a boa-fé e, conseqüentemente, a declarar a existência de uma série de deveres a serem seguidos. Considerando a reiteração dos julgados, coube à doutrina reordenar o material produzido, destacando o conteúdo positivo da noção de boa-fé e integrando esse material entre as normas, já postas do sistema¹³⁴.

Nesse contexto, importantes são as considerações de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

A boa-fé foi então conduzida e reconduzida a uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na idéia¹³⁵ de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações. Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado. No mesmo sentido foi entendida a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos do antigo. Como se percebe, todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de confiança¹³⁶.

Conforme bem pontuado por Paulo Nalin, a boa-fé objetiva alinha-se ao circuito da atual justiça contratual, somada a outros princípios contemporâneos, que dela derivam, tais como: transparência, confiança e equidade, sendo nítida a intenção constitucional do estabelecimento de um contrato solidário e socialmente justo. A boa-fé, que materializa a vocação solidarista da Constituição da República, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, que

¹³³ STJ, Resp 1622608/RS, T3- Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 11/12/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em: 02/02/2019.

¹³⁴ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 47-48.

¹³⁵ Redação anterior à Reforma Ortográfica.

¹³⁶ Ibid., p. 48-49.

na Teoria Contratual Tradicional, era ocupado pela estrita vontade dos contratantes¹³⁷.

Acerca dos conceitos dos princípios da boa-fé e da justiça contratual, convém citar o entendimento de Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Com efeito, o contrato deixou de ser reino privilegiado da vontade e da liberdade, para conformar-se aos **princípios da boa-fé e justiça contratual. Enquanto o primeiro presta-se à tutela do valor da confiança gerada em outrem, o segundo tutela o valor justiça. Trata-se de uma justiça comutativa, alcançando a relação de paridade e de equivalência entre as prestações e uma distribuição equitativa de ônus e de riscos entre as partes, em contratos comutativos.**

Abrem-se as fronteiras traçadas pela civilística clássica do contrato: princípios antes ofuscados pelo dogma da autonomia da vontade, passam a compor o primeiro plano de uma “nova teoria do contrato”¹³⁸ (Sem grifos no original).

Frise-se que a transparência, um dos princípios que decorrem da boa-fé objetiva, exige o correto comportamento dos sujeitos, e encontra justificativa no dever de informar o que recai sobre os contratantes. A transparência faz com que se exija do pré-disponente, lealdade ao estabelecer o conteúdo do acordo e lealdade ao informar sobre ela ao outro contratante. Em um contexto ampliado, no qual se inclui o sócio-político, a transparência alcança o conceito de informação social e meio de comunicação, por ser mais eficaz e precisa. O que se pretende afastar é a linguagem falsa e enganosa¹³⁹.

Embora seja estritamente necessária nas relações de consumo, em que uma das partes é considerada vulnerável, a informação contratual transparente é extremamente relevante em toda relação contratual cujo objeto tenha sido definido por uma das partes, de forma exclusiva e predominante¹⁴⁰.

O princípio da confiança, que também decorre da boa-fé objetiva, localizado desde antes da formação do contrato até a sua execução, dá conta de proteger os legítimos interesses daqueles que pretendem contratar, e, quando já contratados e em execução, as respectivas obrigações, na adequação do objeto do contrato aos fins esperados pelos contratantes.

¹³⁷ NALIN, Paulo. **Do Contrato- Conceito Pós Moderno**: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006, p. 137-138.

¹³⁸ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé nos Contratos**: O Percorso Teórico e sua Recepção no Direito Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015. p. 217.

¹³⁹ Ibid., p. 145.

¹⁴⁰ Ibid., p. 147.

Pretende, portanto, salvaguardar as expectativas contratuais dos que se aproximam e contratam.

A confiança guarda, portanto, íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não somente porque se socorre dos deveres de cuidado, informação, segurança e cooperação, como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realiza em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial¹⁴¹.

Paulo Nalin destaca, ainda, que a equidade, decorrente da boa-fé objetiva, inspira um novo modelo de justiça, rompendo com o perfil dogmático, ou seja, absoluto, do princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Por óbvio que o *pacta sunt servanda* ainda vige no sistema contratual brasileiro e continuará vigendo, mas não sob o argumento de que sobre ele está centrada a ideia de segurança jurídica nas avenças, e sim na condição de poderem os contratantes cumprir com as suas respectivas obrigações, sem sobressaltos ou abusos¹⁴².

Muito embora seja importante destacar os principais aspectos da boa-fé objetiva, convém neste momento delimitar a atuação deste princípio na esfera dos contratos empresariais, objeto deste estudo. Como pondera Paula Forgioni, a boa-fé no Direito Comercial não está de acordo com padrões que a caracterizariam como reflexo de elevado altruísmo ou expressão semelhante. Pelo contrário, significa retidão de comportamento no mercado, de acordo com os modelos ali esperados, incluindo a observância às normas, que é próprio do homem ativo e probo. Ao se ligar a um *standart* de comportamento empiricamente verificável, a boa-fé comercial se afasta de subjetivismos para caracterizar-se como linha determinável e determinada de conduta.

Como já apresentado ao longo dessa dissertação, não existe mercado sem Direito, ou seja, sem regras que atribuam algum tipo de penalidade externa e organizada ao comportamento do agente. Assim, quando uma empresa atua em um determinado mercado, está sujeita a essas normas jurídicas.

A partir do momento em que a boa-fé ou o respeito à boa-fé é uma dessas variáveis, o agente a identifica como um dos fatores que pautará o seu

¹⁴¹ Ibid., p. 154.

¹⁴² Ibid., p. 142.

comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelo que Paula Forgioni chamou convencionar de “regras do jogo”. Para o desenvolvimento da confiança não é imprescindível que aquele determinado sujeito tenha participado de jogadas anteriores em que tenha aprendido o comportamento de acordo com a boa-fé. Portanto, ao atuar em um mercado juridicamente delimitado, se sabe previamente, quais os efeitos de descumprimento da norma, sem a ter que violar. Assim, no mercado, é possível aprender com a experiência dos outros.

Nesse contexto, o comportamento probó não resulta em custo, e sim em economia, tanto para o sujeito, quanto para o mercado como um todo, que se inclina a diminuir a incidência de custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade. A boa reputação, portanto, deve ser adquirida pelo agente, impulsionando-o ao cumprimento das regras de mercado.

No entanto, nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a confiança pode ser traída. A partir da constatação de que a violação da confiança atua contra o próprio Direito, busca-se que as normas jurídicas obriguem os sujeitos atuantes no cenário econômico a respeitá-las. Por essa razão, o sistema do Direito Comercial busca tutelar princípios como a boa-fé objetiva e a confiança¹⁴³. Nesse sentido, importante apresentar o entendimento de Paula Forgioni:

Negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos- porque não seria conveniente para as partes negociar nessa última situação. Uma das funções do direito comercial é buscar a criação de um ambiente que torne as negociações compensatórias¹⁴⁴.

No Direito Comercial, a boa-fé permite e incentiva a eficiência do agente econômico ao mesmo tempo em que obriga que seja adotado o comportamento típico dos comerciantes prudentes. Paula Forgioni também adverte que no Direito Comercial, a observância do princípio da boa-fé não pode levar, em qualquer circunstância, a uma excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desequilíbrio do sistema. No processo de interpretação dos contratos empresariais, a boa-fé não pode ser confundida com equidade

¹⁴³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais...** Op.cit., p. 124-125.

¹⁴⁴ Ibid., p. 125.

ou com consumerismo, equívoco em que incidem vários doutrinadores não habituados à dinâmica de mercado.

Por essa razão, a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função diferente daquelas que circundam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes. Paula Forgioni relata que desde o século XVIII há preocupação com a observância da boa-fé nos contratos empresariais.

A partir do século XIV vários estatutos dos mercadores na Idade Média obrigavam aos juízes o dever de sentenciar conforme a boa-fé, assim como determinavam que os mercadores deveriam manter em boa-fé os contratos e as promessas recíprocas. Mesmo antes desse período, a doutrina afirma que as expressões “boa-fé” e “equidade”, teriam sido utilizadas para destacar três condutas desejáveis das partes contratantes, ainda que não expressamente acordadas: a) cada uma deveria manter sua palavra, b) nenhuma deveria tirar vantagem da outra mediante indução em erro, c) ambas deveriam pautar suas condutas de acordo com as obrigações de uma pessoa honesta.

De acordo com Paula Forgioni, embora o Código Civil de 1916 não tenha estabelecido expressamente o instituto da boa-fé em seu texto, ninguém jamais ousou negar que continuava a ser princípio do nosso ordenamento jurídico. Sua previsão expressa nos artigos 113¹⁴⁵, 187¹⁴⁶ e 421¹⁴⁷ do Código Civil de 2002, serviu para assegurar-lhe ainda mais destaque, passando a ser ilimitado o número de referências à importância da boa-fé objetiva¹⁴⁸.

A doutrinadora acima citada adverte, ainda, que após séculos de transformações ocorridas na sociedade e, conseqüentemente, no Direito, o reconhecimento do papel desempenhado pela boa-fé no Direito Empresarial como catalisador do bom fluxo de relações econômicas é ponto pacífico. Ela surge, nesse contexto, objetivada pelo mercado, formatada pela prática comercial de determinado ambiente institucional¹⁴⁹.

¹⁴⁵ “Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁴⁶ “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁴⁷ “Art. 421: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.”

¹⁴⁸ Ibid., p. 125-129.

¹⁴⁹ Ibid., p. 129.

Segundo Judith Martins Costa, a boa-fé desempenha três funções principais no Direito Empresarial, quais sejam: I) é considerada padrão de comportamento para os agentes econômicos, intimamente ligadas à execução das cláusulas contratuais, uma vez que a boa-fé impõe restrições ao exercício dos direitos (art. 187 do Código Civil); II) tem função interpretativa já que é parâmetro para a orientação da atividade dos operadores do Direito, ou seja, a exegese do texto contratual jamais poderá ser contrária à boa-fé (art. 113 do Código Civil); III) possui função integrativa dos negócios mercantis, pois é considerada instrumento para resolução do problema da incompletude contratual¹⁵⁰.

Muito embora os doutrinadores acima citados sustentem a aplicação irrestrita do princípio da boa-fé objetiva aos contratos empresariais, convém advertir que alguns autores, tais como Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, defendem que em relações paritárias tais como as mercantis e societárias, a atuação da boa-fé como fonte de deveres autônomos é atenuada pelo fato de que neste âmbito nenhuma das partes é vulnerável ou legalmente merecedora de tutela:

É evidente que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações mercantis e societárias deve repercutir de modo diverso daquele que se tem vislumbrado no âmbito consumerista. O campo interempresarial não é apenas paritário, no sentido de que não há flagrante desequilíbrio entre as partes a ser corrigido pela atividade jurisdicional, mas se caracteriza, ainda, pela presença de pessoas jurídicas, que, em situação de equilíbrio econômico e jurídico, negociam direitos e obrigações, de forma puramente patrimonial, e até matemática, de modo que à aquisição de cada direito corresponde um custo que, de uma forma ou de outra, acaba incorporada ao preço da operação. O ambiente comercial e societário e, em particular, o ambiente interempresarial, são palco de interesses distintos daqueles que guiam as relações obrigacionais comuns, e se encontram ainda mais distantes dos valores existenciais que recomendam uma tutela protetiva¹⁵¹.

Assim, a compra e venda de um automóvel, por exemplo, e a compra e venda de uma empresa são contratos que implicam deveres de informação

¹⁵⁰ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p.429.

¹⁵¹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil**. Revista da EMERJ, v.6, n. 23, 2003. p. 149-150. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_139.pdf>. Acesso em: 10/01/19.

com diferentes níveis de intensidade. No primeiro exemplo, o vendedor deverá fornecer ao comprador toda a informação necessária acerca do veículo, ao passo que no segundo caso, tendo em vista que a empresa adquirente habitualmente realiza uma avaliação de custos, riscos e passivos da sociedade objeto da operação, o dever de informar, que se imputa ao vendedor ficaria reduzido¹⁵².

Nesse contexto, Teresa Negreiros adverte que tanto a invocação generalizada e romântica da boa-fé quanto a imposição de níveis de intensidade deste princípio podem ser perigosos. O argumento de que a boa-fé comporta níveis diversos de intensidade corre o sério risco de tornar o domínio das relações mercantis em um domínio imune aos deveres específicos de lealdade um para com o outro.

A doutrinadora destaca que é justamente na esfera das relações empresariais, tão sensível aos imperativos da globalização e da uniformização das práticas contratuais que a boa-fé terá uma função verdadeiramente inovadora. Fato é que o reconhecimento da existência de deveres instrumentais, caracterizados como especificações do princípio da boa-fé, está ligado a uma concepção influenciada por valores bem diversos dos valores individualistas, que correspondem ao modelo clássico. Assim, verifica-se um alargamento do conteúdo do contrato, o qual não se reporta a uma vontade tácita das partes, mas resulta de uma “direta intervenção heterônoma (legal ou judicial)”, nas palavras de Teresa Negreiros, legitimada pelo entendimento de que o contrato atende, ou deve atender, a finalidades sociais¹⁵³.

Enzo Roppo também apresenta os principais aspectos práticos do princípio da boa-fé. Segundo o referido autor, agir de boa-fé significa: I) dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanar vício de determinada prestação, quando isso for possível e razoável; II) dever de cooperação, possibilitando o adimplemento da obrigação pela contraparte; III) dever de oferecer à contraparte oportunidade para correção de falhas ou equívocos que poderiam trazer incerteza à relação; IV) dever de modificar a prestação para realizar o objetivo da outra parte, desde que isso seja possível com o mínimo de sacrifício; V) dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos atos já

¹⁵² Ibid., p. 151.

¹⁵³ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato...** Op.cit., p. 154-155.

anteriormente praticados de forma a não frustrar a expectativa que causou na contraparte; VI) vedação de exercitar direitos contratualmente assegurados de maneira formalmente lícita, mas, em sua essência, desleal ou prejudicial à outra parte, e VII) proibição de tratamento discriminatório para com a outra parte¹⁵⁴.

No direito comparado, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que a boa-fé deve ser compreendida como regra de conduta. Para o doutrinador:

A actuação de boa-fé concretiza-se através de deveres de informação e de lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionem de modo específico. (...)

Uma primeira constatação prende-se com a delimitação negativa da aplicação da boa-fé, como regra de conduta. Na fase dos preliminares, impera, como pano de fundo, a autonomia privada, a entender como permissão genérica de produzir efeitos jurídicos, através de propostas e aceitações. Essa permissão pode cessar em certos pontos, mercê de normas específicas, que imponham restrições à liberdade de contratação. Quando isso suceda, as disposições em causa encontram a sua aplicação normal, não havendo que falar em boa-fé. Outro tanto sucede na pendência contratual, na nulidade do contrato, nos efeitos perante terceiros com ele conectados e na pós-eficácia: a boa-fé não funciona sempre que surjam normas legais ou convencionais. Como regra de conduta, a boa-fé tem uma natureza supletiva tendencial. (...)

Impõe-se, assim, à reflexão, um nível instrumental da boa-fé: ela reduz a margem de discricionariedade da actuação privada, em função de objectivos externos¹⁵⁵ (Sem grifos no original).

De todo o exposto até o presente momento, é possível compreender a importância da aplicação do princípio da boa-fé nos contratos empresariais. Conforme bem esclarece Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro a boa-fé reduz a discricionariedade da atuação privada, em função de objetivos externos, quais sejam: deveres de lealdade e confiança. Por essa razão, é possível dizer que a aplicação da boa-fé nos contratos empresariais traduz-se em dever de *compliance*.

Exige-se, contemporaneamente, que as empresas atuem de forma sustentável e se insiram na comunidade. Para isso, torna-se essencial a análise da ética nos negócios, e esse novo paradigma opera transformações na forma de relacionamento entre os contratantes, com o entorno, com os processos de trabalho e na tomada de decisões.

¹⁵⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C.Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 495.

¹⁵⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 648-649.

Com a implantação da política de *compliance*, a empresa tende a orientar todas as suas ações para os objetivos definidos e utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, já que se tornam uniformes para casos semelhantes. Além disso, é possível estabelecer maior proteção contra as pressões advindas das emergências, ter uniformidade em todos os atos e decisões, contribuindo com a transparência dos processos, e facilitar a adaptação dos novos funcionários à cultura organizacional¹⁵⁶.

Nesse contexto, percebe-se que uma vez implementada tal política e desde que esta esteja funcionando de forma efetiva, a empresa tende a adquirir maior confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado. Assim, segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro e Patrícia Dittrich Ferreira Diniz, será possível alcançar altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade¹⁵⁷.

3.2 O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL À LUZ DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Antes de adentrar especificamente no inadimplemento contratual caracterizado pelo descumprimento da boa-fé nos contratos empresariais, convém apresentar, ainda que de forma breve, a conceituação do inadimplemento contratual caracterizado pela violação da boa-fé nos contratos regidos pelo Direito Privado, de uma forma geral.

Para tanto, faz-se necessário estabelecer, primeiramente, algumas considerações acerca do conceito atual de adimplemento. Faz-se necessário empreender a releitura da disciplina do Direito Obrigacional, especialmente a partir do recurso às normas constitucionais e as cláusulas gerais instituídas, ainda que de forma incipiente, pelo legislador de 2002. Não resta dúvida de que os mais significativos avanços têm sido promovidos pela boa-fé objetiva,

¹⁵⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e...** Op.cit., p. 90.

¹⁵⁷ Id., p. 90-91.

considerada “verdadeira tábua de salvação”¹⁵⁸ contra as injustiças impostas pela dogmática tradicional das obrigações.

A doutrina brasileira já identificou o fundamento constitucional da boa-fé objetiva, estabelecendo a fórmula útil de sua tríplice função (interpretativa, fonte de deveres anexos, e limitadora do exercício de direitos), enfatizando o papel de oxigenação do sistema obrigacional. Segundo Anderson Schreiber, o momento atual parece não ser tanto o de defender o já “cristalizado” reconhecimento da boa-fé objetiva, mas o de reconhecer o seu caráter de cláusula geral e suas manifestações concretas, com o objetivo de apresentar parâmetros relativamente seguros para a solução de demandas judiciais. Nesse sentido, comenta o referido doutrinador¹⁵⁹:

O esforço é imprescindível na medida em que institutos os mais diversos, derivados muitas vezes de bases dogmáticas e experiências jurídicas totalmente diferenciadas, têm encontrado na boa-fé objetiva o fundamento normativo único a permitir seu acolhimento no direito brasileiro. E, neste sentido, especial relevância assumem aquelas figuras que se relacionam ao adimplemento das obrigações, noção que tem sofrido significativa transformação no processo de releitura do direito obrigacional¹⁶⁰.

No Direito Contemporâneo, o adimplemento é entendido como um processo contínuo, ou seja, que se prolonga no tempo. Longe de se restringir à prática do ato acordado com o credor, o adimplemento se reveste, no Direito Contemporâneo, de caráter funcional, vinculado ao atendimento dos efeitos essenciais do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Em uma compreensão atual do conceito de adimplemento, não basta a satisfação do interesse do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que se constitui no encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo, ou no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial.¹⁶¹

Ressalta-se, ainda, que não basta a verificação da causa em abstrato, habitualmente identificada no Direito das Obrigações como a realização das obrigações principais que integram o tipo negocial em sua previsão normativa.

¹⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação...** Op.cit., p.4.

¹⁵⁹ Id

¹⁶⁰ Ibid., p. 5.

¹⁶¹ Ibid., p. 12.

Impõe-se, portanto, a análise da causa em concreto, ou seja, do atendimento dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes com a regulamentação contratual. Transcende-se a estrutura do negócio - forma e conteúdo (o como e o quê), para se buscar o seu fim (o seu porquê). Portanto, é o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em uma visão contemporânea¹⁶².

É nesse contexto que se insere a violação positiva do contrato. A noção de violação positiva do contrato, em seus contornos mais fluídos vem sendo aplicada pelas cortes brasileiras nas hipóteses em que, embora se verificando um comportamento do devedor correspondente à realização da prestação contratada, não se alcança, por alguma razão, a função concretamente atribuída pelas partes à regulamentação contratual. A esse respeito, importante citar excerto de Decisão do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO ANTES DO TÉRMINO DE SUA VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO - VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO - PERDAS E DANOS - LUCROS CESSANTES APURADOS NA LIQUIDAÇÃO SENTENÇA - DANO MORAL - SÚMULA 227 DO STJ - RECURSO DESPROVIDO. **A parte lesada pelo inadimplemento contratual pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos (CC/ 16, art. 1. 092) Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua consequente reparação civil, independente de culpa.** Ao rescindir unilateralmente o contrato, sem prévia notificação da parte interessada, o contratante viola o dever anexo e incorre em responsabilidade pelos danos causados (Sem grifos no original).¹⁶³

Os deveres acessórios em relação à prestação principal, gerados pela boa-fé objetiva, se aplicam a todo tipo de relação obrigacional. Nesse contexto, Maria Cristina Cereser Pezzella afirma que ambas as partes devem estar envolvidas. A doutrinadora sustenta que em virtude da aplicação da boa-fé objetiva no Direito das Obrigações, a relação obrigacional passou a ser

¹⁶² Ibid., p. 14.

¹⁶³ STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 262.823/ MT Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti. Data do Julgamento: 26/05/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=262823&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 03/02/2019.

considerada como uma ordem de cooperação entre as partes para satisfazer os interesses do credor, com a necessária manutenção dos interesses do devedor. Portanto, os direitos não se confinam apenas a um dos polos da relação, mas estendem-se também ao outro, com os deveres que lhe são correspondentes, de forma que não mais se pode definir a relação jurídica de forma linear, como mera soma de obrigações e direitos, uma vez que é uma totalidade, não se confundindo com os deveres principais que engloba¹⁶⁴.

A caracterização do inadimplemento contratual decorrente do não cumprimento dos deveres acessórios, gerados pela boa-fé objetiva é consequência da abrangência do conceito de mora dentro da relação obrigacional. Jorge Cesa Ferreira Silva sustenta que, considerando a formulação abrangente da mora no Direito Brasileiro, ela congrega todo e qualquer descumprimento de dever obrigacional, seja ele relacionado ao ato de prestar, seja ele relacionado ao objeto da prestação, que independentemente do momento de sua produção, não configure inadimplemento absoluto. Nesse sentido, compreende-se que todo ato de prestação que não realize o seu objeto é uma forma de atrasá-la¹⁶⁵.

O doutrinador acima citado sustenta a “contratualidade dos deveres laterais”¹⁶⁶, incluindo os de proteção, fundamentado no princípio da boa-fé como regra para o estabelecimento da normatividade obrigacional. Assim, tem-se estabelecido que a abrangência normativo-obrigacional, essencialmente no que diz respeito aos deveres laterais, diz respeito a todos os interesses que compõem a relação, cuja atividade esteja relacionada com a execução do contrato.

Dessa forma, todos os deveres que não podem ser entendidos como necessários à execução do contrato ou da obrigação estão fora do seu âmbito. Jorge Cesa Ferreira Silva cita como exemplos obrigacionais o dever de não destruir o patrimônio de outra parte com a execução contratual, ou o de informar as eventuais consequências danosas do mau uso da máquina

¹⁶⁴ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **A boa-fé no Direito: o princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado Alemão e Brasileiro**. In: Juris Síntese Millennium. Porto Alegre: Síntese, jul/ago. 2002, p. 13.

¹⁶⁵ SILVA, Jorge... p. 163-164.

¹⁶⁶ Ibid., p. 88.

instalada, ou o de instalar o equipamento de forma a melhor atender os interesses do adquirente¹⁶⁷.

Jorge Cesa Ferreira Silva adverte, ainda, que no tocante aos deveres laterais, independentemente do meio utilizado para veicular a norma, pode-se afirmar, com segurança, que eles decorrem de forma preponderante de um mesmo fundamento material-normativo: o princípio da boa-fé, especialmente no seu vetor confiança. Podem, estes, estarem veiculados por disposições legais ou contratuais. Seus conteúdos normativos, no entanto, decorrerão da boa-fé ou a ela poderão ser reconduzidos¹⁶⁸.

Judith Martins Costa ressalta, ainda que os deveres decorrentes da boa-fé são instrumentais porque direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, com o objetivo de atender as finalidades para às quais foi criado o vínculo. A característica do caráter instrumental do princípio se verifica, ainda, no crescimento da importância da solidariedade social no campo do Direito das Obrigações¹⁶⁹.

Embora não se possa apresentar uma listagem taxativa dos deveres instrumentais, o estágio da doutrina e da jurisprudência permitem identificar dois grandes grupos. A distinção é realizada entre os que têm um fim eminentemente positivo e os que objetivam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, denominados “deveres de proteção.” Segundo Judith Martins Costa:

Exemplificativamente, constituem deveres instrumentais (positivos e de proteção) os deveres de lealdade, de cuidado, previdência e segurança; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que podem pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da responsabilidade pós-contratual.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Ibid., p. 89.

¹⁶⁸ Ibid., p. 91.

¹⁶⁹ COSTA, Judith Martins. **Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações**. Volume V, Tomo II (Arts. 389 a 420). Forense, Rio de Janeiro: 2004, p. 37.

¹⁷⁰ Ibid., p. 38-39.

Acerca da obrigatoriedade de atuação de acordo com a boa-fé e da existência de deveres laterais em qualquer espécie de relação obrigacional, comenta Jorge Cesa Ferreira Silva:

... dado que a boa-fé atua sobre qualquer obrigação, encontra-se o nascimento de deveres laterais em qualquer espécie de relação obrigacional, seja ela decorrente de dano, seja decorrente do negócio jurídico, especialmente o contrato. Nestas últimas, por certo, a incidência da boa-fé é mais saliente, de sorte que os deveres laterais, nelas, avolumam-se. Em face disso, a compreensão desses deveres nas relações contratuais exige uma maior atenção, não só pela incidência referida, mas principalmente por se vincularem a distintos suportes fáticos incluídos sob o manto da palavra “contrato”¹⁷¹.

A confiança, que decorre do princípio da boa-fé objetiva, conforme já comentado ao longo deste trabalho, se fundamenta em representações passadas, presentes ou futuras, fomentadas e estimuladas pelo outro contratante, e que são tomadas como realidade. A consequência jurídica de sua recepção pelo ordenamento civil e pelo Poder Judiciário está na tutela das representações mentais daquele que confia¹⁷².

Nesse sentido, a confiança acaba por consagrar a primazia do sujeito contratante, visualizando a relação jurídica futura, que pode abarcar não só os interesses de natureza patrimonial, mas também, na indicação de que o contrato interpretado contemporâneo leva em consideração os valores do ser. Assim, a possibilidade indenizatória pelo rompimento prematuro do negócio, em face da violação de interesses extrapatrimoniais é a maior prova de que mesmo em um segmento no qual a avença não se encontra formada, o sujeito e os seus valores, (sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais), é que se encontram no eixo do sistema¹⁷³.

Para a aplicação do princípio da boa-fé, Antonio Menezes Manuel da Rocha e Cordeiro sugere três fatores:

... uma situação de confiança conforme o sistema e traduzida na boa fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias; uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstracto, provocarem uma crença plausível; um investimento de confiança

¹⁷¹ Ibid., p. 92.

¹⁷² NALIN, Paulo. **Do Contrato...** Op.cit., p. 156.

¹⁷³ Ibid., p. 158.

consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselhem o seu preterir¹⁷⁴.

Assim, independentemente das possíveis variáveis concretas, a centralidade da confiança reside na aparência, estando em evidência as reações causadas aos contratantes que nela confiam, relevando-se quando já está em andamento a execução da avença, a frustração de algum dever jurídico, dentre os quais pode-se citar aqueles de cuidado, informação, segurança e cooperação. Nesse momento, verifica-se a denominada violação positiva do contrato, na qual o sujeito passivo realiza o que estava vedado ou executa a conduta a que havia se obrigado, no entanto, de forma imperfeita.

A violação positiva do contrato caracteriza-se, portanto, por uma espécie de descumprimento contratual que se relaciona com a violação de deveres laterais ou acessórios da obrigação¹⁷⁵. Segundo Paulo Nalin a violação positiva do contrato caracteriza-se por ser uma violação da obrigação, não por um atraso ou inexecução, mas sim por vícios ou deficiências da prestação, que chega a ser realizada, mas não da forma que se obrigava o devedor. Portanto, diz respeito à sua qualidade, sem conotação à sua identidade ou quantidade¹⁷⁶.

No Direito Empresarial, Paula Forgioni destaca que os agentes econômicos, em suas contratações, podem de forma legítima, presumir que a outra parte irá adotar comportamento semelhante àquele habitualmente implementado pelos atores do mercado, pelos chamados agentes econômicos ativos e probos. Se no Direito do Consumidor, a presunção é de vulnerabilidade de uma das partes, no Direito Comercial, parte-se do entendimento contrário, no sentido de que ambas as partes estão equiparadas, não havendo que se falar em vulnerabilidade nesse caso.

Considerando como padrão de comportamento do homem ativo e probo, o ordenamento jurídico autoriza a pressuposição de que o agente econômico, de forma prudente avaliou os riscos da operação e, utilizando-se de sua liberdade econômica, vincula-se. O sistema pressupõe que neste momento o contratante/contratado entendeu que o contrato ser-lhe-ia

¹⁷⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op.cit., p. 1.248

¹⁷⁵ NALIN, Paulo. **Do Contrato...** Op cit., p. 156-157.

¹⁷⁶ NALIN, Paulo. **Responsabilidade civil: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial.** Curitiba: Juruá, 1996. p. 158.

vantajoso. Essa experiência pode até restar frustrada, mas este assume o risco do negócio¹⁷⁷.

Complementando esse entendimento, Paula Forgioni esclarece que o agente econômico é caracterizado por uma “esperteza própria” que lhe faz capaz de atuar no mercado. Essa habilidade, no entanto, não há de ser confundida com uma permissão para um comportamento predatório. Surge, nesse ponto, uma das principais questões relacionadas ao estudo dos contratos mercantis: como diferenciar o comportamento sagaz, que é próprio das empresas, daquele destrutivo, que deve ser afastado?

Para elucidar essa questão, a doutrinadora cita uma interessante decisão proferida pelos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no ano de 1913¹⁷⁸. Um comerciante vendeu sua loja a outro, acordando que não se restabeleceria na Rua da Consolação. No entanto, instalou-se em rua próxima. Haveria que se falar em má-fé nesse caso? Entendeu o Tribunal que não, uma vez que a restrição territorial não havia sido acordada nesses termos. O vendedor poderia ter restringido a zona de proibição do restabelecimento, mas não o fez. Portanto, não o poderia fazer depois. O exemplo trazido pela autora, demonstra que a questão citada diz respeito ao padrão de comportamento esperado do mercador: no caso, o vendedor deve ser considerado “esperto” e o comprador “desidioso”, ou ao contrário, tratar-se-ia de atitude desleal, contrária às regras que devem presidir os negócios? Qual é a solução preferível tendo em vista a proteção do interesse geral do comércio?

Segundo Paula Forgioni a adoção do critério do homem ativo e probo pelo sistema facilita as contratações, já que autoriza a parte a supor que a outra cercou-se dos cuidados necessários e normalmente esperados antes, durante e após a celebração do negócio. Essa pressuposição reduz os custos a serem incorridos pelos agentes econômicos em suas negociações¹⁷⁹.

Nesse contexto, faz-se imprescindível a consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos empresariais. A doutrinadora esclarece que a obrigatoriedade da observância da boa-fé nos contratos empresariais substitui

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais...** Op. cit., p. 120-121.

¹⁷⁸ TJ/SP. Desembargadores: Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette. Julgado em: 13/12/1913.

¹⁷⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais...** Op. cit., p. 121-122.

a lógica oportunista, por outra, colaborativa, que obriga os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum. Assim, se as partes estabeleceram acordo é porque buscavam o mesmo objetivo. Ocorre que se o objetivo é comum, é imprescindível que as partes colaborem antes, durante e após a conclusão do contrato¹⁸⁰. É o que se denomina responsabilidade pré, contratual, e pós-contratual. A esse respeito, relevantes são as considerações de Jorge Cesa Ferreira Silva no sentido de que a boa-fé foi conduzida e reconduzida a uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que na ideia de confiança encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais.

Assim, pode ser entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe de forma injustificada com as negociações tão fortemente estabelecidas com a outra parte ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações. Também foi compreendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que contraria a manutenção de sua própria e habitual atuação, utilizando-se de algum direito subjetivo a que, de forma presumida havia renunciado. No mesmo sentido, entende-se a atuação daquele que revela, para o novo contratante, segredos ou processos do antigo. Do exposto, percebe-se que todas essas condutas, contrárias à boa-fé, são diretamente contrárias à noção de confiança¹⁸¹.

Paula Forgioni também comenta que é fundamental para a integração do negócio, a demarcação da sua função econômica, que deve estar de acordo com a natureza e o “espírito” de associação. A esse respeito importante citar seu entendimento:

O dever de colaboração impõe-se para a consecução desse fim comum; a partir dele borbotarão condutas obrigatórias para as partes, objetivadas [e previsíveis] pelo mercado. Tudo é sempre feito a partir da observação do que normalmente ocorre na prática comercial, a ponto de gerar legítima expectativa, i.e., fundada confiança de que a outra parte comportar-se-ia de acordo com a praxe¹⁸².

¹⁸⁰ Ibid., p. 309.

¹⁸¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e...** Op. cit., p. 48-49.

¹⁸² FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais....** Op. cit., p. 309.

A doutrinadora comenta, ainda, que é a partir dessa perspectiva objetiva, ligada à prática, que a boa-fé vai se abrindo em comportamentos concretos e assumindo uma função integrativa admitida pela doutrina. Transforma-se, para além de parâmetro interpretativo, em fonte de deveres e obrigações. A boa-fé objetiva leva, portanto, aos chamados “deveres laterais ou acessórios”, também denominados de “deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses”, “deveres de comportamento”, “deveres de proteção”, que se dirigem a ambos os polos da relação jurídica. Ao estabelecer a criação de tais deveres, a boa-fé desempenha uma função integrativa do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntarista estabelecida¹⁸³.

Segundo Rosalice Fidalgo Pinheiro, a boa-fé objetiva impõe uma interpretação objetiva do contrato. Portanto, a boa-fé contribui no apontamento para o significado que seja mais razoável à clausula contratual obscurecida. Essa é, portanto, a função interpretativa da boa-fé, que se traduz em tutela da confiança do destinatário da declaração. Trata-se de considerar o significado que as partes atribuiriam ao contrato, se agissem com lisura. Contudo, se refere, ainda, em caso de dúvida, a optar pelo sentido que propicie a conservação do contrato, que seja mais favorável à parte débil, ou o menos gravoso à parte mais onerada, revelando-se uma interpretação estrita para os contratos benéficos, optando, portanto, pelo sentido que a boa-fé aponta como mais razoável¹⁸⁴.

Importante ressaltar, no entanto, que as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual podem ser fonte de deveres e obrigações, mas o caso não é de tirania de valores. É extremamente importante controlar a oportunismo, analisando a estrutura econômica da operação, das circunstâncias que a acompanham e dos mercados a ela relacionados¹⁸⁵.

É preciso evitar o risco de empregar a boa-fé como remédio para todos os males, não se trata de uma “caixa de Pandora”, utilizando-se da expressão de Paula Forgioni, da qual se podem extrair as soluções mais díspares. No que

¹⁸³ Ibid., p. 309-310.

¹⁸⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé...** Op.cit., p. 226.

¹⁸⁵ Ibid., p. 310.

diz respeito ao Direito Empresarial, a boa-fé não pode ser aplicada de maneira a retirar do agente econômico a sagacidade que lhe é característico. Em contrapartida, também não deve ser utilizada como justificativa para o inadimplemento da parte ou desculpa para comportamentos inadequados ou em desconformidade com o parâmetro de mercado¹⁸⁶.

Os deveres anexos ou laterais, via de regram são indisponíveis, ou seja, não admitem convenção em sentido contrário. Isso porque se assim o fosse, seria o mesmo que permitir a possibilidade de os negociadores agirem sem boa-fé. Apesar disso, de forma excepcional, desde que mantida a essência do dever de lealdade pode-se admitir a disponibilidade de alguns deveres específicos, como acontece, por exemplo, com o dever de sigilo. Se constar em minuta de acordo parcial a dispensabilidade do segredo das negociações, por exemplo, nenhum ilícito será cometido por aquele que, moderadamente expressar –se sobre os tratos¹⁸⁷.

Jorge Cesa Ferreira SILVA afirma que a constatação da ocorrência de inadimplemento contratual em virtude da violação positiva do contrato no Direito Brasileiro, traz como consequência não somente o dever de indenizar como também a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido, efeitos que não se viabilizariam se o caso fosse tratado como descumprimento de dever geral.

O doutrinador alerta que deixar de classificar as hipóteses de violação positiva do contrato como inadimplemento significa não somente restringir de forma injustificada o âmbito do descumprimento obrigacional como também, e principalmente, restringir a tutela do contratante lesado¹⁸⁸.

3.3 COMPLIANCE E BOA-FÉ OBJETIVA: VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO?

O princípio da boa-fé representa, em um modelo atual de contrato, o valor da ética. Pode-se afirmar, portanto, que lealdade, correção e veracidade são elementos que compõem o referido conceito. Isso explica a irradiação difusa do referido princípio, o seu sentido e alcance alargados, atingindo todo o

¹⁸⁶ Ibid., p. 310-311.

¹⁸⁷ POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 196-197.

¹⁸⁸ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e...** Op.cit., p. 273-274.

fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, em especial, àqueles incidentes sobre os contratos, na medida em que todos eles repudiam o abuso da liberdade contratual e o destaque ao individualismo excessivo.

Conforme já comentado ao longo desse trabalho, a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta-se na cláusula geral de tutela da pessoa humana, que se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade é absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. É possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento fundamental de toda e qualquer relação jurídica.

Desse modo, a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina a valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que passa a compreender as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes, e especialmente, de desenvolvimento da personalidade humana¹⁸⁹.

A axiologia constitucional legitima uma interpretação sistemática, segundo a qual a dignidade da pessoa humana é instrumentalizada, no domínio das relações patrimoniais, que outrora estavam imunes a este tipo de funcionalização ética, por deveres de solidariedade entre os contratantes. Este conteúdo “eticizante” do princípio da boa-fé nas palavras de Teresa Negreiros, faz parte de uma tendência que já há tempos é verificada, cujo ponto de partida parece ter sido o esvaziamento do “significado constitucional do Direito Civil”, hoje subordinado formal e materialmente ao Direito Constitucional¹⁹⁰.

Teresa Negreiros afirma ainda que nessa função de limitar o exercício discricionário de direitos, o princípio da boa-fé é entendido por alguns autores como uma influência do Direito Público sobre o Privado. Em determinados sistemas jurídicos, a ausência de desenvolvimento doutrinário da teoria do abuso de direito, a boa-fé passa a servir como uma ponte para a transposição das restrições formuladas na esfera do Direito Administrativo, relativas ao

¹⁸⁹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato...** Op. Cit., p. 116-117.

¹⁹⁰ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 261-262.

controle da discricionariedade dos atos praticados pelo Poder Público, para o campo do Direito Contratual Privado.

Por essa razão, a doutrinadora acima citada comenta que na tradição da Europa Continental, a boa-fé objetiva, no desempenho da função de impor restrições ao exercício de direitos subjetivos, resulta na teoria dos atos próprios. De uma forma geral, essa teoria implica reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, ou seja, impedindo a duplicidade de comportamento, seja na hipótese em que o comportamento posterior se mostra incompatível com condutas indevidamente realizadas anteriormente, seja na situação em que, embora os comportamentos considerados isoladamente não representem qualquer irregularidade, configuram violação da confiança se tomadas em conjunto, que é conhecido pela expressão em latim *“venire contra factum proprium”*¹⁹¹.

Portanto, voltar-se contra os próprios atos se constitui em um comportamento que o princípio da boa-fé não tolera. Nesse sentido, é possível afirmar que a boa-fé objetiva atua como guardião do sinalagma contratual, impedindo que o contratante que violou norma legal ou contratual venha a exigir do outro que, ao contrário, seja fiel ao que foi acordado. É o caso, por exemplo, do contratante, em mora quando da ocorrência de circunstâncias que alterem a base do negócio, pretender que o mesmo seja extinto, ou ainda o caso do condômino, que viola a convenção de condomínio e pretende exigir dos outros condôminos que a respeitem. Em ambas hipóteses, o princípio da boa-fé objetiva pode ser aplicado como óbice a que o contratante faltoso pretenda, em detrimento do outro, obter algum benefício de sua própria falta¹⁹².

A aplicação do princípio da boa-fé tem, portanto, uma função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *“hortus conclusus”*, do sistema do positivo jurídico, para se utilizar das palavras de Clóvis V. do Couto e Silva, “janelas para o ético”. Portanto, a boa-fé dá o critério para a valorização judicial, não a solução prévia. Em um sistema jurídico concebido, não como um “mundo fechado”, mas sim com aberturas por onde se inserem os princípios gerais que o vivificam, não se poderá chegar a

¹⁹¹ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato...** Op.cit., p. 142.

¹⁹² Ibid., p. 143-144.

uma solução concreta apenas por um processo dedutivo ou lógico matemático¹⁹³.

A medida da intensidade dos deveres acessórios ou anexos, decorrentes da boa-fé, é dada pela finalidade do negócio jurídico. A finalidade, no que se refere à aplicação da boa-fé não é apenas o fim da atribuição. É necessário que essa finalidade seja perceptível para a outra parte. Não se trata de um motivo psicológico, mas de um “plus” que integra o fim da atribuição e que está com ele intimamente relacionado. Assim, a violação a esse “plus” torna o adimplemento insatisfatório e imperfeito¹⁹⁴. A esse respeito, Clóvis V. do Couto e Silva apresenta o seguinte exemplo:

“A”, comerciante, convencionou com “B” a fabricação e a colocação de um anúncio luminoso para efeitos de propaganda. “B” fabrica o anúncio, conforme o convencionado, mas, ao invés de colocá-lo em local de intenso tráfego, instala-o em lugar pouco frequentado, de sorte que o anúncio nenhum reflexo teria na venda dos produtos. Em tal hipótese, “A” não poderá considerar o adimplemento como satisfatório, apesar da convenção não determinar o local em que seria colocado o anúncio. “B” deveria levar em consideração que quem contratara era comerciante e, por conseguinte, o anúncio só poderia ter interesse se situado em lugar adequado a sua finalidade. O “plus” que integra o fim do negócio jurídico pode surgir, imediatamente da atividade da pessoa com quem se contrata¹⁹⁵.

Importante frisar que segundo Antunes Varela, a distinção clássica entre não cumprimento definitivo ou mora, e violação positiva do contrato, é no sentido de que no caso de não cumprimento definitivo ou mora a parte peca por não fazer o que devia, e na violação positiva, ela faz o que não devia fazer (executando mal a prestação ou violando um dos deveres acessórios de conduta), é insuficiente.

Para o doutrinador essa diferenciação não apresenta soluções em todas as hipóteses, seja porque o cumprimento defeituoso não atinge apenas as obrigações contratuais, seja porque o não cumprimento definitivo pode resultar em um ato positivo da outra parte, tal como o cumprimento defeituoso pode decorrer de uma omissão do devedor (por exemplo, falta de informação

¹⁹³ SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 42.

¹⁹⁴ Ibid., p. 40-41.

¹⁹⁵ Id.

sobre o perigo ou o defeito especial do aparelho vendido)¹⁹⁶. Há, portanto, cumprimento defeituoso da obrigação sempre que, por deficiência da prestação ou por inobservância de um dos deveres acessórios de conduta a seu cargo, uma das partes causa prejuízos a outra¹⁹⁷.

Importante ressaltar, ainda, que a partir do processo de Constitucionalização do Direito Privado¹⁹⁸, a partir da Constituição da República de 1988, a cláusula geral da boa-fé e os demais institutos privados devem ser interpretados de acordo com os princípios constitucionais que presidem a atividade econômica. Como exemplo desse processo Rosalice Fidalgo Pinheiro cita a função social do contrato como fundamento do princípio da boa-fé, submetendo as relações patrimoniais à sua repersonalização¹⁹⁹.

Nas palavras da doutrinadora acima citada, “a boa-fé destaca-se como uma chave que abre e fecha o sistema jurídico”, buscando a moralidade das relações e em benefício da responsabilidade individual e de uma previsível segurança jurídica²⁰⁰.

A esse respeito, importante citar o entendimento de Antonio Manuel e Menezes Cordeiro, do Direito Comparado. Para o doutrinador, a alteração das circunstâncias do contrato pode surgir como fato modificativo ou extintivo, desde que se verifiquem os seguintes requisitos, genericamente incluídos no artigo 473, nº 1, do Código Civil Português: uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar; que lese uma das partes; de forma que a exigência das obrigações por ela assumidas afete consideravelmente o princípio da boa-fé; e que não esteja coberta pelos

¹⁹⁶ VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 163-164.

¹⁹⁷ Ibid., p. 166.

¹⁹⁸ Acerca do processo de Constitucionalização do Direito Privado, relevantes são as considerações de Ingo Wolfgang SARLET: ... sustentou-se, acertadamente, que em qualquer caso e independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (isto é, se de forma imediata ou mediata), **se verifica, entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um contínuo fluir, de tal sorte que ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição**. É justamente por esta razão que, para muitos, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado (Sem grifos no original). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 403.

¹⁹⁹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé...** Op.cit., p. 298.

²⁰⁰ Ibid., p. 299.

riscos próprios do contrato²⁰¹. Para o doutrinador acima citado, verificados os requisitos acima elencados, compete à parte lesada requerer ao Tribunal a resolução do contrato ou a sua modificação²⁰².

Conforme já comentado ao longo deste capítulo, o princípio da boa-fé exige um comportamento ético, honesto, dotado de probidade em todos os contratos regidos pelo Código Civil, incluindo os contratos empresariais. A ética, para além de um dever moral, deve se apresentar como um dever jurídico que fundamenta uma relação salutar entre as partes contratantes, de modo que ambas atuem de forma incorruptível em todas as fases do contrato. Nesse contexto, pode-se estabelecer uma relação entre a boa-fé e o *compliance*. Nota-se que deriva do princípio da boa-fé um dever acessório de conduta que impõe aos contratantes o dever de honestidade contratual: agir de forma incorruptível ou abster-se da prática de atos que contrariam a Lei Anticorrupção. Trata-se de uma ética imprescindível aos contratos empresariais, qual seja, a ética corporativa, o dever de *compliance*.

O *compliance* incorpora princípios de integridade, conduta ética e moral, devendo-se atentar que, mesmo que a legislação e regulamentos não sejam descumpridos, práticas empresarias que gerem impactos negativos para os *stakeholders* podem gerar risco reputacional e publicidade adversa, colocando em risco a continuidade de qualquer empresa. O significado de *compliance* refere-se à postura consentânea à determinada regra, o que traduz uma acepção ampla em termos de cumprimento e observância normativa. Na esfera empresarial, o *compliance* pode se manifestar de diversas formas. Uma delas, consiste em explicitar em instrumentos, tais como códigos, diretrizes, regulamentos, cartilhas, etc., toda sorte de comandos e instruções, cujo fator conformidade/observância é seu núcleo. A inteligência do *compliance* é de teor preventivo e tem por objetivo evitar a ocorrência de infrações ao conteúdo que alerta.

Conforme já comentado acima, o artigo 42 do Decreto Federal 8.420/2015, estabelece os parâmetros que deverão ser avaliados em determinado programa de integridade, quais sejam: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao

²⁰¹ CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações....** Op.cit., p. 147.

²⁰² Ibid., p. 149.

programa; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, e estendidas, quando necessário, a terceiros, incluindo fornecedores, prestadores de serviço, entre outros; treinamentos periódicos; análise periódica de riscos, canais de denúncia de irregularidades, amplamente divulgados a funcionários e terceiros, mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé, entre outros.

O dispositivo acima citado pretende estabelecer algumas diretrizes necessárias para a implementação de um programa de *compliance*, em determinada empresa. O ponto principal do instituto é evitar a prática de atos corruptivos, e, portanto, contrários à boa-fé. Portanto, é imprescindível que todas as pessoas físicas e jurídicas que se relacionam com a empresa conheçam e observem todas as políticas de integridade previstas no programa.

O processo de globalização foi responsável por uma visível transformação no mundo corporativo, ao pressionar as empresas, para se manterem ativas no mercado, a instituir novas técnicas e ferramentas para a redução de riscos por meio de ações (sistemas de gestão de riscos). No passado, as empresas somente avaliavam o risco sob o ponto de vista da perda econômica. Atualmente, aproxima-se cada vez mais da eventual responsabilidade jurídica dos administradores ou da própria empresa, seja pelo abuso de poder dos administradores, seja pela incidência de fraudes internas com lesão a terceiros ou pela responsabilidade social. Nesse contexto, o *compliance* é o novo modelo desta gestão e traduz a boa governança corporativa, na incansável luta contra o abuso de poder dentro das empresas²⁰³.

A responsabilidade social corporativa ou empresarial é uma realidade moderna. A exigência dos novos tempos fez nascer as empresas socialmente responsáveis, que são aquelas que não têm como único objetivo o lucro a qualquer custo e sim o lucro com eficiência que é resultado empresarial a

²⁰³ BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAUJO, Alexandra Barbosa Campos de. **Compliance Concorrencial:** o controle e o combate às práticas ilícitas do mercado econômico. Revista Percurso- UNICURITIBA, v.4, n. 27. 2018
Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2741>> Acesso em: 20/01/19. p. 310.

partir de ações de sustentabilidade. Como esclarecem Henrico Cesar Tamiozzo e Marlene Kempfer responsabilidade empresarial significa gestão proba, atitudes éticas de integridade no meio corporativo, e condutas que não podem ser esquecidas no relacionamento com a Administração Pública²⁰⁴

Muitas são as situações em que a boa-fé é violada, em decorrência da prática de atos de corrupção durante a vigência contratual²⁰⁵. A Lei Anticorrupção estabelece, em seus artigos 5º²⁰⁶ e 6º²⁰⁷ os atos considerados

²⁰⁴ TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Florianópolis/SC, Ano 3, vol. 6, set-dez./2013. p. 173.

²⁰⁵ NASCIMENTO, Juliana Oliveira; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A Lei Anticorrupção e o Princípio da Boa-fé Objetiva:** desafios da ética corporativa nos contratos empresariais. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS., Porto Alegre, n. 35, p. 208-209. dez 2016.

²⁰⁶ 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;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

²⁰⁷ Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, ou seja, contrários à boa-fé, e as respectivas penalidades. No entanto, o dever de agir pautado pelo *compliance*, que pode ser facilmente traduzida na esfera privada pelo dever de respeito à boa-fé, não pode ser exigido somente nas relações entre os empresários e o Poder Público. A conduta proba e leal é pré-requisito para qualquer tipo de relação, seja esta entre particulares e Administração Pública, seja entre particulares, independentemente da existência de subordinação ou não.

De um lado estão as obrigações da pessoa jurídica perante a Administração Pública nacional ou estrangeira (esfera pública), e de outro, estão os deveres da própria corporação perante os seus gestores, colaboradores e prestadores de serviço (esfera privada). Por essa razão, é imprescindível o debate acerca da aplicação das diretrizes impostas pela Lei Anticorrupção e pelo *compliance* não somente nos contratos celebrados com a Administração Pública, como também nos contratos privados, especialmente, os empresariais.

Como bem advertem Henrico Cesar Tamiozzo e Marlene Kempfer, a corrupção, ao contrário do que muitos imaginam, não tem suas causas apenas no setor público. De fato, ela assola as estruturas estatais, mas é um “mau produto” dos mais diversos setores da sociedade, comumente encontrado no setor privado. Frise-se que a organização empresarial é um dos agentes mais dinâmicos da sociedade, e, portanto, não pode ficar

§ 1o As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2o A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3o A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4o Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

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

§ 6o (VETADO).

afastada das ações que giram em torno do duelo contra a corrupção²⁰⁸.

A criação de um ambiente ético nas relações comerciais permite compreender e implantar um processo de responsabilidade social empresarial. Este processo faz com que a empresa adquira consciência e responsabilidade de sua gestão nos campos econômico, social e ambiental e na cadeia completa de suas atividades, mantendo um permanente diálogo com todos os agentes interessados também conhecidos como *stakeholders*²⁰⁹.

De fato, os valores centrais que norteiam as regras de governança corporativa indicam a existência de um padrão comportamental apontado como ideal e necessário, dirigido aos membros da companhia, especialmente diretores e administradores: o dever de agir de acordo com a boa-fé. Assim, a boa-fé constitui-se como um padrão objetivo de comportamento, que deve nortear a conduta das partes envolvidas em uma relação negocial, aqui abrangidas desde as obrigações habituais até complexos contratos empresariais pactuados por multinacionais.

Neste sentido, a estruturação da boa-fé objetiva se pauta em parâmetros consolidados socialmente e abarcados pela tutela jurídica, e são capazes de ensejar consequências de toda ordem nas relações econômicas. Fala-se então no dever de agir com lealdade aos termos acordados, a fim de realizar a obrigação estabelecida sem frustrar a confiança despendida pela outra parte, ou seja, respeitando o dever de *compliance*.

Conforme sustenta Jorge Cesa Ferreira da Silva, a boa-fé expande as fontes de deveres obrigacionais, posicionando-se ao lado da vontade e dotando a obrigação de deveres orientados a interesses distintos dos vinculados estritamente ao cumprimento da prestação, tais como o não-surgimento de danos decorrentes da prestação realizada ou a concretização do melhor adimplemento. Nesse sentido:

A relação jurídica obrigacional passa a ser compreendida, assim, como entidade complexa, de sorte que o descumprimento de um de seus deveres possa afetar a eficácia de todo o conjunto.
Desta forma, há que se atentar para as hipóteses de

²⁰⁸ TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFFER, Marlene. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Florianópolis/SC, Ano 3, vol. 6, set-dez./2013. p. 170.

²⁰⁹ Ibid., p. 171.

inadimplemento dos deveres laterais, tais como deveres de informação e esclarecimento (...)

... o inadimplemento relativo aos deveres laterais não está albergado nos conceitos tradicionais. Há que se encontrar uma delimitação conceitual para esses casos, permitindo-se, assim, uma melhor sistematização das hipóteses de descumprimento obrigacional e uma melhor visualização do inadimplemento pelos operadores do direito.

Essa delimitação conceitual pode ser encontrada, nas fronteiras da família Romano-Germânica, no conceito de **violação positiva do contrato**, advindo da doutrina alemã e desenvolvido desde o início do século XX a partir da formulação inicial de HERMANN STAUB²¹⁰.

Por essa razão, entende-se que a boa-fé pode ser considerada uma importante ferramenta para a efetiva aplicação de determinada cláusula de *compliance* a ser instituída nos contratos empresariais, ou seja, na relação entre privados. Conforme já comentado acima, na esfera pública se estabeleceu de forma expressa que a implementação de *compliance* no âmbito da corporação deverá ser considerada para fins de aplicação de sanções. No entanto, os empresários que não estabelecem relações contratuais com o Poder Público normalmente não estão preocupados em instituir e respeitar cláusulas de *compliance* nos contratos empresariais, isso porque até o momento, não há qualquer imposição legal nesta seara.

Contudo, sustenta-se que o princípio da boa-fé e o já consolidado acolhimento tanto da doutrina quanto da jurisprudência ao instituto da violação positiva do contrato podem ser considerados importantes instrumentos para a efetiva aplicação e observância de cláusula de *compliance* a ser inserida nos contratos empresariais, colaborando de forma significativa com a efetivação da ética corporativa.

Mas em caso de não cumprimento de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais, poderia se requerer a resolução contratual? Ou o caso se resolveria em indenização por perdas e danos? O direito à resolução do contrato, prevista no artigo 475²¹¹ do Código Civil de 2002, apesar de ser uma alternativa para a parte lesada, deve ser utilizada em casos extremos.

A preferência por alternativas que não promovam a resolução do contrato foi expressamente manifestada pelo legislador brasileiro, que em

²¹⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e...** Op.cit., p. 270-271.

²¹¹ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

diversos dispositivos do Código Civil seu direcionamento para a execução específica das obrigações²¹². A execução específica deve ser entendida como medida prioritária, a ser afastada somente nas hipóteses em que já reste comprometida a função concretamente desempenhada pela relação contratual.²¹³

O princípio segundo o qual o adimplemento deve ser integral ganha nova leitura. Para tanto, conforme já comentado ao longo deste estudo, considera-se a obrigação como um processo, cujo objetivo principal é a satisfação do interesse do credor. Se o cumprimento revela-se tão próximo do final, a ponto de ser considerado substancial, não há que se falar em resolução do contrato. No entanto, permanece o direito de exigir o adimplemento acrescido de perdas e danos. Conforme bem pontua Rosalice Fidalgo Pinheiro: "... subtrai-se o exercício do direito de resolução do contrato da potestividade de seu titular: em atenção à boa-fé objetiva e à justiça contratual, ele resta paralisado diante do adimplemento substancial".²¹⁴

Ressalta-se ainda, que o dever de agir conforme a boa-fé independe da inclusão de cláusula expressa no contrato, e, portanto, sustenta-se, ainda, que mesmo nos casos de não previsão contratual, os deveres de *compliance* e, conseqüentemente, de boa-fé, permanecem. Conforme já comentado, agir conforme a boa-fé diz respeito à observância de deveres de lealdade e honestidade, que são cabíveis em qualquer relação obrigacional, independente de previsão expressa.

Além do princípio da boa-fé como instituidor de deveres acessórios de conduta, convém citar, a título de informação, uma iniciativa exemplar para implementação da ética corporativa: Cadastro Nacional de Empresas

²¹²

Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos.

Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.

Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.

²¹³ SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação..** Op.cit., p. 22

²¹⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé...** Op.cit., p. 344.

Comprometidas com a Ética e a Integridade (Cadastro Pró-Ética)²¹⁵, ação lançada em 9 de dezembro de 2010 por uma parceria realizada entre o Instituto Ethos e a Controladoria-Geral da União, que representa um marco inovador nas relações entre Estado, o setor privado e a sociedade. O objetivo do projeto é consolidar e divulgar nomes das empresas que adotam voluntariamente medidas reconhecidamente desejadas e necessárias para que se crie um ambiente de integridade e confiança nas relações público-privadas²¹⁶.

Como o cadastro não é obrigatório e não gera direitos, a empresa que adere ao cadastro acaba assumindo publicamente e de modo voluntário, perante o governo e a sociedade, de que adota medidas para prevenir e combater a corrupção, em favor da ética nos negócios. Desse modo, o ingresso da empresa em um ambiente sustentável exige da mesma a adoção de estratégias que a coloquem em posição paradigmática de ética empresarial. Para tanto, além de cumprir os deveres jurídicos, deve participar de uma rede em favor da sustentabilidade nas esferas econômica, ambiental e social²¹⁷.

Ressalta-se, no entanto, que embora o referido cadastro seja importante para assegurar a boa imagem da empresa, não pode ser considerado um dever jurídico, tal como o imposto pela boa-fé objetiva. Conforme já comentado ao longo deste estudo, a boa-fé objetiva impõe deveres jurídicos de conduta, que caso sejam violados configuram descumprimento parcial do contrato. Nesse contexto, diante da configuração da violação positiva do contrato, por não cumprimento da cláusula de *compliance*, algumas alternativas se apresentam: resolução do contrato (em casos extremos); possibilidade de exigir o adimplemento, quando possível, e/ou indenização por perdas e danos.

²¹⁵ O cadastro Pró-Ética visa ainda a conscientização das empresas para assumirem seu papel relevante na prevenção e enfrentamento à corrupção, em defesa de relações socialmente responsáveis (EMPRESA PRÓ-ÉTICA, 2013). A parceria surgiu pela necessidade de reação ao alto custo social, político e econômico gerado pela corrupção, e pago, de uma maneira ou de outra, pela população, pelos governos e pelas próprias empresas. A ação também trabalha no sentido de promover outras campanhas do gênero, como a Empresa Limpa e o Pacto Empresarial pela Integridade e contra a Corrupção, lançado em 2006 e assinado por mais de 500 empresas (PARCERIA CGU E ETHOS, 2013).

²¹⁶ TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. **O pacto global...** Op.cit., p. 175.

²¹⁷ Id.

Isto posto, é possível concluir que o combate à corrupção é dever de todos os membros da sociedade, incluindo o Poder Público e os particulares. O instituto do *compliance*, que já possui papel de destaque nas relações contratuais entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas, deve ser aplicado de forma cogente em todos os contratos entre privados, em especial, nos contratos empresariais, e a invocação da boa-fé objetiva e do instituto da violação positiva do contrato podem ser considerados relevantes instrumentos para sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo precípua do presente trabalho foi estabelecer algumas considerações acerca da contribuição da boa-fé objetiva e do instituto da violação positiva do contrato para a efetivação da cláusula de *compliance* nos contratos empresariais. O referido tema merece ser analisado em tempos de diversas notícias de escândalos de corrupção que assolam o país. Faz-se necessário debater o problema em todas as esferas, na tentativa de apresentar algumas soluções para a questão.

A corrupção possui um caráter multifacetado, uma vez que prejudica o meio ambiente, traz prejuízos à livre concorrência e aos consumidores, às finanças públicas e afeta, ainda, o comércio internacional, conforme já comentado ao longo deste estudo. Infelizmente, o fenômeno da corrupção no Brasil não é recente. O contexto histórico e cultural do Patrimonialismo, Coronelismo, e de desvirtuamento da Burocracia no Brasil, desde o período colonial, não é capaz de justificar, mas apenas explicar o fenômeno de corrupção instaurado no Brasil.

Ao longo dos anos surgiram diversas legislações que tratam da temática da corrupção, quais sejam: Decreto – Lei nº 2.848/1940 (Código Penal); Lei Federal nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); Lei Federal 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro); e a Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.420/2015.

Ao analisar as respectivas legislações é possível verificar que o foco principal do legislador pátrio é extinguir ou ao menos reduzir as práticas corruptivas praticadas pelos particulares contra a Administração Pública. No entanto, a referida prática não se constitui em exclusividade nas relações entre privados e o Poder Público. A corrupção é um fenômeno que atinge toda a sociedade, e pode ser praticada em qualquer tipo de relação, incluindo àquelas estabelecidas entre empresários, nos contratos empresariais. Os deveres de lealdade e de honestidade cabem em qualquer relação, seja esta de verticalidade, estabelecida entre a Administração Pública e os particulares,

seja entre os próprios particulares.

No entanto, é perceptível que os empresários apresentam resistência à implementação de programas de integridade na corporação, principalmente quando não estabelecem relações obrigacionais com o Poder Público. Segundo eles, tais programas trazem custos desnecessários para a empresa, e a implementação de cláusula de *compliance* nos contratos empresariais não trará qualquer benefício.

No entanto, em uma perspectiva de mercado solidarista, pautada pelos princípios da função social da propriedade, da empresa e do contrato não é possível admitir que as pessoas jurídicas se estabeleçam no mercado de forma isolada, distantes da realidade sócio-cultural a que estão inseridas. Embora o foco principal do empresário seja atingir o lucro, este não pode ser obtido a qualquer custo, violando deveres de lealdade e de honestidade, típicos de qualquer relação obrigacional.

Nesse contexto, procurou-se desenvolver ao longo deste estudo, a relação existente entre o princípio da boa-fé objetiva, e o instituto do *compliance*, e a possibilidade de invocação do referido princípio como forma de se estabelecer o *compliance* de forma cogente nos contratos empresariais.

Conforme se comentou ao longo do trabalho, a boa-fé objetiva possui diversas funções no Direito Brasileiro, mas a mais relevante para o objetivo que se pretende nesse estudo, é a função de fonte de deveres. Ao estabelecer padrões de lealdade e de honestidade nos contratos, a boa-fé objetiva prevê que para que o contrato seja integralmente cumprido, faz-se necessário respeitar os deveres acessórios de conduta, que não dizem respeito ao objeto central do contrato, mas que caso sejam violados, configuram a violação positiva do contrato, gerando dever de indenizar.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem o caráter cogente do princípio da boa-fé objetiva, e aplicam o instituto da violação positiva do contrato dele decorrente, como forma de indenização pelo descumprimento parcial do contrato. Portanto, esse raciocínio pode ser aplicado, ainda, nos casos de descumprimento de cláusula de *compliance* instituída nos contratos empresariais. A boa-fé objetiva atua, nos contratos empresariais, como fonte de deveres, impondo, portanto, o dever de

compliance.

O *compliance*, assim como a boa-fé objetiva, pode ser entendido como um instituto que obriga os particulares a agirem em conformidade com as normas internas preestabelecidas no âmbito da própria corporação, que também devem ser observadas nas relações com terceiros, sejam estes fornecedores, prestadores de serviço, ou até mesmo outras pessoas jurídicas, e também normas externas, instituídas pelos órgãos/entidades de controle.

Em resumo, tais normas referem-se a deveres de agir de forma ética, observando valores de honestidade e lealdade. Nesse contexto, percebe-se que a boa-fé objetiva pode ser considerada importante aliada na tentativa de tornar a cláusula de *compliance* cogente no âmbito dos contratos privados, em especial, os contratos empresariais. Assim, caso a referida cláusula seja violada, restar-se á configurado o descumprimento da obrigação, por constatação da violação positiva do contrato. Diante da configuração da violação positiva do contrato, por não cumprimento da cláusula de *compliance*, algumas alternativas se apresentam: resolução do contrato (em casos extremos); possibilidade de exigir o adimplemento, quando possível, e/ou indenização por perdas e danos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BIONDI, Pablo. **Capitalismo e direitos humanos de solidariedade:** elementos para uma crítica. Tese de doutorado. São Paulo. 2015, p.39- 40. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-31122015-103528/pt-br.php>>.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. **BUROCRACIA PÚBLICA E ESTADO NO BRASIL.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial.** v.1, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; ARAUJO, Alexandra Barbosa Campos de. **Compliance Concorrencial:** o controle e o combate às práticas ilícitas do mercado econômico. Revista Percurso- UNICURITIBA, v.4, n. 27. 2018. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2741>>

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Administração Pública Antifrágil.** Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 13. Separata de CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Ensaio avançado de controle interno:** profissionalização e responsividade. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, coronelismo, clientelismo:** uma discussão conceitual. Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciências Sociais. 1997.

Cartilha KPMG. **Entre a expectativa e a realidade:** A evolução de uma cultura de *Compliance* em países selecionados. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** vol. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Cartilha sobre a Cláusula Anticorrupção da ICC. 2012. Disponível em: <https://www.iccportugal.com/images/publicacoes/documentos_gratuitos/Responsabilidade_Corporativa_Anticorruptcao/Clausula_Anticorruptcao_2015.pdf>

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no Direito Privado:** critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **Comentários ao Novo Código Civil – Do Inadimplemento das Obrigações.** Volume V, Tomo II (Arts. 389 a 420). Forense, Rio de Janeiro: 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 1997.

_____. **Direito das Obrigações.** 2. v. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa. 1980.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder:** formação do patronato político brasileiro. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais:** teoria e aplicação. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a administração pública. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** Belo Horizonte, ano 15, n. 60.

GIOVANINI, Wagner. **Mecanismo de integridade ou arma para proteção?** In: *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção.* PAULA, Marco Aurélio

Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Função Social do Contrato e da Empresa: aspectos jurídicos da responsabilidade social empresarial nas relações de consumo**. Desenvolvimento em Questão, vol. 4, núm. 7, janeiro-junho, 2006, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, **Disponível em:** <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75240706>>

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 24. ed. Rio de Janeiro: José Olympio. 1992.

ISAGUIRRE, Katya. **A funcionalização da empresa na perspectiva do contrato e da propriedade**. Dissertação de mestrado. 2006. Disponível em: <<http://tede.unicuritiba.edu.br/dissertacoes/Katyalsaguirre.pdf>>

KIM, Shin Jae; MUZZI, Renata; FALCETTA, Giovanni; LONGO, Thaísa Toledo. **Compliance em Empresas Estatais. Padrões internacionais e legislação brasileira**. In: Compliance, Gestão de riscos e combate à corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LANIADO, Ruthy Nadia; BAIARDI, Amílcar. **A contribuição das redes na formação da cooperação internacional** – Um estudo de caso. Organ. Soc. vol.10 no.27 Salvador May/Aug. 2003.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/osoc/v10n27/04.pdf>>

MACHADO, DANIEL CARNEIRO. **O novo código civil brasileiro e a teoria de empresa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002) Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2901>>.

MATTA, Roberto da. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade**. In: Matos, Ana Carla Harmatiuk (org.) A construção dos novos direitos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

NASCIMENTO, Juliana Oliveira; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **A Lei Anticorrupção e o Princípio da Boa-fé Objetiva**: desafios da ética corporativa nos contratos empresariais. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS., Porto Alegre, n. 35, dez 2016.

NALIN, Paulo. **Do Contrato- Conceito Pós Moderno**: Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

_____ **Responsabilidade civil**: Descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial. Curitiba: Juruá, 1996.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____ **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

OLAVE, Maria Elena León; AMATO NETO, João. **Redes de cooperação produtiva**: uma estratégia de competitividade e sobrevivência para pequenas e médias empresas.
Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/gp/v8n3/v8n3a06.pdf>>.

PERLINGIERI, Pietro. **Mercado, solidariedade e direitos humanos**. In: O Direito Civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da Boa-fé nos Contratos**: O Percurso Teórico e sua Recepção no Direito Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.

POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º volume. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ **A função social da empresa no Estado de Direito**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], dez. 1979. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8835/6145>>.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C.Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **LIBERDADE(S) E FUNÇÃO: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro**. Tese de doutorado. Curitiba: 2009, p. 293. Disponível em: <<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19174/?sequence=1>>

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. 2ª tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

STJ. Resp. 95539/SP 1996/0030416-5. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 03/09/96. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600304165&dt_publicacao=14/10/1996>

STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 262.823/ MT Relatora: Ministra Maria Isabel Galotti. Data do Julgamento: 26/05/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=262823&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true_> Acesso em: 03/02/2019.

STJ, Resp 1622608/RS, T3- Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Data do Julgamento: 11/12/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acesso em: 02/02/2019.

SCHREIBER, Anderson. **A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras**. Disponível em: <http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/A_Triplice_Transformacao_do_Adimplemento.pdf>.

SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TAMIOZZO, Henrico César; KEMPFER, Marlene. **O pacto global de responsabilidade social empresarial e a contribuição normativa brasileira para o combate à corrupção no domínio econômico.** In: Revista de Direito Brasileira. Brazilian Journal of Law. Florianópolis/SC, Ano 3, vol. 6, set-dez./2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.** Revista da EMERJ, v.6, n. 23, 2003. p. 149-150. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_139.pdf>.

TJ/SP. Desembargadores: Xavier de Toledo, A. França, Meirelles Reis e Rodrigues Sette. Julgado em: 13/12/1913.

TJ/RS. Ap. cível 589073956. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.

TJ/PR. Ap. cível 21.951-2. Relator: Desembargador Francisco José Ferreira Muniz. Curitiba, 11 de out. 1994. Disponível em: <<http://200.238.21/scripts/mgwms32dll>>

TJ/RS, Ap.cível 70012118220/2005. Relatora: Desembargadora Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em: 24/08/2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70012118220&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 02/02/2019.

VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VELLOSO, Leandro. **O Compliance e as Contratações Públicas – A Nova Modalidade Pública da Lei Anticorrupção – Solução ou Farsa?** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leandro-velloso/o-compliance-e-as-contratacoes-publicas-a-nova-moralidade-publica-da-lei-anticorruptao-lei-1284613-solucao-ou-farsa>>.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Ensaio de Sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

ZENKNER, Marcelo. **O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios**. In: *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.), Belo Horizonte: Fórum, 2018.