

AS REGRAS DE CONFORMIDADE COMO INTANGÍVEL CONTRATUAL

Raphael Boëchat Alves Machado

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – BH/MG.

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – BH/MG.

Professor de Direito em Cursos de Graduação.

Advogado em Belo Horizonte/MG, associado da banca “JBL Advocacia e Consultoria”.

Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/MG.

Fernanda Araújo C. M. Nogueira

Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Lisboa, Portugal.

Advogada em Belo Horizonte/MG, associado da banca “JBL Advocacia e Consultoria”.

Membro da Comissão de Estudos Permanentes sobre Compliance da OAB/MG

RESUMO

Este trabalho analisa se as regras de conformidade podem, sob a ótica da análise econômica do direito, serem consideradas como intangíveis contratuais, significando um acréscimo valorativo a sua inserção nos contratos. Assim, a partir da estruturação da influência das regras de conformidade e do mecanismo de incentivos e desestímulos implementados pela legislação ao agente econômico, buscar-se-á estabelecer, a partir da ordem econômica constitucional, a eficiência ou não da inserção destas cláusulas nos contratos.

Palavras Chave: Conformidade; Contratos; Intangível.

1 INTRODUÇÃO

O direito contratual tem sofrido um recrudescimento em seu modelo interpretativo, fato este atrelado às influências ou irritações que o texto Constitucional impõe ao ordenamento jurídico como um todo.

Ainda que o Código Civil seja o centro normativo do ordenamento jurídico privado, e disto não há dúvida, também é verdade que esta centralidade passa a sofrer novas influências, impondo-se, porque não, uma nova contratualidade.

As discussões sobre a funcionalização do direito civil e a vinculação aos elementos standardizados de conduta, como a boa-fé objetiva e seus desdobramentos, ou mesmo sobre a função social dos contratos, trazem a reboque novos elementos para a análise do direito contratual, superando-se as imposições meramente individualistas ou disponíveis deste ramo do direito privado.

A partir desta nova concepção do direito privado, agora lido sob o manto da pós-modernidade, novos elementos se destacam na elaboração e implementação dos acordos particulares.

Além de obedecerem a estas normas cogentes, os agentes de mercado também estão atentos as repercussões negativas e responsabilidades ao descumprimento de mandamentos legais, institucionalizando assim regras morais e legais de conduta, como respeito ao meio ambiente, às regras trabalhistas e ao sistema anticorrupção.

Mas, além deste aspecto endógeno, as regras desta conformidade, também chamada de *compliance*, passam a ser exigidas e valorizadas dos parceiros comerciais, podendo-se afirmar que o empresário que as possui assegura relevante valor intangível.

Logo, será objeto deste trabalho investigar sobre o sistema de conformidade e de como este, ao ser agregado ao contrato, garante um valor intangível aos agentes de mercado, impondo-se a moralidade como elemento vinculativo aos negócios celebrados.

2 INTERCESSÕES ENTRE A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO PRIVADO

O mercado é o lugar em que as trocas entre produtores e consumidores se operam. O contexto social formado entre aqueles que produzem bens e serviços e os que demandam o resultado daquela oferta, independentemente de um local geográfico, é o que se denomina mercado. Os ofertantes procuram naturalmente superar uns aos outros buscando inovar sempre, pela qualidade de seus produtos e por preços convidativos.

E, a formalização destas trocas é instrumentalizada em contratos das mais variadas formas e espécies.

A interpretação lógica do direito contratual é legalmente adstrita a três elementos básicos: (i) objeto lícito, (ii) partes capazes e (iii) forma prescrita ou não defesa em lei. Com este mandamento nuclear contido no artigo 104 do Código Civil, as partes contratantes possuem, por hipótese, uma larga margem de manobra para elaborar seus acordos comerciais.

Não obstante, reconhece-se o valor e a vinculação das partes aos dispositivos mínimos e obrigatório contratuais, como a título de exemplo às regras básicas de um contrato social, ou mesmo de respeito aos dispositivos legais contidos em outros ordenamentos jurídicos, como o trabalhista, ambiental e de proteção do consumidor.

Superando verticalmente o ambiente normativo preenchido pelo código civil, as disposições imperativas da Constituição da República, *higher law*, garantem homogenia a todo o ordenamento jurídico, impondo a todos a sua observância, é também o que afirma César Fiúza e Emanuel Adilson Marques: “Enfim e por tudo, mesmo com o Código Civil de 2002, continua sendo imperativo que as normas do Direito Civil sejam lidas à luz da Constituição, a fim de que se promova a justiça social e a dignidade humana” (Fiúza, 2006, p. 710)

É necessário enxergar o texto da Constituição (matéria) pelos olhos da hermenêutica em juízo agudo interpretativo, compreendendo, sistemicamente, o histórico da evolução constitucional e o campo atuante de cada palavra, cita-se:

Se for verdade que um texto nada diz a quem não entende já alguma coisa daquilo que ele trata; se também foi verdade que ele só responde a quem o interroga corretamente, então parece lícito considerar que uma pergunta bem feita já representa mais de meio caminho para se chegar à resposta procurada. Refazer a pergunta sobre os problemas sociais que ensejam determinada resposta normativa é, portanto, um recurso hermenêutico a mais, que não deve ser desprezado, sobretudo quando precisamos descobrir o sentido dos textos reputados enigmáticos. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 62).

Neste aspecto, destaca-se a obra de Konrad Hesse (1991), A força normativa da Constituição:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral,

que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p.4).

A Constituição escapa do mero campo abstrato do dever ser, da utopia, para impor, materialmente, seus enunciados frente ao ordenamento jurídico, de modo que a leitura será feita verticalmente, apta em exilar ao ostracismo aquela norma inferior tida por inconstitucional.

Da mesma maneira, o enunciado Constitucional correlaciona-se com o tempo, unindo em um só horizonte os artigos e princípios positivados pelos constituintes e a necessidade coletiva e social da atualidade, adequando-se, contemporizando-se aqueles postulados. E, da mesma forma, representa um sistema, de modo a ser lida inteiriça, sem destaques ou menosprezos, mas como una e indivisível, adequando em iguais espaços os anseios sociais, culturais, econômicos, políticos e de segurança.

O texto constitucional reservou à Ordem Econômica um título específico, regulamentando entre os artigos 170 a 192 as diversas formas de intervenção e controle do Estado sobre o domínio econômico, matéria esta que é reservada ao estudo do Direito Econômico:

O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos. (FONSECA, 2015, p.8)

Interpretando sobre o caput do art. 170 da Constituição, cita-se Eros Roberto Grau (2014):

Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. (GRAU, 2014, p. 1793).

Leonardo Vizeu Figueiredo(2013), ao se referir ao conceito de Ordem Econômica, tem o mesmo sentido de Eros Roberto Grau e assim a divide:

[...] a Ordem Econômica, consoante o tratamento que lhe foi dado pelo legislador constituinte de outubro de 1988, assim duas vertentes conceituais, uma ampla e uma estrita:

a)Ampla: parcela de ordem de fato, inerente ao mundo do ser. Isto é tratamento jurídico dispensado para disciplinar as relações

jurídicas decorrente do exercício de atividades econômicas. É a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia.

b)Estrita: parcela da ordem de direito, inerente ao mundo do dever-ser. Isto é o tratamento jurídico dispensado para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos no mercado. É a regulação jurídica do ciclo econômico (produção, circulação e consumo). (FIGUEIREDO, 2013, p.39).

É essencial para a higidez do mercado que haja um aparelhamento estatal forte e operável, o qual reduza os incentivos para as colusões e imponha práticas eficazes e eficientes de desestímulo a tal conduta.

É esta também a opinião de Paula Forgioni:

Com isto não estamos a dizer que a Constituição do Brasil persiga um modelo de mercado apartado da livre iniciativa e da livre concorrência- muito ao contrário. Apenas devemos ter em mente que os princípios insculpidos no art. 170 e todas as regras que neles se embasam prestam-se, sempre, a perseguir um fim maior e, portanto, nunca podem ser tomados em consideração do sistema ao que pertencem e que, ao mesmo tempo, ajudam a conformar, é imperativa a interpretação sistemática de todos os princípios constitucionais. (FORGIONI, P. 154, 2005).

Desta forma, a luz dos mandamentos constitucionais, as regras impostas nos princípios que regem a ordem econômica, como o meio ambiente, função social da propriedade e direitos do consumidor, além dos direitos trabalhistas, impõem comportamentos restritivos aos agentes de mercado, sendo, por isto, objeto de intercessão na autonomia prevista no código civil, em especial na matéria contratual.

3 AS REGRAS DE CONFORMIDADE

O termo *compliance* é oriundo do verbo *to comply* que significa obedecer, denotando assim a ação conforme as regras, nascendo daí o dever de toda a estrutura organizacional, desde o “chão da fábrica” aos diretores, observar políticas institucionalizadas conforme a regra e a moral, prevenindo e punindo qualquer prática lesiva aos padrões estabelecidos. No Brasil, adota-se a expressão “conformidade” para significar a submissão e concordância com as regras de comportamento impostas pelo ordenamento jurídico.

As regras de conformidade possuem um já conhecido histórico legislativo nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha, por meio, respectivamente, do *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act of 1977* e *Bribery Act 2010*.

O FCPA impõe às pessoas físicas e jurídicas por ele atingidas a proibição da prática de atos de corrupção ou pagamento de propinas que atinjam ou beneficiem membros da Administração Pública de países estrangeiros.

Embora, na época, a prática não fosse totalmente repelida, a opinião pública norte-americana manifestou-se fortemente para que as empresas americanas deixassem de ser fomentadoras da corrupção no âmbito internacional, influenciada pela forte repercussão desses atos pela imprensa americana.

Diante de sucessivos casos de escândalos envolvendo o pagamento de propina a agentes públicos estrangeiros e ante o clamor popular, os EUA se viram compelidos a editar o FCPA.

É importante notar que o FCPA derivou do entendimento de que a atuação corrupta desvirtua e desequilibra o mercado, pois o pagamento de propina a um agente público viola as bases do regime capitalista.

Assim, o FCPA surge, não só para dar eticidade à conduta das empresas mas, principalmente, para garantir a sustentabilidade do sistema capitalista.

Chama a atenção que o FCPA basicamente tratou do *compliance* como forma de combate à corrupção, estabelecendo que:

(a) Prohibition

It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to(...) 15 U.S. Code § 78dd-2 - Prohibited foreign trade practices by domestic concerns

Mas foi na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – que os EUA encontraram o alento à sua causa e, finalmente, em 1997, foi promulgada a Convenção da OCDE sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.

A referida Convenção determina que os países signatários devam criminalizar a conduta de corromper agentes públicos estrangeiros e, no campo da responsabilização das pessoas jurídicas, impondo que cada Parte tome todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos. E, para aqueles ordenamentos cuja responsabilização penal da pessoa jurídica não é admitida, esta deverá ser submetida às sanções compatíveis com os princípios jurídicos adotados pelo país membro, devendo ficar assegurado que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas contra a corrupção de funcionário público estrangeiro.

A partir de então, temos vivenciado sistemático avanço na legislação anticorrupção mundial, inclusive com a edição do *UK Bribery Act*, em 2010, pela Grã-Bretanha, que entrou em vigor em 1º de julho de 2011.

O *Bribery Act* inova em relação aos estatutos legais anteriores sobretudo porque trata da falha da pessoa jurídica em prevenir os atos de corrupção e propina como sendo uma conduta passível de criminalização. Por outro lado, caso a organização consiga comprovar a adoção de procedimentos efetivos de mitigação da corrupção (os chamados Programas de *Compliance*), poderá se ver livre das sanções impostas pela norma.

Assim, o *UK Bribery Act* vem incentivando outros diplomas a adotarem como meio de minoração (ou até exclusão) de penalidade das pessoas jurídicas a comprovação da implementação efetiva de Programas de Integridade para mitigação de atos de corrupção.

No Brasil, a Lei 12.846/13 foi além do combate à corrupção para determinar que:

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:

E, como mecanismo a atenuar a penalidade para estas condutas não desejadas pela norma, a própria Lei 12.846/13 leva em consideração a existência de programas de integridade, o qual foi devidamente regulamentado pelo Decreto nº8.420, de 18 de março de 2015, como:

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. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

O texto do Decreto regulamentador aborda questões como a fórmula de cálculo das multas aplicáveis em caso de responsabilização, estabelece regras para a elaboração dos acordos de leniência e disciplina o funcionamento e parâmetros de avaliação dos programas de *compliance*.

O Decreto cuida ainda do cadastro nacional de empresas punidas com base na Lei n. 12.846/13 e dos poderes da Controladoria Geral da Uniãoⁱ (CGU) na instauração, apuração e julgamento de atos lesivos à administração pública nacional e estrangeira.

E, o termo ganha relevo no ambiente mercadológico quando a lei prevê a punição ao agente de mercado quando seus parceiros forem condenados pelas penalidades previstas na lei anticorrupção, é o que asseveram Bottini e Tamasaukas:

A aplicação das sanções não exige a intenção da corporação ou de seus dirigentes em corromper ou a demonstração de sua desídia em relação a atos deste gênero que eventualmente ocorram. Basta que se constate que um funcionário, parceiro, contratado, consorciado tenha oferecido ou pago vantagem indevida a servidor público (ou praticado qualquer dos atos previstos em seus dispositivos), e a instituição será penalizada, desde que beneficiada direta ou indiretamente pelo comportamento ilícito. Dessa forma, se uma corporação contrata um terceiro para obtenção de licença pública para determinada atividade, e este usa de propina para obter o documento, ambos serão punidos, contratante e contratado. A responsabilidade é automática, objetiva. (2014, p. 1)

Desta forma, como um verdadeiro mecanismo de incentivo, a legislação brasileira cuidou de regulamentar o programa de conformidade – *compliance* –, como atenuante à aplicação de sanções, o que, lado outro, denota o estabelecimento de mecanismos de desestímulos e punições àqueles que consentem ou se relacionam com parceiros incautos.

4 OS INCENTIVOS E DESESTÍMULOS COMO ELEMENTO DOS CUSTOS CONTRATUAIS

A concepção do sistema de incentivo e desestímulos é bem compreendida pelo legislador, tanto é assim que há uma fina simetria entre conduta indesejada e pena, assim como conduta desejada e incentivo, garantindo-se assim, com base na racionalidade, que o agente de mercado produzirá aquilo que é valorizado pela normaⁱⁱ.

Da mesma maneira, os agentes de mercado são movidos por estas regras, na medida em que o objetivo do empreendedor é a obtenção do lucro e o do consumidor é adquirir o produto ou o serviço, sendo ambos movidos pela escassez e racionalidade.

A escassez lida com o conceito da finitude dos recursos, enquanto a racionalidade lida com a praxiologia, que é a alteração de um estado de insatisfação para um de satisfação. As tensões destes polos estarão formalizadas em contratos.

E, na pesquisa para a celebração destes contratos, tanto os consumidores como os empreendedores buscarão a eficiência, reduzindo-se os custos para a satisfação daquele interesse, como a aquisição de marcas já conhecidas no mercado pelo consumidor e na elaboração de modelos contratuais estandardizados pelos empreendedores.

E nessa fina balança contratual, o legislador tem papel decisivo, pois sob a ótica econômica dos custos, aloca-se para os fornecedores obrigações legais que garantem aos competidores de mercado um mesmo patamar de competição.

Ainda que pela hermenêutica os direitos dos consumidores, as obrigações trabalhistas e o meio ambiente sejam vistos como princípios e daí emanando toda uma arquitetura ontológica de interpretação e regência, sob a ótica competitiva de mercado, estes princípios são custos inerentes à formação do preço, daí haver uma garantia de competição justa entre os agentes.

Logo, a concepção e industrialização de um produto, por exemplo, deverá respeitar as normas de fabricação, o meio ambiente e os direitos dos trabalhadores, o que é um custo para o agente de mercado, repassado (ou não integralmente) para o consumidor no preço e, tal fato, garante uma competição igualitária entre estes agentes, quando possuem custos legais iguais.

Este sentido de agir empresarial está impregnado em toda a sociedade, e não somente nos ‘empresários’ⁱⁱⁱ. Quando um empregado decide mudar de posto de trabalho, ele está empreendendo, assim como uma pessoa larga a iniciativa privada para prestar um concurso público, pois tais condutas são maximizadoras de riqueza e buscam um melhor estado de satisfação pessoal^{iv}.

Neste aspecto, para que surja e se solidifique a atividade econômica organizada dos fatores de produção que vise à prestação de serviço ou fabricação de produtos, é necessária a criação pelo Estado de um ambiente minimamente favorável, com os riscos inerentes ao mercado e que tragam ao empreendedor o maior grau de certeza possível sobre os desígnios da política monetária^v.

É comum, após ou durante o momento de uma crise econômica, o Governo de momento inundar o mercado de dinheiro, na expectativa que a ampla disponibilidade deste abaixe o valor do crédito, favorecendo uma tomada de empréstimos e o reaquecimento da economia.

Como os agentes de mercado somente conseguem alterar os custos legais por meio de hipóteses legais, *e.g.* a redução de uma carga tributária por um novo enquadramento, a atenção e busca pela eficiência foca em custos operacionais que, de fato, podem ser amplamente reduzidos pelas ferramentas de gestão.

E, neste aspecto o direito contratual surge como relevante instrumento de alocação e redução destes custos, quando a existência de uma redação clara e padrões reconhecidamente dentro da lei afastam contingências judiciais e administrativas, servindo de elemento incentivador à celebração dos contratos.

E, dentro destes mecanismos de incentivos pode-se destacar as regras de conformidade – *compliance*-, que serão vistas no ambiente mercadológico como catalizadores para a celebração dos contratos, estando garantida a institucionalização de padrões legais e éticos por aquele empreendedor.

5 BENS, COISAS E PATRIMÔNIO – O INTANGÍVEL

É comum, até pelo uso corriqueiro das expressões, que os termos *bens*, *coisas* e *patrimônio* sejam utilizados de maneira atécnica, ou mesmo como sinônimos, quando, de fato, não o são.

Os bens podem ser definidos a partir de sua utilidade para as pessoas, recebendo, por isto, uma conotação jurídica.

Neste contexto, as coisas estão inseridas no conceito de bens, mas não os encerra, já que para ser coisa, aquele bem deve ser economicamente mensurável, deve possuir subordinação jurídica a uma pessoa e ainda ser passível de gestão econômica.

Já o patrimônio será o conjunto de obrigações e direitos de uma pessoa suscetível à avaliação econômica, citando-se a doutrina de César Fiúza (2007, p.183)

Coisa, para o Direito, é todo bem econômico, dotado de existência autônoma, capaz de ser subordinada ao domínio das pessoas.

Conclui-se que coisa, neste sentido, é sinônimo de bem. Mas nem todo bem será coisa. Assim, não são coisas os bens chamados jurídicos, como a vida, a liberdade, a saúde, etc.

Conceituando-se então os bens, estes podem ser subdivididos e classificados conforme as suas características jurídicas ou fáticas comuns, a partir de critérios pré-estabelecidos, como mobilidade ou não, comerciabilidade ou não, perecibilidade, e tantas outras existentes no Código Civil.

Para fins deste trabalho, importa avaliar o chamado bem intangível que na doutrina de Celso Barbi Filho é conceituado como:

[...] penso ser preciso distinguirem-se os bens imateriais, ou incorpóreos, daqueles chamados intangíveis. Os primeiros são os itens do patrimônio que não têm representação física material. É o caso das marcas e patentes, softwares, concessões, título do estabelecimento, direito à renovação locatícia, etc. Tratam-se de elementos que, embora sem corporificação física, admitem, ao menos em tese, avaliação e alienação individualizadas, sem prejuízo da continuação da empresa. Já os intangíveis são os valores que decorrem do efetivo uso conjunto do patrimônio empresarial para a atividade produtiva, ensejando um mais-valia na expressão financeira do acervo social. [...] bens intangíveis não se confundem com incorpóreos. Estes são elementos imateriais do patrimônio social que admitem avaliação e alienação individualizadas, como acima citado (marcas, patentes, softwares, sinais de propaganda, etc.) Já os intangíveis são valores que resultam do uso conjunto de determinados bens, corpóreos e incorpóreos, no funcionamento da empresa e que, portanto, só existem nessa situação. A doutrina tradicional não reconhece essa distinção. (BARBI FILHO, 2004, p. 487;489).

Ao se adequar então o conceito de patrimônio, bens e coisas, pode-se perceber que os bens intangíveis, apesar de não possuírem estritamente um valor econômico, integram o patrimônio do agente de mercado quando atrai um sobrevalor ao exercício da empresa.

A partir do conceito de empresário previsto no Código Civil, pode-se seguramente atestar que este é o sujeito, pessoa física ou jurídica, que exerce a empresa, entendida esta como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

A universalidade de bens e direitos organizada pelo empresário para o exercício da empresa é o estabelecimento, havendo neste a existência de bens corpóreos como o imóvel e bens incorpóreos, exemplificados na marca ou no ponto comercial, assim conceituado por Marcelo A. Féres:

A organização cria, assim, qualidades específicas para o todo da universalidade, diferentes daquelas dos elementos singularmente considerados. Nesse contexto, nasce a idéia de aviamento, que pode

ser compreendido como o sobre valor decorrente da atividade de organização do empresário. (FÉRES, 2007, p. 33).

A empresa ao ser analisada sob seu aspecto dinâmico representará uma convergência de feixes de transações estabelecidas entre o núcleo empresarial e os diversos agentes que a cercam, destacando-se consumidores, fornecedores, empregados. Trata-se de verdadeiros *corpos* ou *satélites* a gravitarem ao redor de um núcleo maciço, cita-se Eduardo Goulart Pimenta:

O Direito da Empresa se mostra, então, como um campo particularmente fértil para o emprego e desenvolvimento da análise econômica do direito. A empresa é, tanto para a Economia quanto para o Direito, um fenômeno que está longe de encontrar uma única apreensão. Ao contrário, a empresa se revela, tanto aos economistas quanto - e talvez principalmente - aos juristas, um fenômeno essencialmente poliédrico, ou seja, apto a ser observado e analisado sob diferentes pontos de vista conforme o aspecto dela ao qual se dê maior relevância sem que, entretanto, uma aproximação seja necessariamente incompatível com outras. (PIMENTA, 2010, p. 17)

O estabelecimento de mecanismos de repressão e desestímulos àqueles que sejam incautos (ou dolosos) ao exercerem a atividade econômica assegura que a institucionalização de *guidelines* voltados para a conformidade e ainda para a integridade agreguem valor ao patrimônio empresarial, passando a ser visto como um bem intangível do estabelecimento.

6 A MORALIDADE E O MERCADO

A moralidade, enquanto princípio, encontra-se vinculativa somente para a Administração Pública^{vi}, não havendo na legislação específica qualquer definição ou mesmo imposição de tais regras aos agentes de mercado, destacando-se que:

Uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição do sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas.” (BARROSO, 2009, p. 270-271).

Apesar disto, não se pode perder de vista, os inúmeros esforços que são feitos por agentes controladores e até mesmo pelo legislador, em determinado nicho, como forma de preservar a integridade, a cooperação e a confiança entre os agentes, o que muitas vezes é institucionalizada pela Governança Corporativa, arremata Rachel Sztajn (2013):

Em governança corporativa, ou *corporate governance*, enfatizam-se regras de transparência na prestação de informações e *accountability*. Respeito as normas contábeis e ao princípio de *comply or explain* (se não fizer, explique porque ou responda pelos resultados) promove práticas administrativas mais transparentes, melhor formulação de políticas gerenciais e adoção de medidas

administrativas de incentivos que tentam reduzir os custos de monitoramento. (STAZJN, 2013, p. 223)

É comum então que haja a potencialidade de tais regras em ambiente estruturados como o mercado acionário^{vii}, onde a simetria informacional é imperativa de lei e todos seguem padrões mínimos de Governança Corporativa.

Mas, fora destes nichos específicos, o mercado não exige, muitas vezes, que os fornecedores ou contratantes possuam rígidos mecanismos de controle interno institucionalizados, havendo muitas normas absorvido um conteúdo de moralidade como forma de impor aos agentes comportamentos iguais ou socialmente desejáveis, cita-se Paulo Nader (2009):

É comum dizer-se que o Direito está mais nos princípios do que nas leis. É que neles se acham concentradas as ideias diretoras dos sistemas jurídicos. Quem pretende assimilar a cultura jurídica há de cultivá-los, pois é a partir deles que se elaboram teorias e códigos. Há princípios de natureza estritamente jurídica e há outros, não-jurídicos, consagrados pelos ordenamentos como os pertinentes à moralidade. Embora se fundamentem na razão – estão impregnados de racionalidade – tais princípios são alcançados pela via da experiência. Pode-se dizer que o Direito são princípios e derivações de princípios. Estas se apresentam em distintas normas que se estendem amplamente, dando fisionomia e índole aos sistemas. O direito à vida é princípio; a norma criminalizadora do aborto é derivação. O elo entre os princípios e as derivações é o que existe entre abstração e concretude. (NADER, 2009, p. 82).

A partir da constatação de que a conformidade é ora vista como bem intangível, por uma lógica racional e praxiológica anteriormente fixada, pode-se perceber que a existência deste controle interno pelos agentes de mercado passará a ser cada vez mais exigida e cumprida, senão por valores de conduta internos de cada um, como no caráter, mas por aspecto mercadológico.

A partir de um sistema legislativo que premia a conformidade – não só dentro da empresa, mas entre ela e os seus parceiros e interlocutores –, vivencia-se, hoje, a cultura da boa governança e da Integridade, na qual o próprio mercado exige a efetivação e a comprovação de ações probas na condução da atividade empresarial.

Pode-se assim entender que há uma nova realidade contratual, a qual ultrapassa as imposições da boa-fé objetiva e seus desdobramentos, ou mesmo a mera subserviência à legislação correlata, a institucionalização de valores éticos e, principalmente, a assertividade da implementação e controle destes, são ora caracterizados como bens intangíveis do patrimônio, despertando, a partir disto, uma nova concepção contratual e de gestão.

7 CONCLUSÃO

O trabalho se propôs a investigar se a conformidade, também chamada de *compliance* pode ser vista como um intangível contratual, agregando um valor, ainda que economicamente não mensurável àqueles que a praticam.

Buscou-se, a partir disto, estabelecer uma evolução na doutrina contratual, com um corte epistemológico nas intercessões entre a Constituição da República e o Código Civil, estabelecendo que mesmo aquela sendo o centro do ordenamento jurídico, este ainda continua a reger o sistema jurídico privado, mas que esta autonomia não lhe garante independência ao sistema constitucional.

A partir da análise do termo *compliance* e de sua legislação comparada, percebeu-se que as normas pátrias deram a este uma abrangência maior, incorporando dentro dos planos de integridade diversas práticas entendidas como indesejadas, e não somente estabelecendo uma política anticorrupção.

E, neste sentido, ao se analisar os mecanismos de incentivo e desestímulos aplicados pela norma, concebeu-se que o estabelecimento de novos padrões de integridade garantem um sobrevalor ao estabelecimento, podendo ser enquadrados como bens intangíveis.

Por fim, a partir da análise do mercado de valores imobiliários, onde é comum a existência de padrões de governança e regras de eticidade mais robustas, entende-se que o sistema de integridade pode ser analisado sob a mesma ótica, garantindo àquele que o incorpora um sobrevalor e segurança perante os *stakeholders*.

Feito isto, a análise do *compliance* e da integridade como bens intangíveis conclui na assertiva do sobrevalor deste nos contratos celebrados pelos agentes de mercado que possuem tais planos institucionalizados e efetivamente implementados.

8. BIBLIOGRAFIA:

BARROSO, Luis Roberto. **Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse publico**. 2ª tiragem. Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2007.

BARBI FILHO, Celso. **Dissolução parcial de sociedades limitadas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 487;489.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 maio. 2015.

CARVALHO, Tomás Lima de. **Fundo de Investimento Imobiliário: análise jurídica e econômica**. 2015. Arraes Editores, Belo Horizonte.

E.U.A. U.S. Code, Title 15, Chapter 2B, § 78 dd-2, disponível em Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/78dd-2>, Acesso em 01 agosto. 2016.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial: trespasse e efeitos obrigacionais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 6ed. Rio de Janeiro Forense 2013.

FIÚZA, César. **Direito Civil** – curso completo, 10 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIÚZA, César e MARQUES, Emanuel Adilson. **Constitucionalização do Direito das Obrigações**. In Constituição e Crise Política José Adércio Leite Sampaio (Org.). Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 2005. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 1991

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NASCIMENTO, Mellilo Dinis do (Org.). **Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei nº 12.846/13**. 1ª reimp. Belo Horizonte: Forum, 2014.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio; RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**. São Paulo: Editora Campus Jurídico. 2010

STAZJN, Rachel. **Direito Societário e Informação**. Castro, Rodrigo Rocha Monteiro de; Warde Júnior, Walfrido Jorge; Guerreiro< Carolina Dias Tavares (Coord.). **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013

ⁱ A Controladoria Geral da União foi extinta através da Medida Provisória 726, de 12 de maio de 2016, tendo sido as suas competências transferidas para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, conforme disposto no mesmo diploma legal.

ⁱⁱ O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. GICO Jr., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010.

ⁱⁱⁱ Expressão utilizada em sua conotação vulgar, com a finalidade de conceituar empreendedores ou sócios.

^{iv} Cita-se EROS ROBERTO GRAU (Comentários à Constituição do Brasil, 2014, p. 1793): Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela

só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro – o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado.

^v Na mesma linha, cita-se Fernando Herren Aguilar, *Direito Econômico*, pág. 266, 2012, atlas: “O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última”.

^{vi} Artigo 37, *caput*, CR/88.

^{vii} O Mercado de Valores Mobiliários pode ser entendido como a estrutura econômica de negócios que mais se aproxima da concorrência e informação perfeitas, uma vez que, regra geral, as informações pertinentes devem ser publicamente ofertadas, possuindo, assim, os investidores igual disponibilidade informacional para racionalmente executar a opção de investimento, assumindo, portanto, conscientemente os riscos. Desse modo, ao se analisar a disponibilidade de informações no mercado, estar-se-ia verificando a oscilação de preços no mercado. (CARVALHO, 2014, p. 85).