

ORGANIZADORES

José Everton da Silva
Fernanda Sell de Souto Goulart
Jaqueline Moretti Quintero

COLEÇÃO

DIÁLOGOS ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA
E A CONTEMPORANEIDADE

- VOLUME II -
CONFLITOS E PROCESSO

AUTORES

Alef Alexandre da Silva
Alexandre dos Santos Priess
Ana Flávia Müller Camargo
Ana Regina Foiatto
Beatriz Oliveira Iaquito
Helena Liebl
Jaqueline Cristina de Fátima Okubo
Kevin de Carvalho Rozza
Leonardo Pinheiro Samarão
Maria Fernanda Espíndola
Pedro Adolfo Savoldi
Raphaela Regina Desconsi
Roberto Epifanio Tomaz
Rômulo Piske
Tarcísio Vilton Meneghetti
Wilson Deschamps Soares



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



2019

ORGANIZADORES

José Everton da Silva
Fernanda Sell de Souto Goulart
Jaqueline Moretti Quintero

COLEÇÃO
DIÁLOGOS ENTRE A CIÊNCIA JURÍDICA
E A CONTEMPORANEIDADE

CONFLITOS E PROCESSO

AUTORES

Alef Alexandre da Silva
Alexandre dos Santos Priess
Ana Flávia Müller Camargo
Ana Regina Foiatto
Beatriz Oliveira Iaquinto
Helena Liebl
Jaqueline Cristina De Fátima Okubo
Kevin de Carvalho Rozza
Leonardo Pinheiro Samarão
Maria Fernanda Espíndola
Pedro Adolfo Savoldi
Raphaela Regina Desconsi
Roberto Epifanio Tomaz
Rômulo Piske
Tarcísio Vilton Meneghetti
Wilson Deschamps Soares



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA**



**Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante**



2019

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento Institucional

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários

José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Rogério Corrêa

Organizadores

José Everton da Silva

Fernanda Sell de Souto Goulart

Jaqueline Moretti Quintero

Autores

Alef Alexandre da Silva

Alexandre dos Santos Priess

Ana Flávia Müller Camargo

Ana Regina Foiatto

Beatriz Oliveira Iaquito

Helena Liebl

Jaqueline Cristina De Fátima Okubo

Kevin de Carvalho Rozza

Leonardo Pinheiro Samarão

Maria Fernanda Espíndola

Pedro Adolfo Savoldi

Raphaella Regina Desconsi

Roberto Epifanio Tomaz

Rômulo Piske

Tarcísio Vilton Meneghetti

Wilson Deschamps Soares

Diagramação

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

MSc Eliana Camargo Moreira Utzig

Capa

Alexandre Zarske de Mello

FICHA CATALOGRÁFICA**Comitê Editorial E-books/PPCJ****Presidente**

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez (UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (IMED)

Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (IMED)

Comitê Científico da Coleção

Alice Francisco Cruz Salles

Emanuela Cristina Andrade Lacerda

Jefferson Custódio Próspero

Jonathan Cardoso Régis

Marcia Sarubbi Lippmann

Maria Eugenia Furtado

Newton Cesar Pilau

Queila Jaqueline Nunes Martins

Thais Vandresen

Créditos

Este e-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Projeto de Fomento

Obra resultado da cooperação acadêmico/científica dos Cursos da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI e o intercâmbio internacional entre a Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), a Università degli Studi di Perugia (Itália) e a Universidad de Alicante (Espanha).

**Endereço**

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 419,
Telefone: (47) 3341-7880

C76 Conflitos e processo [recurso eletrônico] / Alef Alexandre da Silva ... [et al.]; José Everton da Silva, Fernanda Sell de Souto Goulart, Jaqueline Moretti Quintero (orgs) - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2019. – (Coleção diálogos entre a ciência jurídica e a contemporaneidade; 2).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários autores

ISBN 978-85-7696-237-3 (vol. 2)

ISBN 978-85-7696-230-4 (coleção)

1. Direito público. 2. Administração de conflitos. 3. Conduta empresarial. I. Silva, Alef Alexandre da. II. Silva, José Everton da. III. Goulart, Fernanda Sell de Souto. IV. Quintero, Jaqueline Moretti. V. Título. VI. Série

CDU: 342

APRESENTAÇÃO

Esta coleção reúne os artigos apresentados no 1º Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da UNIVALI, que ocorreu nos dias 27 e 28 de março de 2017, no Campus de Itajaí, da Universidade do Vale do Itajaí.

Este Seminário buscou consolidar a cooperação acadêmica e o intercâmbio internacional entre a Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), a Università degli Studi di Perugia (Itália) e a Universidad de Alicante (Espanha), sendo oportunidade para propagar o conhecimento científico e as pesquisas desenvolvidas nos Cursos da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais, e nas instituições associadas.

O título da obra “Diálogos entre a Ciência Jurídica e a Contemporaneidade” empenha-se em abranger os diversos temas abordados nos 64 artigos aprovados, resultando nesta coletânea de 4 volumes:

VOLUME 1 – Aspectos do Direito Público e da Diversidade

VOLUME 2 – Conflitos e Processo

VOLUME 3 – Constituição, Direito Ambiental e Sustentabilidade

VOLUME 4 – Direitos Humanos e Gênero

É inexorável a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados da federação brasileira, fruto de profícuas pesquisas realizadas por graduandos, Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores da UNIVALI e de outros Programas de Pós-graduação em Direito.

Espera-se que a publicação dos artigos apresentados nesse Seminário possa semear e fomentar o aprofundamento de estudos e pesquisas com estudiosos brasileiros e estrangeiros em suas respectivas áreas de atuação.

Mas mais importante ainda é a consolidação do processo de Internacionalização da instituição, que se concretiza no nível dos trabalhos apresentados e na riqueza das temáticas escolhidas.

Na Universidade do Vale do Itajaí e na escola de Ciências Jurídicas e Sociais bem como no PPCJ, o processo de Internacionalização é uma realidade e uma necessidade; num mundo globalizado e com fronteiras cada vez mais fluídas, estudar em parceria e com outras universidades é um imperativo de qualidade e contemporaneidade.

Que esta obra seja a primeira de muitas e que venha consolidar a excelência de nossa produção.

Boa leitura!

Prof. Dr. José Everton da Silva – UNIVALI

Profa. Dra. Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes – UNIVALI

Profa. Dra. Jaqueline Moretti Quintero – UNIVALI

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
A (IN)ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	8
Pedro Adolfo Savoldi	8
Alexandre dos Santos Priess.....	8
A MITIGAÇÃO DO DIREITO À GREVE DO SERVIDOR DO JUDICIÁRIO	24
Leonardo Pinheiro Samarão.....	24
COMPLIANCE: O QUE É, OBJETIVO, APLICAÇÃO E BENEFÍCIOS	41
Maria Fernanda Espíndola	41
Roberto Epifanio Tomaz.....	41
A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO <i>COMPLIANCE</i> PARA O FIM DA CRISE MORAL NAS EMPRESAS BRASILEIRAS – EXPERIÊNCIA COM AS EMPRESAS DOS EUA APÓS A “CRISE SUBPRIME” E COM O CASO DA EMPRESA SIEMENS.....	51
Ana Regina Foiatto	51
Roberto Epifanio Tomaz.....	51
COMPETÊNCIA DA ANTAQ PARA HOMOLOGAÇÃO, FIXAÇÃO DE REAJUSTES E REVISÕES DAS TARIFAS PORTUÁRIAS. ANÁLISE SISTEMÁTICA DA TABELA DE TARIFAS APLICADA NO PORTO DE ITAJAÍ.....	69
Alexandre dos Santos Priess	69
Beatriz Oliveira Iaquinto	69
Rômulo Piske.....	69
Wilson Deschamps Soares	69
COMPLIANCE: O QUE PODEMOS APRENDER COM AS EMPRESAS JAPONESAS?	81
Jaqueline Cristina De Fátima Okubo	81
Ana Flávia Müller Camargo	81
Roberto Epifanio Tomaz.....	81
ANÁLISE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA A PARTIR DA DOUTRINA DE MICHEL MIAILLE.....	96
Kevin de Carvalho Rozza	96
Tarcísio Vilton Meneghetti.....	96
A APLICAÇÃO DO <i>COMPLIANCE</i> NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MEIO DE REPRIMIR CRIMES NAS LICITAÇÕES	106
Helena Liebl.....	106
Roberto Epifanio Tomaz.....	106
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTES QUE OCORREM NO SISTEMA PENITENCIÁRIO	122
Alef Alexandre da Silva.....	122
Alexandre dos Santos Priess	122

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO NOVOS CAMINHOS PARA O PODER PÚBLICO	132
Raphaela Regina Desconsi	132
Alexandre dos Santos Priess	132

A (IN)ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pedro Adolfo Savoldi¹

Alexandre dos Santos Priess²

INTRODUÇÃO

Embora ainda haja certa insegurança em relação ao instituto da arbitragem como método de solução de conflitos, de um modo geral, a sua aplicação no Brasil demonstra um crescimento significativo e diretamente elencado ao amadurecimento dos debates acerca deste tema. Desde o advento da Lei 9.307/96³, que não previa de maneira explícita a possibilidade de a Administração Pública valer-se do juízo arbitral, até as modificações trazidas no ano de 2015, pela Lei 13.129, muitas foram as divergências doutrinárias envolvendo a admissibilidade do uso da Arbitragem na resolução de conflitos que envolvessem o Poder Público.

As condições e requisitos necessários para utilizar-se da Arbitragem estão dispostos no art. 1º da Lei de Arbitragem, onde se dispõe que somente pessoas capazes de contratar podem valer-se deste instituto, e que os litígios deverão versar somente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Com a mencionada alteração legal, através do advento da Lei 13.129/15, tem-se a adição do parágrafo 1º ao referido artigo, que então passa a prever, de maneira explícita, a possibilidade de que a Administração Pública direta e indireta se valha do juízo arbitral para dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Através da segurança jurídica advinda da alteração legislativa, muitos paradigmas antigos que até então eram comuns nessa discussão acabaram extintos, bem como houve o surgimento um reconhecimento mais amplo dos benefícios da Arbitragem, especialmente sob a ótica do aspecto econômico.

O advento da legislação expressamente permissiva e a consequente difusão do uso da

¹ Acadêmico do Curso de Ciências Sociais e Jurídicas - Faculdade de Direito – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Email: pedrosavoldi@hotmail.com.

² Advogado e Professor Universitário. Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB (Itajaí). Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Email: alexandrepriess@hotmail.com.

³ Doravante a Lei 9.307/96 será denominada Lei de Arbitragem.

Arbitragem pela Administração Pública não evitou que alguns questionamentos anteriores se mantivessem pertinentes, tampouco que surgissem novos, fazendo com que o debate acerca deste tema ainda hoje se mantenha relevante e necessário.

Dentre estes questionamentos em relação aos princípios administrativos destaca-se, sobretudo, o problema de pesquisa resultante da relação entre o uso da Arbitragem pela Administração Pública diante Princípio da Legalidade, questão elucidada pela Lei 13.129/15, bem como o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. No que diz respeito às diretrizes do instituto da Arbitragem, debate-se o embate entre a cláusula de confidencialidade ante o Princípio da Publicidade, assim como a não possibilidade de julgamento por equidade em litígios envolvendo o Estado.

Desta maneira, a presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar todos os principais pontos convergentes de forma separada, que foram analisados através de pesquisa bibliográfica, para que, utilizando-se do método indutivo, possa-se chegar a conclusões que viabilizem melhor julgamento quanto da constitucionalidade ou não do uso do juízo arbitral pela Administração Pública.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Administração Pública Direta e Indireta

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, a nomenclatura que comumente é utilizada para definir a divisão entre Administração Pública Direta e Indireta deve coincidir com os conceitos de centralização e descentralização das atividades típicas do Estado. Desta forma a “Administração centralizada” seria sinônimo de “Administração Direta”, e “Administração descentralizada”, sinônimo de “Administração Indireta”. Isso porque a legislação nacional, ao prever essa divisão, determinou que a Administração Indireta atue mediante a delegação de competências, a qual será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, conforme será exposto.

A Administração Pública, em seu sentido subjetivo, compreende todos os agentes, órgãos e entidades que integram a estrutura administrativa, ou seja, todas as pessoas jurídicas e seus respectivos órgãos que executam atividades administrativas⁵.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 152.

⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 94.

Os órgãos públicos que compõem a Administração Direta estão diretamente ligados ao Poder Executivo, seja no âmbito federal, estadual ou municipal. Portanto, tratam-se dos órgãos que possuem responsabilidade imediata pelas atividades administrativas do Estado e através dos quais a Administração Pública atua de maneira centralizada⁶. Por conseguinte, as pessoas políticas que compõem a Administração Direta têm, necessariamente, personalidade jurídica de direito público⁷.

Por outro lado, a Administração Indireta compreende as entidades que exercem funções administrativas a partir da descentralização legal, e que estão vinculadas ao respectivo ente federativo⁸. Deste modo, tem-se que a Administração Indireta é, conforme leciona Marçal Justen Filho⁹, composta por pessoas jurídicas que poderão ser tanto de direito público como de direito privado, caracterizadas essencialmente pelo fato de que recebem suas competências de um modo indireto, por uma decisão infraconstitucional, das pessoas políticas a quem tais competências seriam originalmente atribuídas. Entretanto, cabe diferenciar que as entidades que compõem a Administração Indireta possuem personalidade jurídica própria, distinta da entidade maior a que se vinculam (União, Estados-Membros ou Municípios), de modo que serão responsáveis, em seu próprio nome, pelos direitos e encargos que sobrevenham de suas atividades no mundo jurídico¹⁰.

Tem-se, pois, que tanto as pessoas políticas da Administração Direta como as entidades integrantes da Administração Indireta possuem capacidade de contratar, o que é requisito subjetivo indispensável para configurar como parte em procedimento arbitral. Desta feita, será considerado Administração Pública para a finalidade do presente artigo a composição de todos os órgãos e entidades que constituem a Administração Pública Direta e Indireta.

1.2 Contratos Administrativos

De acordo com Odete Medauar¹¹, sempre existiram fortes correntes doutrinárias resistentes à ideia de que o Poder Público pudesse celebrar contratos com particulares. Isso foi ocasionado, principalmente, por causa da posição de supremacia que a Administração Pública assumiria ante a outra parte contratante, bem como em virtude da concepção de que o atendimento ao interesse

⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 94.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 95.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 274.

¹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2004. p. 76.

¹¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2004. p. 245-246.

público impediria qualquer possibilidade de vínculo contratual contínuo.

Por fim, apesar das resistências, a teoria do contrato administrativo teve seus elementos fundamentais elaborados e estabeleceu dois modelos contratuais essenciais, quais sejam: (a) os contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público; (b) os contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹², costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração Pública se nivela ao particular, caracterizando a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como Poder Público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.

De natureza díspar aos atos unilaterais praticados pela Administração Pública, estes intitulados como atos administrativos, importa necessariamente conceituar a figura do contrato administrativo. Por se tratar, pois, de negócio jurídico bilateral firmado entre a Administração Pública e particulares, o contrato administrativo será, de fato, o instrumento que irá consubstanciar o elo que aproxima a Administração Pública do instituto da Arbitragem.

Em sentido amplo, pode-se definir o contrato administrativo como sendo um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente, e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa¹³, o que não se confunde com ato administrativo, que se define como sendo uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento¹⁴. É uma espécie de ato jurídico dotado de características próprias como a condição de sua válida produção e a forma de eficácia que o individualizam¹⁵.

Atente-se que o contrato administrativo, embora apresente os mesmos elementos do contrato como figura da teoria geral do direito, se distingue deste em relação ao seu interesse, uma vez que será qualificado pela ordem jurídica como sendo de natureza pública, fator que o submete ao regime do Direito Administrativo e, desta forma, necessariamente a persecução do interesse

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 468.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 371.

público.

Igualmente é importante esclarecer que, para que se caracterize um contrato administrativo, não será imprescindível que uma das partes seja necessariamente a Administração Pública atuando através de uma de suas personificações constitucionais (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou infraconstitucionais (autarquias e figuras assemelhadas), bastando que seja um ente delegado que, nesta condição, esteja a cargo da satisfação de interesses públicos específicos¹⁶.

Posto isso, tem-se que a análise da admissibilidade da Arbitragem pela Administração Pública não implica em um estudo dos atos administrativos em si, mas das consequências que se farão visíveis através dos contratos administrativos e de seus efeitos.

Não se trata, portanto, de examinar a legitimidade de atos administrativos, inerentes ao interesse primário, mas de suas consequências patrimoniais, inerentes ao interesse secundário, e externados através dos contratos administrativos¹⁷.

1.3 Interesse Público Primário e Secundário

Para que se possa analisar a possibilidade do uso da Arbitragem em face dos princípios administrativos, torna-se fundamental conceituar, prementemente, a distinção introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸, com fulcro na obra de Renato Alessi, quanto ao interesse público primário e secundário.

Essa classificação sugere que, dentro do interesse público, existem duas espécies – o primário (da coletividade) e o secundário (do ente estatal). Neste sentido, o interesse público corresponde à dimensão pública dos interesses individuais, isto é, aos interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade, de modo que o interesse público não se confunde com o interesse estatal. Isso se deve porque, não obstante o Estado subjetive os interesses públicos, ele, de maneira similar aos particulares, convive em um universo jurídico juntamente com outros sujeitos e também pode ter interesses particulares, concebidos em sua mera individualidade. Estes interesses inerentes ao

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 .ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. ISBN: 978-85-309-5371-3. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Curso%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Diogo%20de%20Figueiredo.pdf>>. Acesso em: 02.11.2016.

¹⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Uso da Arbitragem na Administração Pública**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>>. Acesso em: 15.11.2016.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pp. 66-67.

aparato estatal não se qualificam, portanto, como públicos, mas individuais do Estado, sendo denominados por interesse público secundário.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ explica, assim, para que o Estado, que é concebido para a realização dos interesses públicos, possa defender seus próprios interesses privados não é somente necessário que estes interesses não se oponham ao interesse público propriamente dito, mas que também coincidam com a própria realização deles.

Conclui-se, portanto, que os contratos administrativos só poderão ser submetidos à Arbitragem quando não versarem sobre a consecução do bem comum (interesse público primário). Entretanto, nada obsta que, por não haver relação direta com a persecução do interesse público, eventual conflito entre a Administração e particular que tenha por objeto apenas questões financeiras seja levado à jurisdição arbitral²⁰.

2. ARBITRAGEM

2.1 Conceito e História da Arbitragem no Brasil

O instituto da Arbitragem, que pode ser definido como um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem seu litígio a um árbitro ou tribunal arbitral²¹, é um dos mais antigos meios de composição de conflitos pela heterocomposição. Prevista no ordenamento pátrio desde o Código Civil de 1916, porém com outra roupagem entre os meios indiretos de pagamento, a Arbitragem não encontrou larga utilização como meio de solução de conflitos até a promulgação da Lei de Arbitragem, em 1996²².

A Lei de Arbitragem extinguiu a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral, de modo a então equiparar o árbitro ao juiz togado no desempenho da Arbitragem. Essa ruptura com o modelo antigo promoveu uma rápida aceitação do juízo arbitral por parte da comunidade empresarial e jurídica, muito embora só viesse ter sua constitucionalidade declarada pelo Supremo

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pp. 66-67.

²⁰ REINERT, Edison Eduardo Bogo. Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGIO.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

²¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quarter Latin, 2007. p. 59.

²² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. ISBN: 978-85-309-5452-9. Disponível em: <<http://docs12.minhateca.com.br/861093553.BR.0.0.Manual-de-Arbitragem-Media%C3%A7%C3%A3o-e-Concilia%C3%A7%C3%A3o---Luiz-Antonio-Scavone-Jr---Ed-Forense---2014.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

Tribunal Federal em dezembro de 2001²³.

Selma Maria Ferreira Lemes²⁴ explica que, por ser um instrumento de solução de controvérsias extrajudicial, através da eleição contratual pelas partes de árbitros independentes e imparciais para resolverem a disputa com brevidade, especialidade e sigilo, a Arbitragem rapidamente encontrou respaldo e terreno fértil no ambiente de negócios do Brasil. Isso ocorreu em parte devido ao amplo apoio jurídico, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse instituto e deu segurança jurídica às partes, bem como pelas suas inerentes características de celeridade, especialidade dos árbitros, confidencialidade e flexibilidade das provas. Por essa série de motivos, o instituto da Arbitragem, desde sua concepção no ordenamento jurídico brasileiro, segue uma linha de crescimento significativo nos litígios envolvendo particulares.

2.2 Efeitos, Procedimento e Sentença

O acordo por meio do qual as partes submetem seus litígios ao juízo arbitral denomina-se convenção de arbitragem, que pode ser feito mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, conforme preceitua o art. 3º da Lei de Arbitragem. A cláusula compromissória é a convenção mediante a qual as partes que figurem em um contrato se comprometem a submeter eventuais litígios relativos àquele contrato à Arbitragem, enquanto o compromisso arbitral é a convenção pela qual as partes submetem uma demanda ao juízo arbitral de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial²⁵.

Conforme leciona Carlos Alberto Carmona²⁶, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere aos litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são o de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros.

Em moldes de equivalência com o procedimento judicial, deverá o procedimento arbitral respeitar os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>. Acessado em 23-02-2017.

²⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem, alternativa para conflitos judiciais**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo12.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

²⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quarter Latin, 2007. p. 48.

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 89.

seu livre convencimento, conforme disposto no artigo 2º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Independe a sentença arbitral, contudo, de homologação judicial, como era exigida no procedimento anterior à lei específica.

Cumprе salientar, entretanto, quanto da vedação da decisão por equidade em litígios envolvendo a Administração Pública. Conforme explica Selma Maria Ferreira Lemes²⁷, os árbitros, em contratos que envolvem a Administração Pública, devem exarar a sentença arbitral sempre em conformidade com a legislação de regência, sendo defeso a mitigar seus efeitos legais com a finalidade de fazer justiça ao caso concreto.

Tem-se, portanto, que a convenção de arbitragem é o instrumento que confere jurisdição ao árbitro, o qual irá exarar uma sentença arbitral que produzirá entre as partes os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário²⁸, embora seja afastada, para a Administração Pública, a possibilidade de decisão por equidade, por força do princípio da legalidade, bem como não poderá utilizar-se de cláusula que determine o sigilo da sentença, por força do princípio da publicidade.

2.3 ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Para que se verifique a possibilidade da Administração Pública se submeter à Arbitragem, faz-se necessário analisar, previamente, se satisfeitas as condições de arbitrabilidade.

Define-se a arbitrabilidade como sendo o conjunto de condições objetivas e subjetivas que informam a possibilidade de que um conflito possa ser submetido à Arbitragem²⁹, sendo que o pressuposto subjetivo será referente a quem poderá participar da Arbitragem, enquanto o objetivo será relativo à que matéria ou direito pode ser objeto em conflito a ser solucionado por juízo arbitral.

Quanto à arbitrabilidade subjetiva, por se tratar de um limite que determina quem pode utilizar-se deste instituto, cumpre analisar a capacidade de o Estado figurar como parte em

²⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%BAblica%20-2016.pdf>>. Acesso em: 14.12.2017.

²⁸ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997. p. 111.

²⁹ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. ISBN: 978-85-02-17182-4. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Mediacao%20e%20Arbitragem%20-%20Roberto%20Portugal%20Bacellar.pdf>>. Acesso em: 15.12.2016.

controvérsia solucionada por meio alternativo ao Poder Judiciário. Assim, a arbitrabilidade subjetiva, conseqüentemente, está intimamente ligada aos princípios da legalidade e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Conforme demonstrado anteriormente, a Administração Pública deverá sempre se submeter ao princípio da legalidade, consoante o entendimento de que, enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza³⁰.

Muito se debateu quanto da inadmissibilidade do uso da Arbitragem pela Administração Pública em face deste princípio, por entender-se que a lei genérica não autorizava que a Administração se valesse do instituto da Arbitragem, embora diversas leis esparsas o autorizassem. Até que, em 2015, com o advento da Lei 13.129, que modificou a Lei de Arbitragem, encerrou-se a questão, por inserir de maneira explícita em seu art. 1º, § 1º a possibilidade de a Administração Pública figurar como parte na Arbitragem.

Quanto ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tem-se que a Lei de Arbitragem exerce poder de jurisdição e, por conseguinte, considera-se constitucional. Conforme explica Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery³¹, a Arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois deixa a cargo das partes a escolha entre verem sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional, contudo, se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do Poder Judiciário o exame de ameaça ou lesão do direito. Desta forma, tem-se que o uso da Arbitragem pela Administração não fere o referido princípio constitucional, desde que não afaste a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário.

Quanto à arbitrabilidade objetiva, por se tratar de um limite que determina quais direitos poderão ser objeto em juízo arbitral, tem-se que está intimamente ligado ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, cumpre relembrar o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello³², ao expor que o interesse público secundário (da Administração) deve sempre buscar a efetivação do interesse público primário, e só poderá ser realizado se coincidente com este. A indisponibilidade a que se refere o princípio constitucional, contudo, diz respeito ao

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 82.

³¹ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.295.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pp. 66-67.

interesse público primário, e não secundário. O princípio constitucional da indisponibilidade do interesse público visa proteger os direitos dos administrados, que, por serem primários, são indisponíveis, e não os direitos da Administração, que são secundários e, por conseguinte, disponíveis.

Desta feita, tem-se que o fato de que a Administração atue em favor do interesse público não determina o afastamento das condições de arbitrabilidade objetiva, uma vez que poderá se submeter ao juízo arbitral para dirimir questões relativas a direitos disponíveis. O questionamento consiste, assim, em verificar os requisitos de arbitrabilidade objetiva em cada caso em que figure a Administração Pública, para que se comprove que tais litígios envolverão apenas direitos patrimoniais disponíveis, em consonância com o princípio da indisponibilidade do interesse público, bem como as questões relativas ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da legalidade.

3. ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 A Arbitragem e os Princípios Administrativos

3.1.1 Princípio da Legalidade

Desde que promulgada a Lei de Arbitragem, em 1996, até o advento da Lei 13.129/15, muito se discutiu quanto da aplicação do princípio da legalidade como fundamento para recusar que a Administração Pública se submetesse à Arbitragem.

Suzana Domingues Medeiros³³, ao citar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello como base para sua conclusão, observava que a Administração Pública, na ausência de lei autorizativa, não poderia celebrar contrato contendo cláusula arbitral. Por outro lado, muito se argumentou no sentido de que, por já estar a Arbitragem prevista no ordenamento jurídico, não se fazia necessária a existência de autorização legislativa específica para que a Administração Pública participasse de procedimento arbitral.

O fato é que, embora não estivesse em conformidade com o princípio da legalidade, diversas leis esparsas³⁴ já previam a possibilidade de a Administração valer-se da Arbitragem. A Lei 13.129/15

³³ MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro: Renovar. n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003. p. 73.

³⁴ “O Estado do Rio de Janeiro, em preceito pioneiro, já consagrava no art. 52, § 2º, da Lei estadual n. 1.481, de 21 de julho de 1989, a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas. Em igual sentido, a lei paulista n. 7.535, de 8 de maio de 1982, prevê a admissão contratual da solução amigável de controvérsias (art. 8º, n. XXI).” (TÁCITO, Caio.

veio, portanto, formalizar a questão, de modo a encerrar a discussão e dirimir quaisquer conflitos sobre a possibilidade de uso da Arbitragem pela Administração em face do princípio da legalidade.

3.1.2 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

Muito se afirmou que a Constituição da República Federativa de 1988³⁵, em seu art. 5º, inciso XXXV, ao preceituar sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional, impedia a possibilidade de que se utilizasse da Arbitragem para solucionar litígios que envolvem a Administração Pública. Ocorre que esse dispositivo não antagoniza e tampouco proíbe o princípio da liberdade de contratar e o princípio da solução pacífica dos conflitos, que pertencem à órbita do direito privado, por força dos quais as partes podem ajustar que um terceiro resolva possíveis pendências jurídicas, senão que, ao revés, com eles perfeitamente se harmonizam³⁶.

Deste modo, acabou por não prosperar o argumento de que admissibilidade da Arbitragem na Administração Pública seria inconstitucional por força do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Isso porque, mesmo antes de promulgada a Lei 13.129/15, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado positivamente quanto à constitucionalidade da arbitragem³⁷. Isso se deve ao fato de que, uma vez permitida a disponibilidade dos recursos públicos mediante contratação administrativa, segue daí que a Administração pode também convencionar a forma pela qual os litígios decorrentes do contrato serão dirimidos. Ou seja, o acessório (cláusula compromissória) segue a sorte do principal (disponibilidade dos interesses envolvidos no contrato)³⁸.

Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997. p. 113).

³⁵ Doravante a Constituição da República Federativa do Brasil será denominada CRFB/88.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, n. 236. abr./jun. 2004. p. 234.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>. Acessado em 23-02-2017.

³⁸ BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, n.241. jul./set. 2005. p. 175.

3.1.3 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Para Celso Antônio Bandeira de Mello³⁹, a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, por serem interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los, na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Cumprе relembrar, contudo, que o interesse público se subdivide em primário e secundário. Sabendo que interesse público primário diz respeito aos interesses absolutamente indisponíveis, tem-se certamente que serão insuscetíveis de figurarem em contrato com cláusula arbitral, uma vez que se relacionam com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas, como justiça, segurança e bem-estar⁴⁰. Todavia, quando se trata tão somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar, vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício concedido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante⁴¹.

Como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴², ao se distinguir os interesses primários dos secundários, conclui-se que serão disponíveis somente os interesses e direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente e estejam no comércio, e que são, por esse motivo, objeto de contratação que vise dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.

3.2 Princípio Constitucional da Publicidade Ante o Sigilo na Arbitragem

Quanto à questão do sigilo em procedimento arbitral envolvendo o Estado, irrompe a questão que se refere a como conciliar o princípio da publicidade da Administração Pública, que deve manear todos os procedimentos da Administração, em detrimento do princípio do sigilo da instituição arbitral, que é vantagem característica da arbitragem.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pp. 73-74.

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 67.

⁴¹ TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997. p. 114.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 228.

Para elucidar essa questão, Carlos Alberto Carmona⁴³ explica que o sigilo é uma característica que apenas pode, facultativamente, ser estabelecida pelas partes. Ou seja, nada impede que os litigantes abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral.

É evidente, portanto, que diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos, dentre os quais figura o princípio da publicidade, não se pode garantir o sigilo na Arbitragem em que participe a Administração Pública sem que isso implique em desrespeito ao princípio constitucional. Portanto, esse princípio deve inevitavelmente ser respeitado, de modo a assegurar o acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral, preservando-se, somente, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.

3.3 Julgamento por Equidade

A Lei 13.129/15, no seu art. 2º, § 3º, veda de maneira expressa a utilização da equidade em contratos envolvendo a Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade, de modo a limitar a decisão dos árbitros conforme as regras de direito estrito.

Selma Maria Ferreira Lemes⁴⁴, entretanto, questiona se essa vedação não poderia causar uma quebra na estrutura sistêmica do art. 2º da Lei de Arbitragem, por tratar-se de um microssistema harmônico e coeso em si. Sua crítica se constitui na premissa de que é através do próprio conceito de equidade que deflui a previsão de que os árbitros solucionem as demandas com base nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, preceito basilar da arbitragem. No mesmo sentido, entende que se deve tomar como exemplo a situação que ocorre em outros países, como Portugal⁴⁵, onde se admite o julgamento por equidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública.

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

⁴⁴ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e os vetos à nova lei**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em: 15.12.16

⁴⁵ Neste sentido José Robin de Andrade, “o artigo 22º da Lei n.º 31/86 prevê expressamente no regime geral da arbitragem a possibilidade de as partes estipularem o julgamento segundo a equidade, e não nos parece que o facto de o contrato em litígio ser administrativo deva impedir uma tal estipulação. A circunstância de as normas jurídicas que regulam um contrato serem civis, comerciais ou administrativas não é em si factor relevante que leve a aceitar, em alguns casos, o recurso à equidade e noutros a recusá-la. As normas imperativas de direito administrativo não são mais imperativas do que as normas imperativas do direito civil ou comercial, e por isso é de admitir o recurso à equidade, quer sejam umas ou outras a regular os contratos” (Arbitragem e contratos públicos, in *Estudos de contratação pública*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, vol. I, p. 963).

Não obstante a crítica doutrinária da referida autora, tem-se que hoje, consoante à legislação vigente, é defeso ao árbitro expedir sentença baseada em julgamento por equidade em casos envolvendo a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, atualmente já estão absorvidos muitos dos dilemas iniciais quanto ao uso da Arbitragem pela Administração Pública, por conta do amadurecimento da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos, especialmente após a promulgação da Lei 13.129/15.

Conclui-se, assim, que é admissível do uso da Arbitragem pela Administração Pública. Contudo, tal análise não pode se limitar somente a observância dos princípios da economia e eficiência, característicos da Arbitragem, mas levando-se em consideração todos os princípios aplicáveis à Administração Pública e, especialmente, os princípios da legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional e indisponibilidade do interesse público. Igualmente, o preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva deve sempre ser respeitado, de modo a não impedir que a Administração Pública alcance os interesses para os quais é primariamente concebida, qual seja, a persecução dos interesses públicos e a sua manutenção.

Deve-se atentar, por fim, ao fato de que, ao se estimular o uso da Arbitragem por pessoas jurídicas de direito privado em uma escala significativa, poder-se-á evidenciar uma gradual, porém significativa, diminuição de litígios a serem solucionados pelo Poder Judiciário. Deste modo o Estado teria maior facilidade em solucionar seus próprios conflitos através do juízo estatal, mantendo-se assim em conformidade com os princípios fundamentais da atividade administrativa e assegurando a tutela da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio este que não pode ser de todo preservado pela Arbitragem, visto que este instituto atende uma utilidade essencialmente econômica.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Jose Robin de. **“Arbitragem e contratos públicos”**, in *Estudos de Contratação Pública I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. I.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. ISBN: 978-85-02-17182-4. Disponível em: <http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Mediacao%20e%20Arbitragem%20-%20Roberto%20Portugal%20Bacellar.pdf>>. Acesso em: 15.12.2016.

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

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, n. 241. jul./set. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR. na Sentença Estrangeira. SE5206/EP – ESPANHA. Relator:

PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 30-04-2004 pp. 00029. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcor daos>. Acessado em 23-02-2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem e os vetos à nova lei**. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Artigo%201-Arbitragem%20e%20os%20vetos%20%C3%A0%20nova%20lei.pdf>>. Acesso em: 15.12.16

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem, alternativa para conflitos judiciais**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo12.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%BAblica%20-2016.pdf>>. Acesso em: 14.12.2017.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Uso da Arbitragem na Administração Pública**. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo31.pdf>>. Acesso em: 15.11.2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2004.

MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro: Renovar. n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, n. 236. abr./jun. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. ISBN: 978-85-309-5371-3. Disponível em:

<<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Curso%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Diogo%20de%20Figueiredo.pdf>>. Acesso em: 02.11.2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

REINERT, Edison Eduardo Bogo. Contratos Administrativos e a aplicabilidade da Lei de Arbitragem. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORG0.pdf>>. Acesso em 21 de novembro de 2016.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. ISBN: 978-85-309-5452-9. Disponível em: <<http://docs12.minhateca.com.br/861093553,BR,0,0,Manual-de-Arbitragem-Media%C3%A7%C3%A3o-e-Concilia%C3%A7%C3%A3o---Luiz-Antonio-Scavone-Jr---Ed-Forense---2014.pdf>>. Acesso em: 07.11.2016.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos Litígios Administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 210. out./dez. 1997.

A MITIGAÇÃO DO DIREITO À GREVE DO SERVIDOR DO JUDICIÁRIO

Leonardo Pinheiro Samarão¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como intenção tratar da mitigação de um direito fundamental esculpido na Constituição Federal de 1988, qual seja o direito a greve dos servidores públicos lotados no Poder Judiciário.

Seu objetivo é demonstrar a incoerência observada na definição da competência para julgamento das Ações Declaratórias de Ilegalidade de Greve dos servidores do judiciário, o que acaba por ferir tal direito e levantar uma possível solução para tal problemática.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. O primeiro trata do direito à greve em sentido amplo, trazendo suas características gerais e justificando sua classificação como direito fundamental na CRFB/88.

No segundo tópico, aborda-se a questão dos movimentos paredistas no setor público e a evolução do entendimento do STF sobre este tema através de julgados de sucessivos mandados de injunção. Ainda, na segunda fase do trabalho, é discutido como estes movimentos podem afetar a prestação dos serviços essenciais a sociedade, visto que o direito a greve não pode ser apreciado em caráter absoluto uma vez que esbarra no princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Já o terceiro item do estudo trata das características específicas da greve do servidor público do poder judiciário, questionando acerca da competência para o julgamento de tal matéria, tecendo uma crítica ao modelo atual, para então sugerir uma solução para o caso.

Ressalta-se que não se busca neste artigo dirimir sobre legalidades ou abusividades dos movimentos grevistas dos servidores públicos do poder judiciário, tema esse que necessita um estudo aprofundado acerca das motivações e procedimentos dos mesmos, mas debater sobre as incoerências observadas na definição da competência do órgão julgador da (i)legalidade destes movimentos, sem o objetivo de esgotar o referido campo de estudo.

¹ Acadêmico do 10º período do Curso de Direito da UNIVALI – Campus Itajaí. E-mail: leo_samarao@hotmail.com

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, e reflexões sobre o movimento paredista no âmbito do Poder Judiciário.

Quanto à metodologia, observa-se que o artigo é constituído na lógica indutiva². As técnicas de investigação utilizadas foram: técnica do referente³, da categoria⁴, do conceito operacional⁵ e da pesquisa bibliográfica⁶.

1. O DIREITO A GREVE

1.1 Aspectos Gerais da Greve

Não se pode falar em greve sem antes discorrer sobre a necessidade associativa inerente a natureza do homem, e por consequência o nascimento de entidades sindicais em defesa dos interesses destes. Não há dúvidas de que existe um forte vínculo entre pessoas que partilham a mesma atividade laboral, tendo estes, por óbvio, interesses em comum na melhoria contínua das suas condições de trabalho.

Sobre esta necessidade Frediani⁷ discorre:

Considerando que o espírito associativo do homem deriva de sua própria natureza, claro está que, por este motivo, nos Estados democráticos, os direitos do livre exercício de qualquer trabalho e da sua livre associação foram erigidos à condição de garantias fundamentais.

Assim, como Estado democrático que é, o Brasil também alçou a greve ao *status* de direito a partir da Constituição de 1946, sendo que até então a mesma era considerada um delito e declarada um recurso anti-social nocivo ao trabalho e incompatível com os interesses nacionais.

Atualmente o trabalhador em geral encontra fundamento legal para exercer o direito a greve

² “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 110.

³ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 65.

⁴ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 36.

⁵ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 54.

⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 215.

⁷ FREDIANI, Yone. **Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001. p. 13.

no artigo 9º da Constituição Federal de 1988⁸, o qual versa:

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Sobre o artigo 9º da CRFB/1988, importante salientar que a lei mencionada em seu parágrafo primeiro, que deveria dispor acerca das particularidades da greve, fora editada pelo congresso nacional e publicada em julho de 1989, ou seja, menos de um ano após a entrada em vigor da CF/88.

Em seu curto texto, a lei nº 7783/89 regula o direito à greve dos trabalhadores, elenca os chamados serviços ou atividades essenciais, fixa os requisitos para o exercício do direito e discorre acerca de abusos do movimento paredista.

No artigo 2º da lei, pode-se começar a ter os primeiros contornos do conceito da categoria “greve”, conforme se observa: “[...] considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”⁹.

Extraí-se do referido artigo algumas importantes características dos movimentos paredistas como o caráter temporário e pacífico e a suspensão da prestação pessoal de serviços de um grupo de trabalhadores ao empregador.

Entende-se portanto como conceito operacional de greve a paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviço, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando a defesa ou conquista de interesses coletivos, ou com objetivos sociais mais amplos¹⁰. Neste mesmo sentido aponta o ensinamento de Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹:

⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 4 mai. 2016.

⁹ BRASIL. **Lei 7783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 04 mai. 2016.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. A Greve no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Síntese Trabalhista**. Nº155 maio de 2002. p. 136.

¹¹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/870/856>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

A greve constitui um instrumento a serviço da cidadania, na medida em que seu objetivo maior consiste na reação pacífica e ordenada contra os atos que impliquem direta ou indiretamente desrespeito à dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador.

Desta forma, a simples interrupção da prestação de serviços de modo desordenado e sem objetivo determinado não se insere no conceito de greve, pelo menos não da forma correta, sendo estes casos considerados movimentos abusivos, passíveis de punição pela não observância dos demais direitos da sociedade que são feridos em decorrência do movimento grevista, principalmente quando relacionados aos serviços essenciais definidos no artigo 10 da Lei de Greve.

1.2 A Greve como Direito Fundamental

Ao inserir o direito à greve no Capítulo II do Título II, a CRFB/88 confere ao mesmo o grau de direito social dos trabalhadores de caráter fundamental.

Sobre a constitucionalização de direitos sociais e sua consequente classificação como direito fundamental Frediani¹² dispõe:

A ideia de constitucionalização dos direitos sociais, dentre eles aqueles diretamente dirigidos ao trabalhador, parece ter nascido com a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Carta Alemã de Weimar em 1919, cujos princípios, visando a melhoria das condições de vida do homem acabaram sendo difundidos e reproduzidos pelos demais países da Europa e Américas.

Neste prisma, Leite¹³ descreve a greve como um direito incluso nas três dimensões de direitos fundamentais de forma simultânea:

Vale dizer, a greve constitui, a um só tempo, direito de primeira, de segunda e de terceira dimensão, na medida em que enquadra-se simultaneamente como:

- a) *direito de liberdade* ou de primeira dimensão, pois implica um *non facere* por parte do Estado, ou seja, um *status negativus* estatal que reconhece as liberdades públicas e o direito subjetivo de reunião entre pessoas para fins pacíficos;
- b) *direito de igualdade*, ou de segunda dimensão, porque é pelo exercício do direito de greve que os trabalhadores pressionam os respectivos tomadores de seus serviços, visando à melhoria de suas condições sociais e corrigindo, dessa forma, a desigualdade econômica produzida pela concentração de riquezas inerente ao regime capitalista, mormente numa economia globalizada. Tanto é assim que a Constituição brasileira de 1988 (art. 9º) considera a greve um direito social fundamental dos trabalhadores;
- c) *direito de fraternidade* ou de terceira dimensão, na medida em que a greve representa inequivocamente uma manifestação de solidariedade entre pessoas, o que reflete, em última análise,

¹² FREDIANI, Yone. **Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988**. p. 58.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos. **Revista Jurídica Virtual**.

a ideologia da paz, do progresso, do desenvolvimento sustentado, da comunicação e da própria preservação da família humana. Além disso, a greve, por ser um direito coletivo social dos trabalhadores, pode ser tipificada como uma espécie de direito ou interesse metaindividual ou, na linguagem do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, par. único, II), um direito ou interesse coletivo.

Após sedimentado o conhecimento da greve como direito fundamental do trabalhador, faz-se necessária uma análise quanto à aplicabilidade de tal norma constitucional. Ainda que o art. 9º da Carta Magna exija uma lei regulamentadora, deve-se atentar ao fato de que o parágrafo primeiro do artigo 5º do mesmo documento é claríssimo ao enfatizar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim entende-se que um direito fundamental do trabalhador como a greve não pode ser negado em virtude de falta de norma reguladora.

Acerca da importância da concretização destes direitos sociais, é relevante a contribuição de Bonavides¹⁴:

[...] A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. [...] Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais 'a Sociedade livre, justa e solidária', contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente no art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.

Contudo, não se pode tratar a greve como um direito absoluto e imponderável, visto que a paralisação de determinada atividade traz inúmeras consequências para grande parte dos cidadãos, principalmente quando se tratam de serviços essenciais e das atividades prestadas por servidores públicos, temas que serão objeto do capítulo seguinte.

2. A GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Previsão Constitucional e falta de Norma Reguladora

Em consonância com o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal, assim como para os trabalhadores da iniciativa privada, o direito a greve também foi atribuído aos servidores públicos civis no artigo 37, inciso VII, também da CRFB/1988, que trata dos princípios

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2011, p. 657

gerais da Administração Pública.

Tal dispositivo constitucional consta com a seguinte redação:

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

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;¹⁵

Salienta-se que a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 alterou o texto deste inciso visando facilitar a edição da referida lei por parte do Congresso Nacional, passando-a de complementar para específica, entretanto, os legisladores seguiram inertes.

Tal omissão gerou bastante controvérsia na doutrina, visto que enquanto uma corrente minoritária entendia a norma como de eficácia contida, a maioria dos autores e Tribunais consideravam ser inviável o regular exercício do direito a greve do servidor público civil sem que a referida lei complementar, ou posteriormente lei específica, fosse devidamente elaborada.

Na corrente minoritária, destaca-se o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶, o qual entende que tal direito existe desde a promulgação da Constituição de modo que mesmo com a falta da lei, não se pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o legislativo ordinário tenha o poder de, com sua inércia, paralisar a aplicação da Constituição.

Já para os que entendem pela eficácia limitada de tal norma válido é o posicionamento de José Afonso da Silva¹⁷, conforme segue:

[...] quanto à greve, o texto constitucional não avançou senão timidamente, estabelecendo que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar, o que, na prática, é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro porque se a lei não vier, o direito inexistirá; segundo porque vindo, não há parâmetro para o seu conteúdo, tanto pode ser mais aberta, como mais restritiva.

Evidentemente que neste cenário de insegurança jurídica, no qual apesar da falta de normatização as greves no serviço público não eram raras, inúmeros casos foram levados ao Poder Judiciário para apreciação. Consequentemente, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se algumas vezes sobre o tema, fazendo diferentes análises ao longo dos anos.

¹⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 mai. 2016.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 271.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.679.

2.1.1 Evolução do entendimento do STF

Conforme mencionado, a maior parte da doutrina entendia o dispositivo constitucional relativo ao direito de greve dos servidores como de eficácia limitada. Tal posicionamento por muitos anos também perdurou nos Tribunais, os quais por cerca de duas décadas esperaram pacientemente alguma movimentação do poder legislativo.

Contudo, este cenário conturbado não impedia que os servidores públicos de fato entrassem em greve, conforme observa Oliveira¹⁸:

[...] mesmo que não tivesse ainda sido regularizada por lei específica os servidores faziam greves e em muitos casos era 'punidos' pelos Tribunais e juízes que entendiam que por não haver regulamentação não haveria de se falar em direito de greve para os servidores públicos. Na tentativa de sanar tal omissão utilizava-se o instrumento do Mandado de Injunção.

Assim, ao longo do tempo, diversos Mandados de Injunção foram levados ao STF pelas entidades sindicais, visando basear seus movimentos na legalidade e solicitando a regulamentação do artigo 37, inciso VII da CRFB/1988.

Por vários julgamentos, desde o MI20 datado de 1994, a Suprema Corte foi conservadora em seu posicionamento, justificando sua postura no princípio da separação dos poderes, adotou a tese não concretista aos julgamentos dos respectivos Mandados de Injunção, apresentando decisão no sentido de declarar a mora do Poder Legislativo em cumprir com sua obrigação e determinando um prazo para que referida norma fosse editada.

Neste período, complementa Lopes¹⁹:

O entendimento predominante no STF sobre os efeitos nas decisões em controle abstrato de constitucionalidade (mandado de injunção) era no sentido 'não concretista', ou seja, diante do princípio da separação dos poderes, a Suprema Corte Constitucional não poderia legislar para suprir tal omissão.

No ano de 2007, após quase duas décadas de omissão legislativa e forte insegurança jurídica, durante julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, a Máxima Corte brasileira passou a adotar um posicionamento diverso do que vinha aplicando ao longo dos anos. A partir de

¹⁸ OLIVEIRA, Natalia Campos. O Direito de Greve e o Princípio Administrativo da Continuidade do Serviço Público. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9946&revista_cader no=4>. Acesso em 4 abr 2016.

¹⁹ LOPES, Luciane Cristine. A greve dos servidores públicos: nova abordagem constitucional. **Revista IOB: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 22, n. 253, p. 220-221, jul. 2010

tal data o STF adotou uma postura concretista geral, ao não apenas declarar a omissão legislativa, mas também decidir aplicar por analogia, a lei nº 7783/89, que trata da greve dos trabalhadores da iniciativa privada, aos servidores públicos civis em geral.

Diante de tal postura, muito se criticou sobre uma possível postura de ativismo judicial²⁰ do STF no caso, visto que teoricamente teria a corte invadido competência do legislativo, entretanto, entende-se que tal papel fez-se necessário visando dar efetividade ao direito.

Neste sentido, Lima²¹ considera correta a decisão do STF em conferir efetividade a tal direito:

Acertada foi a atuação do STF, em sanar a mora legislativa que há mais de duas décadas insistia em ignorar esse direito constitucionalmente garantido. Ao proceder assim, o Tribunal reconhece que o direito à greve não deixa de existir por não ter uma norma que a discipline; ademais de ser a parede, antes de tudo, um fato social, político e econômico, não podendo ser frustrada ou inibida pela ausência de lei regulamentadora própria.

Fraga e Vargas²² também entendem como válida a regulamentação adotada pelo STF, porém observam com perspicácia que também foram considerados outros motivos para a tomada de tal decisão após anos de insegurança jurídica:

[...] também visível ter pesado na decisão do Supremo a urgência de que as paralisações no serviço público tivessem algum parâmetro para declaração ou não de sua eventual abusividade, forma constitucional de restrição do exercício do direito de greve pelo Poder Judiciário em caso de paralisações que, entre outras formas de abuso de direito, desatendam o princípio da boa-fé negocial, que terminem por violar outros direitos fundamentais ou que atinjam seriamente o direito de terceiros, em especial em serviços essenciais ou em desatendimento de necessidades inadiáveis da comunidade.

Assim, em que pese o entendimento de alguns no sentido de que no anseio de garantir a efetividade das normas constitucionais os ministros da Suprema Corte brasileira acabaram por assumir um papel que pode se confundir com o de legislador, observa-se que foi necessária a evolução de entendimento do STF, superando uma fase em que apenas reconhecia a mora do

²⁰ “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial esta associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. OAB Editora, n. 4, jan/fev. 2009, p. 1 – 29.

²¹ LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A greve nos serviços essenciais: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14024>. Acesso em: 02 mai. 2016.

²² FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. **Greve dos servidores públicos e STF**: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte*, v. 51, n. 81, p. 155-174, jan./jun. 2010.

legislativo e fixava um prazo para que fosse suprimida a referida lacuna, com o que não obteve sucesso, para adotar a tese concretista geral a partir dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, conferindo aos mesmos efeito *erga omnes*.

2.2 Greve nos Serviços Públicos Essenciais

Um ponto bastante conturbado a ser tratado é sobre a possibilidade da greve nos serviços públicos essenciais. A lei nº 7783/89 determina no artigo 10 quais seriam tais serviços e delimita nos artigos seguintes algumas especificidades para que seja possível a greve nos mesmos.

Ainda que determinadas atividades essenciais sejam prestadas pelo setor privado, deve-se atentar ao fato de que o STF durante as votações dos Mandados de Injunção mencionados anteriormente, inclinou seu entendimento no sentido de que todo serviço público teria o caráter da essencialidade, de forma que não podem ser paralisados totalmente.

Uma vez declarada a greve nestes setores que desenvolvem atividades essenciais, públicos ou não, seus condutores devem estar atentos às necessidades inadiáveis da comunidade, sob pena da ilegalidade do movimento. Ou seja, a Constituição Federal não proíbe a greve em tais segmentos, mas cria certos condicionamentos tendo em vista o superior interesse social²³.

Dentre os requisitos previstos para que se deflagre o movimento com fulcro na legalidade destacam-se: o exaurimento das negociações; a necessidade da convocação de assembleia geral da categoria para que se posicione sobre o início do movimento; e a notificação prévia do empregador bem como dos usuários de tais serviços essenciais que deve ocorrer com antecedência mínima de 72 horas da deflagração da greve na forma do artigo 11 da lei nº 7783/89²⁴. Sobre tais condicionamentos e limites, Oliveira²⁵ pondera:

É evidente que o direito de greve é direito constitucional e incontestável do servidor público, mas os limites que se deve impor a eles, até pela natureza de seus serviços são igualmente importantes e constitucionais, isso também não se pode negar. A falta ou a deficitária prestação de serviços públicos causa danos irreparáveis à população.

²³ DELGADO, Mauricio Godinho. A Greve no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Síntese Trabalhista**. v.13, nº155 mai. 2002 p. 143.

²⁴ LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. **A greve nos serviços essenciais**: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho.

²⁵ OLIVEIRA, Natalia Campos. O Direito de Greve e o Princípio Administrativo da Continuidade do Serviço Público. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9946&revista_cader_no=4>. Acesso em 4 abr 2016.

Assim, importante frisar novamente que não pode se aplicar de forma integral aos serviços públicos essenciais as mesmas disposições que regem a greve nos serviços não-essenciais, visto que estes podem realizar a paralisação total na forma do artigo 2º da Lei de Greve, enquanto aqueles, por estarem vinculados ao princípio administrativo da continuidade do serviço público, não são passíveis de cessamento total.

2.2.1 O direito a greve x o princípio da continuidade do serviço público

Apesar da relevância do direito à greve, não se trata de um direito absoluto. Em se tratando de serviços públicos encontra ainda maior limitação, uma vez que seu exercício acaba por tolher determinados direitos da sociedade a depender do ramo de atividade pública que está sendo paralisada.

Diante de tal contexto, é imperioso observar a colisão do direito à greve no serviço público com o princípio da continuidade dos serviços públicos, o qual advém do princípio norteador do direito administrativo da supremacia do interesse público sobre o particular.

Seguindo esta premissa, Santana²⁶ pondera:

[...] o serviço público é regido por princípios tratados pelo Direito Administrativo que são inerentes à Administração Pública, dentre eles, o da continuidade da prestação do serviço público, segundo o qual o serviço público deve ser prestado à sociedade sem qualquer interrupção, dada a sua importância para os beneficiários.

Tal fato pode ser corroborado com a análise de legislação infraconstitucional, como exemplo o artigo 22 da Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor.²⁷

Neste aspecto, brilhante é o ensinamento de Fraga e Vargas²⁸ acerca da colisão dos dois valores constitucionais:

Estamos, aqui, claramente ante a possível colisão entre dois valores juridicamente protegidos pela Constituição Federal, o que exige do intérprete uma lógica distinta da própria à resolução dos conflitos de normas. Se, neste caso, não se admite a coexistência no mesmo sistema jurídico de duas normas contraditórias entre si, quando se trata de conflito entre dois princípios constitucionais, não se aplica

²⁶ SANTANA, Raquel Santos de. **O Direito de Greve dos Servidores Públicos do Poder Judiciário**. In: Direito Net. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5744/O-direito-de-greve-dos-servidores-publicos-do-Poder-Judiciario>> Acesso em: 30 abr. 2016

²⁷ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

²⁸ FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. **Greve dos servidores públicos e STF: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal**.

a lógica da exclusão. Em tal caso, a regra é exatamente o oposto: a da coexistência e da harmonia dos princípios colidentes, através do mecanismo da ponderação. Ou seja, ao invés da eliminação de um dos termos contraditórios, busca-se o equilíbrio dos contrários, a convivência possível entre dois valores essenciais ao sistema constitucional, de modo que a harmonização de ambos no caso concreto seja a reafirmação de ambos, ainda que se limitados reciprocamente em sua eficácia. Sem dúvida, trata-se de um difícil equilíbrio, mesmo em face de greves no setor privado, e que se torna ainda mais problemático quando ocorrem greves no setor público.

Sobre esta colisão de valores constitucionais e a necessária utilização da técnica da ponderação, Barroso²⁹ discorre acerca das características da minuciosa técnica:

[...] consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas [...] Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Finalmente, já adentrando o ponto específico do servidor do judiciário, Santana³⁰ observa:

O fato de se tratar de serviço público essencial a atividade jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, por si só justifica sua submissão ao princípio da continuidade do serviço público, portanto, o direito de greve dos servidores públicos civis em geral pode ser exercido por ser uma garantia constitucional, mas o serviço público por eles prestado não pode ser integralmente interrompido, devendo sempre se observar o percentual mínimo de servidores que devem se manter trabalhando de forma a prestar um serviço adequado na medida do possível, sob pena de ser a greve considerada ilegal.

Assim, já se pode notar a problemática a que se propõe o debate neste estudo, ficando como reflexão para o início do próximo capítulo a seguinte indagação: a quem cabe decidir tais percentuais mínimos e ditar os critérios de legalidade na greve do servidor público civil lotado no Poder Judiciário?

3. A GREVE DO SERVIDOR DO JUDICIÁRIO

3.1 Competência para Julgamento

Acerca da competência do julgamento das ações de greve, não se encontra na doutrina ou na jurisprudência brasileiras qualquer menção a uma possível diferenciação de foro em se tratando do caso dos servidores públicos civis lotados nas esferas do Poder Judiciário. Sendo assim, os movimentos paretistas de tal grupo de servidores vêm sendo julgados da mesma forma como os

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 373-375

³⁰ SANTANA, Raquel Santos de. **O Direito de Greve dos Servidores Públicos do Poder Judiciário**.

movimentos de quaisquer outros servidores públicos.

Neste ponto, colhe-se do julgamento do MI670³¹ a regra de competência para a greve nos serviços públicos:

Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2º, I, a, da Lei 7.701/88). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6º da Lei 7.701/88). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6º da Lei 7.701/88). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

Tal entendimento veio a corroborar com a decisão proferida em liminar na ADI 3395-6, na qual o STF deu nova interpretação ao artigo 114, inciso I da CRFB de 1988, que trata da competência da justiça do trabalho e havia sido modificada pela Emenda Constitucional 45/2004. Na oportunidade, os ministros retiraram da alçada da justiça especializada a competência para processar e julgar os dissídios trabalhistas que envolviam o Poder Público e seus servidores estatutários, transferindo tal competência para a justiça comum.

Extraí-se deste posicionamento da Suprema Corte que a competência para julgar a ilegalidade ou não dos movimentos paredistas dos servidores do Judiciário seria do próprio Tribunal a que os mesmos estão subordinados e contra o qual fazem a greve, gerando uma situação no mínimo estranha, onde os colaboradores seriam julgados pelo próprio órgão que os remunera.

Neste aspecto há que se mencionar um possível conflito de interesse do julgador a quem fosse distribuída a ação de greve, uma vez que no cenário mencionado esta seria uma ação em que todos os membros da magistratura do respectivo tribunal estariam direta ou indiretamente interessados.

Assim, como possível solução, buscando sanar o conflito de interesse evidente em tal caso, poderia ser aplicado ao caso a norma estabelecida no artigo 102, inciso I, “n”, da Constituição Federal, a qual prevê que em casos onde “todos os membros da magistratura sejam direta ou

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 670/ES. Relator: Min. Maurício Corrêa Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>> Acesso em: 07 mai. 2016

indiretamente interessados”, ou em que “mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados”, a competência para processar e julgar originariamente seria do Supremo Tribunal Federal.

3.2 A Mitigação de um Direito

Nos dias atuais parece inconcebível o que se presenciaria na hipótese trabalhada neste artigo, uma vez que frente a tal regra de competência, acabaria por se gerar uma anomalia judicial, onde o julgador do respectivo dissídio de greve seria diretamente interessado na causa.

Obviamente que diante de um caso como este, o juízo competente não estará revestido de um requisito indispensável para que se exerça a nobre atividade jurisdicional: a imparcialidade. Sobre imparcialidade, interessante a visão proposta por Figueiredo³², a qual cita: “Imparcial é o juiz que não tenha interesse no objeto do processo nem queira favorecer uma das partes”.

Assim, observando a falta da imparcialidade e demonstrando contrariedade ao posicionamento proposto pelo STF acerca da competência para as ações de greve dos servidores do judiciário, Santana³³ manifesta seu inconformismo:

Ora, o artigo 102, inciso I, alínea “n” da Constituição Federal atribui como competência originária do Supremo Tribunal Federal aquelas ações em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, o que evidentemente ocorre com os juízes e desembargadores do Tribunal que julgam a greve dos seus próprios servidores, já que, para eles, é mais conveniente que os servidores voltem ao trabalho e mantenham as estatísticas elevadas, sem comprometimento do orçamento por conta dos aumentos remuneratórios que seriam concedidos caso a greve fosse declarada legal.

No caso, o que se nota é uma verdadeira imoralidade por parte de certos julgadores que adotam verdadeiras decisões de caráter político ao julgar tão relevante matéria. Miniuci³⁴ configura tais razões políticas da seguinte maneira:

Em linhas gerais, pode-se dizer que a razão política pauta-se por noções de interesse, conveniência e oportunidade: faço isso, porque é interessante, conveniente e oportuno que eu o faça; ou, ao

³² FIGUEIREDO, Simone. Poderes do Juiz e o Princípio da Imparcialidade. In: **Jus Brasil**. Disponível em: <<http://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade>> Acesso em: 8 mai 2016.

³³ SANTANA, Raquel Santos de. **O Direito de Greve dos Servidores Públicos do Poder Judiciário**.

³⁴ MINIUCI, Geraldo. O STF e a diferença entre decisão política e decisão técnica. **O Estado de São Paulo**, 28 fev. 2014. Disponível em: < <http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/o-stf-e-a-diferenca-entre-decisao-politica-e-decisao-tecnica/>> Acesso 27 abr. 2016.

contrário, não faço isso, porque, embora de meu interesse, não é conveniente, nem oportuno, nesse momento, assim proceder.

Tais decisões políticas também advém do fato de o poder judiciário possuir autonomia orçamentária e os respectivos recursos serem geridos por magistrados e não administradores.³⁵ Por óbvio, em situação de sobras orçamentárias, em que se vislumbre um aumento salarial, os tomadores de decisão tendem a adotar posicionamento corporativista, preferindo aumentar seus próprios subsídios do que atender ao pleito dos servidores.

Neste ponto Santana³⁶ segue sua crítica sobre as arbitrariedades que podem ocorrer neste cenário:

[...] fato é que alguns Tribunais de Justiça não estão preparados para julgar a greve dos seus próprios servidores, na medida em que sempre encontram motivos para declarar a ilegalidade da greve, motivos que, inclusive, podem ser sanados antes de ser proferida qualquer medida liminar. Tal atitude é mais instrumento de repressão com vestígios da ditadura militar, onde não se existia democracia e liberdade de expressão, e muito menos a garantia dos direitos fundamentais, inclusive com a repressão a todo e qualquer movimento que visasse melhoria de condições para a sociedade. Esquece-se que a Constituição Federal é uma constituição cidadã, a qual procurou estabelecer direitos e garantias sociais e individuais e conter os excessos por parte do Poder Público.

A repressão ao exercício do direito à greve é reforçada pelo entendimento pacífico nos tribunais, em decorrência de orientação do STF também no julgamento do MI 670/ES, de que os dias em que o servidor se ausentar por motivo de greve devem ser descontados na folha de pagamento, bem como nas imensas multas diárias impostas aos sindicatos caso mantenham a greve e na estipulação de manutenção percentuais mínimos de trabalhadores em atividade acima do que se pode considerar razoável, fazendo com que os movimentos grevistas percam completamente sua força, sendo o respectivo direito praticamente ceifado.

Acerca do corte da remuneração durante o movimento grevista Souto Maior³⁷ sustenta o seguinte: “Negar aos trabalhadores o direito ao salário quando estiverem exercendo o direito de greve equivale, na prática, a negar-lhes o direito a exercer o direito de greve, e isto não é um mal apenas para os trabalhadores, mas para a democracia [...]”.

³⁵ “Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2016.

³⁶ SANTANA, Raquel Santos de. **O Direito de Greve dos Servidores Públicos do Poder Judiciário**.

³⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Greve e Salário. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. v. 21, n.255, setembro 2010. p. 37.

Assim, reafirma-se que mais sensato seria que tais demandas fossem tratadas diretamente pela pelo STF conforme previsto na Constituição Federal, a fim de que fossem evitados tais desgastes que prejudicam os servidores, o judiciário e a sociedade. Por certo que não é tarefa fácil julgar tal entrave em que aqueles que prestam o serviço público que move o poder judiciário voltam-se contra o mesmo a fim de buscar melhores condições de trabalho, mas é necessário que quando se fizer, faça-se com imparcialidade e lisura.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente estudo foi possível realizar uma breve análise do instituto da greve no ordenamento jurídico brasileiro, observando aspectos particulares no tocante ao exercício de tal direito. Foi possível identificar a profundidade do movimento paredista como um importante instrumento de pressão por parte do empregado sobre o empregador, quando ocorrem entraves nas negociações coletivas para a melhoria de condições de trabalho.

Observou-se ser a greve um direito fundamental dos trabalhadores, contudo não absoluto, uma vez que o mesmo colide na barreira do interesse social, principalmente quando se trata dos serviços essenciais a sociedade, cuja paralisação total ensejaria o caos social.

Adentrando na esfera do serviço público, agrava-se a questão da essencialidade, uma vez que os serviços públicos devem seguir princípios administrativos, dentre eles o da continuidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Neste ponto, deve-se observar a mora legislativa para disciplinar a greve no setor público, que perdurou por cerca de 20 anos até que o STF em 2007 adotasse a tese concretista geral no julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, aplicando no que coubesse as regras da Lei nº 7783/89 aos servidores.

Contudo, ao estabelecer regras de competência para julgamento de tais dissídios, o STF foi enfático ao dividir as tarefas entre o STJ e os tribunais de justiça e tribunais regionais federais, não vislumbrando nenhuma hipótese em que tal competência pusesse ensejar uma situação problemática. Pois esta problemática ocorre justamente quando se esta em jogo a greve dos próprios servidores destes órgãos, que de forma autocrática são julgados pelos seus respectivos chefes, em situação de total conflito de interesses.

Assim, entende-se que apesar de estar formalmente prevista na Constituição, o direito material à greve para tal grupo de servidores sofre severas restrições no caso concreto, sendo

mitigado a ponto de praticamente inexistir.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. OAB Editora, n. 4, jan/fev. 2009, p. 1 – 29.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

BRASIL. **Lei 7783 de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 04 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 670/ES**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 02 mai. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. A Greve no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Síntese Trabalhista**. nº155. maio de 2002.

FIGUEIREDO, Simone. Poderes do Juiz e o Princípio da Imparcialidade. In: **Jus Brasil**. Disponível em:<http://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058_/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade> Acesso em: 07 mai. 2016.

FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. **Greve dos servidores públicos e STF: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 155-174, jan./jun. 2010.

FREDIANI, Yone. **Greve nos Serviços Essenciais à Luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/870/856>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A greve nos serviços essenciais: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14024>. Acesso em: 02 mai. 2016.

LOPES, Luciane Cristine. A greve dos servidores públicos: nova abordagem constitucional. **Revista IOB: trabalhista e previdenciária**, São Paulo, v. 22, n. 253, p. 220-221, jul. 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINIUCI, Geraldo. O STF e a diferença entre decisão política e decisão técnica. **O Estado de São Paulo**, 28 fev. 2014. Disponível em: < <http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/o-stf-e-a-diferenca-entre-decisao-politica-e-decisao-tecnica/>> Acesso 07 mai. 2016.

OLIVEIRA, Natalia Campos. O Direito de Greve e o Princípio Administrativo da Continuidade do Serviço Público. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9946&revista_caderno=4>. Acesso: 14 abr. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SANTANA, Raquel Santos de. O Direito de Greve dos Servidores Públicos do Poder Judiciário. In: **Direito Net**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5744/O-direito-de-greve-dos-servidores-publicos-do-Poder-Judiciario>> Acesso em: 30 abr. 2016

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Greve e Salário. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. v. 21, n.255, setembro 2010.

COMPLIANCE: O QUE É, OBJETIVO, APLICAÇÃO E BENEFÍCIOS

Maria Fernanda Espíndola¹

Roberto Epifanio Tomaz²

INTRODUÇÃO

Compliance apesar de não ser tema novo ainda desperta na classe corporativa e empresarial diversas questões que, por vezes, prejudicam sua adoção e aplicação.

Entender de forma geral o conceito de *Compliance* constitui o objeto do presente artigo. Seus objetivos são compreender, em breve resumo, a origem do *compliance*; conhecer os procedimentos para a implementação desse programa na empresa; analisar os possíveis benefícios advindos com a implantação do *compliance*.

O artigo está dividido em quatro momentos: no primeiro se fez uma análise para esclarecer a origem e o conceito do programa de *compliance*. Os objetivos norteadores do programa são vistos no segundo momento. Os procedimentos necessários para adotar o sistema de *compliance* são vistos no terceiro. Posteriormente se faz um breve estudo acerca dos benefícios que o sistema *compliance* poderá trazer para a empresa e seus clientes.

A pesquisa se encerra com as considerações finais onde se faz uma breve síntese dos principais pontos da pesquisa destacando-se os benefícios agregados à empresa que adere o sistema de *compliance*, dentre eles a melhora no sistema operacional, do controle interno e, por conseguinte, da imagem da empresa.

O método utilizado tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, foi a base lógica indutiva³.

¹ Acadêmica de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, atualmente estagiária na Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes. E-mail: nandaespindola95@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, *Dottore in Ricerca di Diritto Pubblico* pela *Università degli Studi di Perugia*. Professor de Direito Empresarial dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (*Lato Sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, onde também Coordena os Cursos de Pós-Graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho. Atua também como advogado. E-mail: tomaz@univali.br.

³ O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

As técnicas empregadas foram a do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷ e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. O QUE É *COMPLIANCE*

Preliminarmente é importante esclarecer a origem da palavra *Compliance*, que tem sua raiz no verbo inglês “to comply”, que significa cumprir, satisfazer, corresponder a, obedecer, estar de acordo⁸; compreende-se que é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer executar regulamentos internos e externos, regras, instrução, comando ou pedido.

Para Coimbra e Manzi⁹, *compliance* é “o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes e regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”.

Pode-se dizer que *compliance* é o cumprimento das normas e regulamentos internos e externos, os quais são impostos para manter as atividades organizadas, com o objetivo de aumentar a qualidade dos serviços prestados pela empresa.

Para Candeloro, De Rizzo e Pinho¹⁰,

[...] o *compliance* não existe apenas para assegurar que a instituição cumpra com suas obrigações regulatórias, mas também para assistir à alta administração na sua responsabilidade de observar o arcabouço regulatório e as melhores práticas na execução das estratégias e dos processos decisórios.

Compliance é ainda mais amplo, pois além de buscar cumprir com as exigências legais e regulamentares relacionadas ao mercado que atua, com sua implementação há ainda a preocupação de se observar os princípios éticos e a integridade corporativa.

⁴ Denomina-se referente “[...] **a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.**” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.

⁵ Entende-se por categoria a “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.**” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25. Negritos no original.

⁶ Por conceito operacional entende-se a “[...] **definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas.**” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

⁷ Pesquisa bibliográfica é a “**Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.**” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

⁸ Dicionário Michaelis, Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=1&f=1&t=0&palavra=comply>. Acesso em: 07.02.2017.

⁹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa (Ongs). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010, p.2.

¹⁰ CANDELORO, Ana Paula P., DE RIZZO, Maria Balbina Martins e PINHO, Vinicius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012, p.37.

Nesta altura mister se faz ter ciência do significado do “termo ‘ética’”. Com origem no grego *ethos* o termo aponta para o “caráter distintivo, os costumes, hábitos e valores de uma determinada coletividade ou pessoa”¹¹. Desta forma, compreende-se que a ética preserva a sociedade, baseada nos seus princípios fundamentais da moralidade e valores, de cada indivíduo.

No Brasil, o termo *compliance* passou a ser utilizado na década de 90, nas instituições financeiras, sendo boa parte delegada apenas como adequação jurídica. Com o passar do tempo, o mundo corporativo observou que para além de uma mera adequação jurídica existia a necessidade da implementação de procedimentos de conformidade dos processos internos, metodologias de trabalho, políticas, harmonização contábil, ou seja, tudo que é considerado essencial para o desempenho da empresa, desde a parte administrativa até a operacional.

Recentemente, no Brasil, foi sancionada a Lei nº 12.846 – denominada Lei Anticorrupção, a qual entrou em vigor na data de 29 de janeiro de 2014, é um marco legal para previsão do *compliance*, tendo em vista 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.

Em breve resumo, parafraseando Candeloro¹², o programa *compliance* se constitui num conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, implantado, servirá como linha mestra de orientação do comportamento da empresa no mercado.

Demandas, entretanto, emergem desta constatação, tais como: qual o objetivo norteador da implantação do programa de *compliance*, quais serão os procedimentos necessários a sua adoção, bem como quais os benefícios que o programa poderá trazer as empresas. Demandas essas abordadas nos itens que seguem.

2. QUAL OBJETIVO NA IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE

O programa de *compliance* tem o intuito de garantir a harmonização com a legislação, política, regulamentações e procedimentos, internos e externos, através de controles internos, adotados pela administração da organização, essenciais para o sucesso da empresa seja no sentido ético, legal, como também corporativo.

¹¹ SROUR, Robert Henry. *Ética Empresarial: o ciclo virtuoso dos negócios*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 14.

¹² CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. *Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo*. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012 p. 30.

O Grupo de Trabalho da Associação Brasileira de Banco Internacionais (ABBI) e a Federação Brasileira de Banco (FEBRABRAN)¹³, por intervenção de seus respectivos Comitês de *Compliance*, entendem que implementar o *compliance* é estar em conformidade com a legislação e a regulamentação interna e externa, cujo qual, é uma obrigação individual de cada colaborador – desde a diretoria até estagiários - dentro da empresa.

É praticar a cultura de intolerância a corrupção, no entanto, acima de tudo, os objetivos éticos e morais vão sobressair-se dos financeiros, através do cumprimento das normas internas de *compliance* estabelecidas pelas empresas.

O programa de *compliance*, portanto, tem o propósito de efetuar uma análise cuidadosa dos riscos operacionais e financeiros, através do gerenciamento dos controles internos, o qual tem o objetivo de melhoria contínua da organização. Negrão e Pontelo¹⁴ destacam que,

A atuação de *compliance* prioriza os riscos pertinentes de cada assunto, definindo os pontos de controle dos processos para mitigar os riscos. Além disso, está estruturada de forma independente das outras áreas da organização, para eliminar possíveis conflitos de interesses, focando na aplicação correta e fidedigna de ações na busca da conformidade.

Como se observa, os objetivos do *compliance* são rotineiros e devem sempre apresentar planos de melhoria que contemplem todas as informações em relação aos aspectos verificados pelo Comitê de *Compliance* que possam deixar a organização vulnerável a fraudes, manipulações ou distorções.

Mas, quais são os procedimentos básicos e necessários que devem ser observados pela empresa que deseja a efetiva implantação de um programa de *compliance*. Apesar de não haver uma fórmula fechada a ser aplicada em todos os tipos de empreendimentos, alguns procedimentos podem ser destacados, como se observa a seguir:

3. COMO IMPLANTAR COMPLIANCE

Primeiramente a empresa necessitará ter um Comitê de *Compliance* que poderá ser composto de especialistas contratados, ou uma equipe interna, no entanto, é importante esclarecer que terá um profissional responsável por desenvolver, operar e monitorar, a aplicação do programa

¹³ ABBI – FEBRABAN. **Função do Compliance**. Disponível em: < <http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html> >. Acesso em: 19 de fevereiro de 2017.

¹⁴ NEGRÃO, Lima Célia; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 44.

de *compliance*. O comitê de *compliance* irá manter a boa governança, além de discutir todos os temas que surgirem entre as áreas da empresa.

Será necessário também, um *compliance officer*, o qual irá elaborar todas as medidas essenciais de forma adequada. Haverá a necessidade de fazer uma análise geral para indicar potenciais revisões e alterações na estrutura da empresa; desenvolver canais para comunicação; elaborar um manual de ética e conduta; canal de denúncia.

Cada área da empresa deverá auxiliar e responsabilizar-se na implementação do programa, mesmo se for contratado um especialista, afinal, precisa-se conhecer a política interna da empresa, para verificar as alterações e procedimentos que devem ser realizados e aperfeiçoados.

Cruz¹⁵ considera algumas áreas indispensáveis para execução, sendo recursos humanos, comunicações e jurídico, enquanto as demais irão apenas compreender os procedimentos e treinamentos, destacando:

Dentre as áreas cujo envolvimento é praticamente mandatório, podemos listar a) recursos humanos, que deverá analisar impactos e eventuais ações a serem tomadas ao se mudar a cultura da empresa; b) comunicações, que deverá dar suporte na divulgação das atividades e do programa através de um plano de comunicação próprio e adequado; e, por fim, c) jurídico, que deverá dar o suporte técnico necessário ao *compliance officer* e, muito importante, alinhar interpretações e entendimentos sobre os mais variados assuntos. Outras áreas deverão também ser envolvidas para se entender processos, procedimentos, manuais, práticas de mercado, etc.

O desenvolvimento do *compliance* será através de ações dos gestores da empresa, para cada um verificar a necessidade da organização, com o objetivo de buscar a conformidade dos controles internos por meio da sua adequação às atividades e processos.

Negrão e Pontelo¹⁶ apresentam algumas condutas preventivas e proativas que as empresas precisam adotar para o sistema de *compliance*, sendo elas:

- Estabelecer que a área de *compliance* obtenha recursos e autonomia necessária para realização de todos os processos e envolvidos nos processos;
- Criar mecanismos para evitar o desvio de conduta;
- Aprimorar os controles internos;
- Implementar mecanismos de fiscalização interno;

¹⁵ CRUZ, Marco. Fazendo **Certo A Coisa Certa – Como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 34.

¹⁶ NEGRÃO, Lima Célia; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014, p. 31.

- Implantar, disseminar Código de Conduta Ética para todos os empregados;
- Elaborar processo de due diligence para terceiros e em operações societárias;
- Implementar canal de denúncias de irregularidades;
- Elaboração de programa de integridade corporativa, com treinamentos, publicações e conscientização periódica para os empregados sobre a legislação;
- Avaliações e punições gradativas para os empregados que descumprirem as normas internas.

Observa-se que para implementar o sistema *compliance*, requer ter conhecimento da atividade da empresa, e divulgar para todos os colaboradores e interessados, os motivos pelos quais passarão por essa mudança, e esclarecer os benefícios, como se destaca a seguir.

4. QUAIS OS BENEFÍCIOS DERIVADOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO COMPLIANCE

A adesão do sistema de *compliance* será de todo benéfico à empresa tendo em vista que o programa oferece um sistema preventivo de controle da corrupção além de melhorar significativamente os resultados operacionais e econômicos da empresa.

Silva, Daniel Cavalcante¹⁷ destacam que a implementação do sistema *compliance* provocam o aprimoramento de alguns procedimentos, tais como:

- Melhora na qualidade e na velocidade das interpretações políticas e regulatórias e nos procedimentos a elas relacionados;
- Melhora do relacionamento com os órgãos reguladores;
- Melhora no relacionamento entre acionistas, sócios, clientes e partes relacionadas (*stakeholders*);
- Maior velocidade de novos produtos e serviços em conformidade;
- Disseminação de padrões ético-culturais de *compliance* pela organização;
- Acompanhamento de correção de deficiência (não conformidade); e
- Decisões de negócio baseadas em *compliance*.

Ao estruturar o programa de *compliance*, no âmbito empresarial, não há de ter prejuízos, tendo em vista, que ganhará a credibilidade dos clientes externos e internos da companhia. A empresa, num período de curto prazo, poderá ter resultados excepcionais, ao adquirir o controle.

Para Negrão e Pontelo¹⁸, ao estruturar o programa de *compliance*, provavelmente a

¹⁷ SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 10.

¹⁸ NEGRÃO, Lima Célia; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014, p. P.52.

organização atingirá uma série de resultados, sendo eles: “redução de fraudes financeiras, de multas e penalidades, da corrupção interna e da transgressão aos códigos de ética organizacionais, além de gerar melhorias para os processos organizacionais”.

Vale ressaltar, os custos que a empresa poderá sofrer, caso não esteja em *compliance*. Silva¹⁹ destaca os prejuízos que podem ocorrer, sendo eles:

Danos à imagem da organização, de seus funcionários e perda do valor da marca;

Má alocação de recursos e redução da eficiência e da inovação;

Cassação da licença de operação ou outro ato administrativo pertinente (autorização, permissão ou concessão);

Sanções administrativas, pecuniárias e até mesmo criminais, dependendo do caso; e

Custos secundários e não previstos (advogados, contabilistas, consultores etc.).

Ainda relativo aos benefícios adquiridos pelas empresas na implantação do sistema *compliance*, Benevides²⁰ afirma em matéria pública no site Terra Notícias, em 17 de fevereiro de 2017, intitulada “Empresas à margem da Lei Anticorrupção e da regulamentação podem perder até 20% do faturamento bruto anual”, que:

Cada vez mais empresas buscam implementar programas de *compliance*. Aquelas que incluem no programa o mapeamento de riscos e de controles, conseguem ter processos robustos que podem resultar em possíveis ganhos financeiros.

Por outro lado, os riscos da empresa não implementar o programa de *compliance*, vai além de custos financeiros, podendo ainda atingir a imagem e a produtividade.

Imperativo destacar que apesar da empresa aderir ao sistema de *compliance*, isso não é garantia de um efetivo controle interno, bem como da manutenção da conduta ética devida, como exemplo pode se mencionar a Petrobras.

Para garantir que nossa atuação seja sempre orientada pela ética e pela transparência, adotamos mecanismos de monitoramento, fiscalização e prestação de contas. Uma série de códigos e normas estabelece parâmetros para nosso relacionamento com os públicos de interesse.²¹

E esta é uma das empresas que faz parte da Operação Lava Jato, que é considerada a maior

¹⁹ SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. *Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, P 10.

²⁰ NOTÍCIAS TERRA – *Compliance representa lucro para empresas, diz economista*. Disponível em < <https://noticias.terra.com.br/dino/compliance-representa-lucro-para-empresas-dizeconomista.cfbbdf7eb5a8a8be9e0bf530ece620f6b2spj8q6.html> >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

²¹ PETROBRAS – *Transparência e Ética*. Disponível em: < <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/transparencia-e-etica/> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

investigação sobre corrupção conduzida no Brasil até hoje.²² Segundo investigações, diretores e funcionários da Petrobras cobravam propinas de empreiteiras e outros fornecedores para facilitar seus negócios.

Retirada as exceções, a implantação do programa de *compliance* no mundo corporativo tem sido de extrema valia à empresas que inclusive passaram por circunstâncias adversas – como exemplo pode se mencionar a Siemens²³ empresa de origem alemã relacionada à inovação e tecnologia, direcionada, principalmente, aos setores de geração de energia, para o setor hospitalar, setor de infraestrutura das cidades e da indústria – produzindo um ganho pulverizado a todas as camadas da empresa e *stakeholders*, além de servir como um modelo de gestão para adoção de políticas públicas. Assuntos esses que por sua relevância exigem estudo a parte, mas que denotam clareza dos benefícios advindos com a efetiva adoção do *compliance*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do artigo se compreendeu que o sistema *compliance* compreende a adoção de uma série de regras, padrões e procedimentos éticos e legais que servirão de base para orientação do comportamento da empresa em todas as suas áreas de atuação.

No primeiro momento restou-se evidenciado que *compliance* além do cumprimento das normas, regulamentos internos e externos, compreende o devido cumprimento da ética empresarial. Os objetivos norteadores do programa, manter a uniformização do controle interno com a legislação, política, regulamentações e procedimentos, internos e externos, restaram evidenciados no segundo item.

No terceiro momento, foram destacados os procedimentos necessários para a aplicabilidade do sistema de *compliance*, o qual primeiramente terá que ser providenciado um Comitê de *Compliance*, que irá verificar quais ações deverão ser tomadas, e a necessidade de obter um conhecimento da atividade da empresa, para ter ciência das peculiaridades de cada empreendimento, além de outros, demonstram que a sua adoção não se constitui tarefa de fácil alvitre, entretanto, os benefícios advindos são de extrema relevância, conforme destacado no

²² FOLHA DE SÃO PAULO – **Operação Lava Jato**. Disponível em: < <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

²³ Sobre a aplicação do *compliance* na Siemens vide FOIATTO, Ana Regina; TOMAZ, Roberto Epifanio. **A Utilização do Instituto Compliance para o fim da Crise Moral nas Empresas Brasileiras – Experiência com as Empresas dos EUA após a “Crise Subprime” e com o Caso da Empresa Siemens**.

quarto item da pesquisa.

Percebe-se que diante da questão aqui abordada, a abrangência do tema é muito grande, a qual vai além de uma empresa estar em conformidade com a Lei de Anticorrupção, é preocupar-se com a ética e conduta a ser adotada por todos os colaboradores, seja diretor ou estagiários, para o sistema de *compliance* todos terão de cumprir com as mesmas condutas, que serão estabelecidas através do Código de Conduta Ética.

Por outro lado, observou-se que não basta aplicar o sistema de *compliance*, é necessário diariamente o acompanhamento do Comitê de Ética, através do Canal de Ética, e ser observadas as condutas de todos os colaboradores, além de procurar aperfeiçoamento e atualização do sistema, para que a empresa não seja surpreendida, como ocorreu no caso da Petrobrás.

Por fim, chega-se a ponderação que é indispensável a adoção do sistema de *compliance* para as empresas no mundo corporativo atual. Destaca-se, entretanto, que o presente artigo não objetiva exaurir o tema, mas pretende com as reflexões tecidas provocar outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com o aprimoramento do sistema *compliance*.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBI – FEBRABAN. **Função do Compliance.** Disponível em: < <http://www.abbi.com.br/funcaoodecompliance.html> >. Acesso em: 19 de fevereiro de 2017.

CANDELOORO, Ana Paula P., DE RIZZO, Maria Balbina Martins e PINHO, Vinicius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; Manzi, Vanessa (Ongs). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações.** São Paulo: Atlas, 2010.

CRUZ, Marco. **Fazendo Certo A Coisa Certa – Como criar, implementar e monitorar programas efetivos de compliance.** São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO – **Operação Lava Jato.** Disponível em: < <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/#capitulo1> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de pessoas**. Brasília: Editora Senac, 2014.

NOTÍCIAS TERRA. **Compliance representa lucro para empresas, diz economista**. Disponível em < <https://noticias.terra.com.br/dino/compliance-representalucroparaempresasdizeconomista,cfbddf7eb5a8a8be9e0bf530ece620f6b2spj8g6.html> >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PETROBRAS – **Transparência e Ética**. Disponível em: < <http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/transparencia-e-etica/> >. Acesso em 20 de fevereiro de 2017.

SILVA, Daniel Cavalcante; COVAC, José Roberto. **Compliance como boa prática de gestão de ensino superior privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

SROUR, Robert Henry. **Ética Empresarial: o ciclo virtuoso dos negócios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO COMPLIANCE PARA O FIM DA CRISE MORAL NAS EMPRESAS BRASILEIRAS – EXPERIÊNCIA COM AS EMPRESAS DOS EUA APÓS A “CRISE SUBPRIME” E COM O CASO DA EMPRESA SIEMENS

Ana Regina Foiatto¹
Roberto Epifanio Tomaz²

INTRODUÇÃO

Após a deflagração das diversas medidas que aliaram intenso trabalho da polícia federal, procuradoria federal e justiça federal brasileira que ficou conhecida midiaticamente pelo codinome Lava-Jato, restou evidente o envolvimento de diversas empresas brasileiras na prática da corrupção e de lavagem de dinheiro.

Tais medidas desencadearam diversas manifestações populares e, como um dos diversos efeitos funestos, a perda de credibilidade das grandes empresas brasileiras no mercado interno e externo aliado a uma imensa crise moral, política e econômica.

A análise da história recente, vivenciada por grandes empresas nos EUA, depois de grande escândalo de corrupção, com o que ficou conhecido como a crise *Subprime* e na empresa Siemens, reerguidas por medidas tomadas através da adesão do instituto *Compliance*, podem servir como modelo para que no Brasil as corporações consigam se reerguer obtendo novamente a confiança do mercado, interno e externo, na adoção de medidas de integridade.

Assim sendo, estabeleceu-se como objeto do presente artigo o estudo da utilização do instituto *compliance* como forma de por fim a crise moral atravessada pelas empresas brasileiras. Seus objetivos são entender o instituto *compliance* e avaliar os exemplos advindos da crise *Subprime* e da empresa Siemens, para, por fim, através do exemplo da adoção da boa governança, identificar paradigmas que poderão ser adotados pelas empresas brasileiras a fim de vencerem a crise moral

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2016). Pós-graduanda em Direito Civil e Empresarial pela Damásio Educacional (2016-). Advogada. Mora em Itajaí. Portadora do E-mail aninha_foiatto@yahoo.com.br. Com telefone de contato de nº (47) 9126-2776.

² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2015). Doutor em *Diritto Pubblico* pela *Università degli Studi di Perugia*, Itália (2015). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (2006). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Regional de Blumenau (2000). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1994). Bacharel em Teologia pela Faculdade de Estudos Teológicos das Assembleias de Deus (2015). Advogado. Professor titular de Direito Empresarial no Curso de Graduação e de Pós Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí onde também Coordena os Cursos de Pós-Graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e Direito Previdenciário e do Trabalho. Mora em Itajaí. Portador do E-mail tomaz@univali.br. Com telefone de contato de nº (47) 3344-3547.

em que se encontram incursas.

Para alcançar tal enfoque o artigo foi dividido em quatro momentos. No primeiro se faz um breve relato sobre a história e origem do instituto *Compliance*, a fim de que se compreenda o motivo da efetiva utilização disso durante e após a crise do *Subprime*, que assolou os Estados Unidos em 2008.

No segundo e terceiro, faz-se menção a crise moral das empresas vivenciadas nos EUA, inicialmente com a conhecida crise *Subprime* seguida da empresa alemã Siemens, a qual esteve envolvida em caso de corrupção, o que violou a lei norte-americana *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), lei relacionada ao *Compliance*. Este caso é emblemático, pois, após esses envolvimento e com o intuito de recuperar a boa imagem da empresa, a Siemens adotou o instituto *Compliance*, o que acabou por fortalecer a moral da empresa perante o mercado interno e externo.

No quarto ponto da pesquisa se estabelece a ligação entre as crises enfrentadas pelas empresas norte-americanas como um paradigma a ser seguido pelas empresas brasileiras, seja ela de pequeno ou grande porte, a fim de se recuperar a moral das empresas.

O artigo se encerra com as considerações finais, apontando o instituto do *Compliance* como um dos principais meios de apoio, não apenas as empresas, mas também a administração pública, para fortalecer as relações comerciais, políticas e jurídicas.

O método utilizado tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados que consiste neste ensaio, foi a base lógica indutiva³.

As técnicas empregadas foram a do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷ e documental, esta última, pela via eletrônica.

³ O método indutivo consiste em “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

⁴ Denomina-se referente “[...] a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. p. 54. Negritos no original.

⁵ Entende-se por categoria a “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. p. 25. Negritos no original.

⁶ Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. p. 198.

⁷ Pesquisa bibliográfica é a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. p. 207.

1. O QUE É COMPLIANCE?

1.1 Origem do instituto

O instituto *Compliance* está aliado à organização do comércio e é originário dos Estados Unidos. Sua regulamentação teve início no século XX, quando empresas tiveram que encontrar maneiras de mostrarem que seguiam a lei. Há pesquisas que enfatizam que o *Compliance* foi incorporado pelas empresas, após o escândalo na indústria de energia elétrica nos EUA em 1960, quando por ocasião da alta nos preços, a qual envolveu fabricantes de equipamentos elétricos, ocasionou em condenações de pessoas físicas e jurídicas por violação antitruste⁸ e isso foi o incentivo para a elaboração de códigos de conduta de cumprimento antitruste⁹.

Decorrentes dos problemas ocasionados com a indústria elétrica em 1977, o Congresso norte-americano aprovou o programa *Foreign Corrupt Practices Act* – FCPA (Lei sobre Práticas de Corrupção no Exterior dos Estados Unidos), instituindo a prática de subornos para facilitar negócios em países estrangeiros como crime, o que estimulou ainda mais as empresas a criarem seus códigos de conduta. Em 1991, os Estados Unidos estipularam Diretrizes Federais para Condenação ao Crime Organizacional que aplicavam penas para ações criminosas e estabeleceram mecanismos para detectar e prevenir o crime¹⁰, legislações que marcaram o desenvolvimento do instituto *Compliance*.

Mas foi apenas depois da crise financeira de 2008 – na qual instituiu a crise de confiança devido a empréstimos efetuados em cadeia que eram de origem imobiliária e tiveram devedores insolventes, resultando na quebra de empresas e bancos¹¹ - que o instituto *Compliance* foi grandemente expandido pela edição do *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, no ano de 2010. Criada no governo do Obama, a regra estabelecia a necessidade da reforma na legislação financeira¹² que aliada a criminalização das pessoas jurídicas, resultou em observância as

⁸ Consoante o dicionário de economia: Uma política antitruste é projetada para afetar a concorrência. O objetivo geral por trás de tal política é de manter os mercados abertos e competitivos. Estes regulamentos são usados por diferentes governos ao redor do mundo, embora as leis variem frequentemente. Na maioria dos países, políticas antitruste são escritas para o direito. Nos Estados Unidos, eles são manipulados principalmente pela Federal Trade Commission (FTC) e a divisão Antitrust do departamento de justiça. **O que é uma política antitruste?** Disponível em: <<https://dicionariodaeconomia.blogspot.com.br/2016/03/o-que-e-uma-politica-antitruste.html>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

⁹ BIELGELMAN, Martin T. **Building a world-class compliance program**, Hoboken, NJ: John Wiley, 2008.

¹⁰ VIEIRA, Mariana Pessoa. **Compliance: Ferramenta estratégica para as boas práticas de gestão**. Disponível em: <www.novos cursos.ufv.br/graduacao/ufv/sec/www/wp.../Mariana-Pessoa-Vieira.pdf>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

¹¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A crise financeira de 2008**. Revista de Economia Política, vol. 29, nº 1 (113), pp. 133-149, janeiro-março/2009.

¹² **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/d/dodd-frank-financial-regulatory-reform-bill.asp>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

obrigações legais, para se evitar a responsabilização criminal das empresas.

Desta forma, o *Compliance*, a partir de 2010, passou a ser visualizado pelas empresas como um novo risco à atividade empresarial, já que deveria se prever o risco normativo, logo o empresário teve a obrigação de se enquadrar nas normas que regem sua atividade, com o intuito de prevenir os riscos da responsabilidade empresarial¹³.

Ou seja, a adoção de regras de integridade no sistema jurídico norte-americano, obrigaram (obrigam) os empresários norte-americanos a se moldarem às políticas de governança empresarial, as quais se vinculam ao cumprimento de normas dos ramos atrelados à atividade de cada empresa, além de que deverão atentar a regulamentação jurídica. Levando, por conseguinte, o empresário a vislumbrar o risco, seja ele no âmbito jurídico penal, administrativo, cível, entre outros, da norma inerente a cada atividade por ele desempenhada¹⁴.

Seguindo na esfera norte-americana, o Brasil igualmente adotou políticas no sentido de regular as práticas empresariais, as quais são caracterizadas pela prevenção, investigação e supervisão, regulamentadas, principalmente, pela Lei nº 12.683/2012, que versa sobre lavagem de capitais, em que se estabelecem vários deveres a serem cumpridos, tanto pela pessoa física, quanto pela pessoa jurídica, e, as penalidades que são impostas são de cunho do Direito Penal¹⁵.

Na mesma esteira foi editada a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, a qual prevê a responsabilização das pessoas jurídicas por atos ilícitos ocasionados à Administração Pública, nacional ou estrangeira, de cunho administrativo e cível¹⁶.

Depois disso, já diretamente relacionado aos efeitos da Lava-Jato, o Brasil aderiu ao programa de integridade ou *Compliance* (Decreto de nº 8.420/2015), o qual se caracteriza pelo conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo a denúncia de irregularidade e na efetivação de códigos de ética e de conduta, bem como por políticas e diretrizes que detectam e sanam desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos, os quais são

¹³ BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011. p. 22.

¹⁴ MEDEIROS. Erick Felipe. **Criminal Compliance**: instrumento preventivo da pessoa jurídica frente a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50858/criminal-compliance-instrumento-preventivo-da-pessoa-juridica-frente-a-lei-12-846-2013-lei-anticorruptao/2>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

¹⁵ MEDEIROS. Erick Felipe. **Criminal Compliance**: instrumento preventivo da pessoa jurídica frente a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Acesso em: 03 dez. de 2016.

¹⁶ DELMANTO. Fabio; D'ELIA. Fabio Suardi; CARVALHO. Renato Guimarães. **Compliance e Direito Penal Empresarial**. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/biblioteca/publicacoes/compliance-direito-penal-empresarial/805/>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

praticados contra a Administração Pública¹⁷.

Desta forma, a empresa que adotar o instituto *Compliance* terá que obedecer a legislação interna e externa, além de que deverá ter um código de ética para melhor funcionamento e gerenciamento. Logo, tem-se que o referido instituto tem a função de assegurar a adequação, o fortalecimento e o funcionamento de controle interno da instituição, em que o intuito é diminuir os riscos dos negócios que serão estabelecidos pela corporação, já que os clientes perceberão que a empresa transmite credibilidade¹⁸, como fica ainda mais evidente nos destaques realizados a seguir.

1.2 Efetiva Aplicação do Instituto *Compliance*

Como visto, o instituto do *Compliance* no âmbito empresarial, tem o objetivo de criar instrumentos para a concretização de valores para a empresa, como leciona Candeloro ao elaborar conceito ao instituto, destacando que *Compliance*:

[...] é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários¹⁹.

Isso é, o *Compliance* será utilizado para o controle de riscos legais ou regulatórios e de reputação, em que, quem fará isso será o agente responsável por aconselhar as linhas de negócios, áreas de suporte e políticas corporativas da empresa. E, será a pessoa que irá zelar pelos padrões éticos de comportamento vinculados ao comércio²⁰.

Risco legal ou regulatório, segundo Coimbra:

[...] relaciona-se a não conformidade com leis, regulações e padrões de *Compliance* que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc. Este arcabouço regulatório tem como fonte leis, convenções do mercado, códigos e padrões estabelecidos por associações, órgãos regulatórios e códigos de conduta²¹.

¹⁷ DELMANTO. Fabio; D'ELIA. Fabio Suardi; CARVALHO. Renato Guimarães. ***Compliance e Direito Penal Empresarial***. Acesso em: 02 dez. de 2016.

¹⁸ VIEIRA, Mariana Pessoa. ***Compliance: Ferramenta estratégica para as boas práticas de gestão***. Disponível em: <www.novoscursos.ufv.br/graduacao/ufv/sec/www/wp.../Mariana-Pessoa-Vieira.pdf>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

¹⁹ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. ***Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo***. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

²⁰ RIBEIRO. Marcia 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: 02 dez. de 2016.

²¹ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). ***Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações***. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

As regras e padrões que devem ser seguidos, a fim de que seja consolidado o *Compliance*, dependem do ramo de atividade empresária, entretanto, há de se considerar que as regras das atividades, muitas vezes, encontram-se formatadas em órgãos internacionais, tais como Acordo da Basiléia, Fundo Monetário Internacional (FMI), Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), entre outros²².

Aliadas as regras internacionais, há as regras nacionais, as quais devem ser analisadas conjuntamente. Para exemplificar, pode-se usar, no caso brasileiro, as regras estabelecidas pelos órgãos reguladores, tais como Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários, entre outros²³.

Assim sendo, o empresário, ao por em prática o supracitado instituto, obrigatoriamente, terá que se atentar aos órgãos internacionais e nacionais que se vinculam a sua atividade empresária.

O referido instituto igualmente envolve estratégia, a qual é aplicada a todos os tipos de organização, posto que, o meio onde se inserem as empresas, preza e exige condutas legais e éticas, a fim de que aquelas consolidem o comportamento. Aliado a tudo isso, não se pode olvidar, que o negócio deverá ser conduzido a buscar a lucratividade sustentável²⁴.

Posto essa razão, o empresário ciente das normas que deve respeitar, deverá elaborar o Código de Ética da Empresa, o qual deverá ser seguido por todos os funcionários e estabelecerá, de acordo com a realidade, cultura, atividade, campo de atuação e local de operação, as políticas internas da empresa.

Além de que deverá ter como objetivo prevenir demandas judiciais, obter transparência, salvaguardar a confidencialidade das informações entre a instituição e o cliente, evitar conflitos de interesses entre as partes da instituição, evitar ganhos pessoais indevidos, evitar ilícito de lavagem de dinheiro, disseminar na cultura organizacional a educação e os valores do *Compliance*²⁵.

Igualmente, o empresário terá que criar o Comitê Específico, terá que treinar os funcionários e os sócios constantemente, além de ter que disseminar a cultura do *Compliance*. Bem como, terá

²² RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas***. Acesso em: 02 dez. de 2016.

²³ RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas***. Acesso em: 02 dez. de 2016.

²⁴ RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas***. Acesso em: 02 dez. de 2016.

²⁵ RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. ***Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas***. Acesso em: 02 dez. de 2016.

que monitorar o risco de *Compliance*, revisar periodicamente o sistema criado, incentivar as partes e criar um canal que seja confidencial, para que as denúncias sejam recebidas. Além disso, deverá estabelecer penalidades, em caso de descumprimento da conduta ética²⁶.

Segundo Gonçalves, ciente de tais regras e considerando o regramento nacional e internacional que abordam a atividade empresarial, a empresa aderente do instituto *Compliance* terá que:

Com a implantação da política de *Compliance*, a empresa tende a: orientar todas as suas ações para os objetivos definidos; utilizar os recursos de forma mais eficiente, visto que as decisões passam a ser mais econômicas, pois uniformes para casos similares; “proteção contra as pressões das emergências”; ter uniformidade e coerência em todos os seus atos e decisões, colaborando com a transparência dos processos; facilitar a adaptação de novos empregados à cultura organizacional; disponibilizar aos gestores mais tempo para repensar políticas e atuar em questões estratégicas; aumentar e aperfeiçoar o conhecimento da organização por todos os seus atores²⁷.

Sendo assim, a empresa que instaura o instituto do *Compliance* terá maior tendência a conquistar a confiança e credibilidade dos clientes, dos investidores e do mercado, o que trará consequências benéficas à empresa, dentre elas o aumento da lucratividade sustentável que garante um crescimento não só a empresa, mas a todos os agentes interessados no desenvolvimento e exploração de suas atividades, tais como funcionários, fisco, fornecedores e, por conseguinte, a sociedade em geral.

Não obstante a análise do *Compliance* demonstrar, por si só, a relevância de sua utilização, a história norte-americana recente de corrupção empresarial e as formas utilizadas para a combater e superá-la, podem servir como excelente exemplo, não apenas as empresas, mas também a administração pública brasileira, para superar a intensa crise moral e ética atualmente enfrentada. Assim sendo, o caso *Subprime* e Siemens é avaliado, em sequência, tecendo-se, após, considerações sobre as práticas adotadas e sua relevância para superação da crise brasileira.

2. A CRISE SUBPRIME E O ESCÂNDALO MORAL DAS EMPRESAS

Em 2001, o governo estadunidense, com o intuito de aumentar o consumo, efetuou a redução de taxas de juros e de impostos, o que fez com que ascendesse a economia interna. Logo,

²⁶ RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. *Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas*. Acesso em: 02 dez. de 2016.

²⁷ GONÇALVES, José Antônio Pereira. *Alinhando processos, estrutura e Compliance à gestão estratégica*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65.

com o crédito abaixo do custo, as famílias americanas aumentaram suas dívidas e mobilizaram o setor imobiliário dos EUA.

Tendo em vista a boa economia, as instituições financeiras passaram a ceder financiamentos a pessoas de diversas classes sociais, isto é, passaram a fornecer crédito a famílias que não conseguiam comprovar renda e eram conhecidas na praça como inadimplentes. A concessão de crédito a esse tipo de família se denominou setor *subprime*. A consequência disso foi que os imóveis se valorizaram e, como a economia no âmbito imobiliário estava em alta, o governo teve que inserir medidas de restrição às taxas de juros²⁸.

Diante da referida medida adotada pelo governo, as parcelas referentes a compra dos imóveis, aumentaram, o que gerou problemas às famílias de rendas mais baixas, pois ficaram impossibilitadas de quitar o valor da dívida das parcelas do imóvel adquirido. Assim, o setor imobiliário começou a sofrer com a inadimplência do setor *subprime*²⁹.

Considerando o dinamismo da economia e a inadimplência do setor *subprime*, o âmbito imobiliário que antes estava superaquecido, passou a sentir os abalos quanto ao descumprimento das obrigações do supracitado setor.

Essa cadeia de inadimplência acabou por contaminar os diversos setores da economia americana, haja vista que os bancos para fornecer empréstimos ao setor *subprime*, se valiam do processo de securitização que é uma técnica de agrupamento de vários ativos financeiros, os quais são convertidos em títulos negociáveis no mercado. Assim, a crise foi desencadeada³⁰.

2.1 Mecanismos de Gerenciamento e de Controle de Riscos Utilizados pelas Empresas para sair da Crise *Subprime* nos EUA

Diante da recessão de crédito nos EUA por parte dos bancos, devido à crise em 2008, a economia desaqueceu, o consumo diminuiu e empresas quebraram. Logo, os EUA, nessa época, vivenciaram o caos financeiro.

²⁸ SILVA, Claudeci. **Uma breve análise do contágio da crise subprime americana para a economia brasileira**. Universidade Estadual do Maringá. A Economia em Revista. Vol. 18. N, 1. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EconRev/article/view/12942>>. Acesso em: 04 dez. de 2016.

²⁹ SILVA, Claudeci. **Uma breve análise do contágio da crise subprime americana para a economia brasileira**. Acesso em: 04 dez. de 2016.

³⁰ SILVA, Claudeci. **Uma breve análise do contágio da crise subprime americana para a economia brasileira**. Acesso em: 04 dez. de 2016.

Desse modo, tendo em vista o sistema financeiro em crise, deflagrou-se o problema da assimetria de informações, em que as pessoas evitam transacionar, isto é, evitam pedir empréstimos ao banco e evitam movimentar a economia.

Além de que surge o risco moral, ou seja, as empresas, diante da crise, têm menos a perder e logo investem em empréstimos de alto risco. O que, consoante à lição de Kreps³¹ é um problema, pois “quando uma parte de uma transação pode tomar certas ações que afetem o resultado obtido pela segunda parte, mas que a segunda parte não pode monitorar ou controlar perfeitamente”.

Na presença do risco moral, portanto, surgirá a perda da eficiência, ou seja, uma das partes da transação comercial sairá favorecida, pois tomará atitudes que prejudicam a outra parte³².

Assim diante da assimetria de informações, o risco moral e ciente dos problemas que podem ser desencadeados com isso, os órgãos internacionais ao perceberem que uma das principais economias do mundo se encontrava em crise, emitiram uma recomendação ao país norte-americano, no sentido de fortalecer as políticas de *Compliance* empresarial, informando que inúmeras leis de vários países estabeleceram a obrigação de instalar o referido instituto para monitoramento interno.

Aliadas as referidas medidas, diversos países desenvolveram ou aperfeiçoaram a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, com a intenção de penalizar quem não cumprisse o sistema *Compliance*³³.

A partir da adoção dessas medidas, além do socorro financeiro governamental, foi possível que as empresas norte-americanas se reerguessem e, logo, a credibilidade perante o mercado externo aumentou, haja vista a adoção de monitoramento de leis internas e externas pelas empresas dos Estados Unidos.

Situação semelhante ocorreu com a empresa Siemens, relato subsequente, a qual, após sofrer escândalos de corrupção, inseriu o instituto *Compliance*, a fim de superar o abalo financeiro e moral, o que fez com que a sua credibilidade aumentasse, como é possível analisar no caso da Siemens abaixo tratado.

³¹ KREPS, David. **A course of microeconomics theory**. New York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

³² BONATTO, Alessandro Rebello. **O problema do risco moral**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/o-problema-do-risco-moral/26865/>>. Acesso em: 04 dez. de 2016.

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

3. CASO DA EMPRESA SIEMENS

3.1 O Escândalo da Empresa Siemens

A empresa Siemens é uma indústria de origem alemã relacionada à inovação e tecnologia, direcionada, principalmente, aos setores de geração de energia, para o setor hospitalar, setor de infraestrutura das cidades e da indústria.

Após a adoção do sistema *Compliance* a Siemens adotou um Código de Conduta e estabeleceu como política primordial a integridade da empresa pautando todas as suas ações na honestidade de seus integrantes, no respeito mútuo, na responsabilidade e integridade.

Mas, nem sempre a empresa teve como foco os referidos objetivos, posto que já foi alvo de um grande escândalo de corrupção, motivo pelo qual serve como paradigma a ser analisado.

Entre 2001 a 2007, a empresa Siemens pagava propina a autoridades de vários países, a fim de conquistar os contratos públicos. Os Estados Unidos, berço de normas anticorrupção, começou a investigar esses casos e detectou que a Siemens efetuou mais de quatro mil contratos ilegais, com o intuito de obter a hegemonia dos contratos públicos³⁴.

Confirmada a corrupção desenvolvida pela empresa de origem alemã, os EUA aplicaram uma multa de vultuosa monta para o mundo corporativo, ou seja a Siemens teve que desembolsar para os governos americano e alemão o importe total de US\$ 1,6 bilhões (um bilhão seiscentos milhões de dólares)³⁵.

Para o Diretor Executivo da Transparência Internacional, entidade com sede em Berlim, Christian Homborg, este foi um escândalo que mobilizou o mundo dos negócios da Alemanha³⁶.

A partir do caso da Siemens, as condutas impróprias praticadas pela empresa serviram de aprendizagem para o mundo dos negócios alemão, e o ato de pagar propina no exterior passou a ser proibido na Alemanha com a adoção, no país, da Lei norte-americana do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)³⁷.

³⁴ GALLAS. Daniel. **Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina'**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

³⁵ GALLAS. Daniel. **Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina'**. Acesso em: 02 dez. de 2016.

³⁶ GALLAS. Daniel. **Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina'**. Acesso em: 02 dez. de 2016.

³⁷ GALLAS. Daniel. **Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina'**. Acesso em: 02 dez. de 2016.

3.2 A Empresa Siemens e o Instituto *Compliance*

A empresa, diante do escândalo supramencionado, para voltar a conquistar o mercado, apostou em tecnologia e regras mais rígidas de governança, risco e *Compliance*, além de que a Siemens começou a prezar pela integridade da empresa.

Em seu Manual de Conduta Profissional de 2009³⁸, voltado a todos os profissionais e colaboradores da Siemens, para se familiarizarem com o termo integridade, em que este é considerado forma de conduta, isto é ter boa capacidade de avaliação de cada situação.

Ademais, todos os colaboradores e integrantes da Siemens, caso tenham dúvidas de como agir, deverão buscar as várias fontes de informação que a empresa oferece, a fim de que se evite conduta desleal e antiética, a qual pode prejudicar a reputação da empresa.

A Siemens, inclusive, em seu Manual de Conduta afirma que a reputação da empresa está atrelada às ações dos colaboradores e funcionários e também salienta que, como a empresa comercializa com diversos países, deve atentar a Lei de cada país onde está se estabelecendo as negociações e, acima de tudo, respeitar a etnia, raça e cultura de cada povo.

Dessa forma, a Siemens, principalmente a partir de 2009, visualizou que o trabalho em conjunto do gestor, colaborador e demais agentes interessados nas negociações, seria de essencial importância para cumprir todas as Leis, dentro do monitoramento de um programa de *Compliance*, cabendo ainda ao gestor dar o exemplo ao colaborador, servir como instrutor e monitor de cada agente envolvido e demonstrar que este deve agir com a mais absoluta clareza.

O princípio da lealdade, passou a ser a regra a ser seguida em todas esferas da empresa, até mesmo em relação à concorrência. O Manual de Conduta ainda estabeleceu que os seus colaboradores da Siemens não podem incitar, aceitar, exigir, obter ou receber promessas de benefícios, a não ser que esses tenham apenas valor simbólico e que a Siemens não faria quaisquer contribuições de cunho político³⁹.

Percebe-se que as medidas adotadas a partir da implementação do programa de *Compliance* fez com que a Siemens passasse a agir dentro da mais estrita legalidade e em combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, medidas que por sua vez resultaram na volta de confiança do mercado

³⁸ KAESER, Joe. **Código de Conduta Profissional da Siemens**. Edição Janeiro 2009. Disponível em: <https://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/findIT_CL_CO_AT_55.pdf>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

³⁹ KAESER, Joe. **Código de Conduta Profissional da Siemens**. Edição Janeiro 2009. Disponível em: <https://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/findIT_CL_CO_AT_55.pdf>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

garantindo a empresa um crescimento sustentável que envolve um ganho pulverizado também aos colaboradores, governos e sociedade em geral onde a Siemens mantém suas relações empresariais.

O exemplo não tão distante do reerguimento da Siemens também pode servir de padrão às empresas brasileiras para superação da profunda crise moral atravessada pela nação, principalmente com a repercussão das medidas da Laja-Jato, como se demonstrará a seguir.

4. A BOA GOVERNANÇA E O EXEMPLO DAS EMPRESAS DOS EUA PARA SOLUCIONAR A CRISE MORAL DO BRASIL

4.1 A Lava-Jato e a Perda de Credibilidade das Empresas Brasileiras

Indicada como a maior operação ligada à investigação de corrupção e de lavagem de dinheiro do Brasil, a Lava-Jato⁴⁰ situa-se no esquema de corrupção instalado na maior companhia estatal do país, a Petrobras, onde se investiga o desvio de bilhões de reais de seus cofres para beneficiar de forma espúria empresas, funcionários, políticos, prestadores de serviços numa ganha tamanha de corrupção até hoje ainda não concluída.

Derivada das diversas fases de investigação da Petrobras surgiram distintas empresas envolvidas, mais especificamente empreiteiras, redes de postos de gasolinas, redes de hotéis, as quais pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos que geraram contratos superfaturados.

Efeitos que podem ser chamados de colaterais do maior combate à corrupção instaurado no país, foram o aprofundamento da crise moral, política e econômica no Brasil que, por sua vez, ocasionaram, não obstante as grandes manifestações de apoio populares, a perda de credibilidade no mercado externo além de lançar o país na maior taxa de desemprego da história⁴¹.

A Lava-Jato, apesar de ainda estar ativa, deixa como marco a nação brasileira não apenas o combate à corrupção, mas como principal lição a necessária mudança de hábitos das empresas, políticos, gestores públicos e da população em geral na adoção de um comportamento ético, livre de cobiça e de egoísmo.

⁴⁰ MPF. **Caso Lava-Jato**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

⁴¹ OLIVEIRA. Rosania. **Operação Lava Jato**: Início do Combate à Corrupção ou apenas um grande circo midiático?. Disponível em: <<http://www.focanews.blog.br/2016/11/operacao-lava-jato-inicio-do-combate.html>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

4.2. O Exemplo das Empresas dos EUA e da Siemens e a Adoção do *Compliance* para Fortalecer as Relações Negociais das Empresas Brasileiras

Vê-se nos destaques mencionados anteriormente que nos problemas enfrentados pelas empresas americanas com a chamada crise do *subprime* e a perda da credibilidade perante o mercado externo a adoção efetiva pela nação de medidas e ações de combate a corrupção pelo então denominado sistema *Compliance* – naquela ocasião defendida por órgãos internacionais com o intuito de manterem a maior economia do mundo em atividade, por motivos óbvios – razão pela qual as empresas norte-americanas conseguiram, em um curto espaço de tempo, mudar a sua imagem no cenário internacional e voltar a prosperar novamente.

O *Compliance*, na ocasião, foi incorporado às empresas com a adoção de um Código de Normas e Conduta, onde as empresas passaram a priorizar normas internas e externas que auxiliavam no combate à corrupção e, por conseguinte, transmitiam a ideia de integridade e confiança.

De igual modo, a empresa Siemens ao passar por situação semelhante, quando pagava propina a outros países para conquistar os contratos públicos no período de 2001 a 2007, também adotou medidas que pudessem atuar diretamente na recuperação de sua credibilidade, aderindo à política de integridade e respeito as leis, para isso elaborou Código de Ética interno e implementou o sistema *Compliance*. Em pouco tempo a Siemens novamente se consolidou como grande empresa de tecnologia mundial, servindo inclusive seu programa de *Compliance* como modelo a ser seguido por demais gestores de grandes corporações mundiais.

Da mesma forma, observa-se que as empresas brasileiras, principalmente com a repercussão da Lava-Jato, estão atravessando período semelhante de perda de credibilidade mundial. Envolvidas em corrupção e lavagem de dinheiro ocasionaram a diminuição de investimentos do mercado internacional, a desclassificação no ranking de investimentos, a inabilitação de concorrerem em licitações públicas, além de serem o grande estopim de uma crise moral, política e econômica incontestável, emergindo, por conseguinte, a necessidade de adoção de medidas drásticas de combate à corrupção que provoquem o fortalecimento das corporações, tanto no setor interno, quanto no externo, e garantam a virada deste funesto quadro recessório, a necessidade de adesão a um programa de integridade, *Compliance*⁴².

⁴² OLIVEIRA. Rosania. **Operação Lava Jato**: Início do Combate à Corrupção ou apenas um grande circo midiático?. Disponível em:

O instituto do *Compliance* é um passo para ascensão das empresas brasileiras, já que se incorporará os valores de ética e sustentabilidade e se fará negociações conforme as normas. Ademais será indispensável que a administração das empresas assumam a responsabilidade com a governança e que todos os funcionários se comprometam a seguir as regras estabelecidas.

A modelo do que ocorreu nos EUA e na Empresa Siemens, a implementação do sistema *Compliance* iniciaria com a adoção de um Código de Conduta, seguido, posteriormente, de medidas internas nas empresas que permitam a adoção de Políticas de Comunicação de livre acesso as informações, o estabelecimento de um Comitê de Ética que possa monitorar, instruir e instituir sanções a eventuais infrações, um Sistema de Recrutamento pautado na Ética, bem como num Sistema de Controle Interno e de Auditoria⁴³.

Ações públicas foram tomadas na publicação de legislação (Lei Anticorrupção de nº 12.846/2013) e pelo programa de integridade ou *Compliance* (Decreto de nº 8.420/2015) que estabelecem critérios claros a serem adotados pelas empresas no sentido da implementação de um sistema de integridade.

A efetiva implementação de tais medidas tem o condão de auxiliar a recuperação da credibilidade moral das empresas brasileiras, pondo um fim na profunda crise moral enfrentada e a recuperação econômica, política e social que advirão como subprodutos⁴⁴.

A oportunidade está sendo ofertada, os exemplos apontam caminhos sólidos que podem ser trilhados, resta saber se ações tanto públicas quanto privadas serão efetivamente tomadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do artigo se compreendeu o instituto *Compliance*, o motivo de o utilizar e sua efetiva aplicação.

O primeiro item demonstrou que o *Compliance*, somente em 2010, foi visualizado como risco a atividade empresarial, nos EUA, sendo que o Brasil veio a aderir a essa medida em 2012. Num segundo instante, devido a Crise *Subprime*, os EUA vivenciaram a perda de eficiência nas transações

<<http://www.focanews.blog.br/2016/11/operacao-lava-jato-inicio-do-combate.html>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

⁴³ OLIVEIRA. Rosania. **Operação Lava Jato**: Início do Combate à Corrupção ou apenas um grande circo midiático?. Disponível em: <<http://www.focanews.blog.br/2016/11/operacao-lava-jato-inicio-do-combate.html>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

⁴⁴ OLIVEIRA. Rosania. **Operação Lava Jato**: Início do Combate à Corrupção ou apenas um grande circo midiático?. Disponível em: <<http://www.focanews.blog.br/2016/11/operacao-lava-jato-inicio-do-combate.html>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

comerciais e a solução para isso foi fortalecer o *Compliance* e aperfeiçoar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

No terceiro momento, demonstrou-se que a Siemens, após efetuar ilegalidades e ser penalizada por isso, aderiu a políticas mais rígidas de governança e passou a prezar pela integridade empresarial para evitar condutas desleais e antiéticas. Por fim, no quarto item se analisou que a Lava-Jato apura o maior esquema de corrupção do Brasil, o que evidencia a necessidade de mudança de hábitos pelas empresas e cidadãos, já que visível a perda de credibilidade das empresas brasileiras perante o mercado mundial.

Percebe-se que diante da questão aqui abordada o Instituto *Compliance* é uma ferramenta útil para as empresas se fortalecerem diante de crise moral.

Vários são os benefícios da adesão ao instituto pelas empresas, uma vez que estas, ainda que o cenário do país seja de crise, ao adotarem uma postura de integridade empresarial e políticas rígidas de governança, conseguem ganhar credibilidade no mercado externo.

Por outro lado, observou-se que a efetividade do instituto depende de mudanças de comportamento e conduta, em que deverá existir o gerenciamento ao risco e o controle interno por meio de auditoria, a qual averiguará se todos os integrantes da empresa obedecem as normas e as cumprem.

Verificou-se, no entanto que a discussão apenas encontra base legal no Brasil, por intermédio da Lei Anticorrupção de nº 12.846/2013 e pelo programa de integridade ou *Compliance* (Decreto de nº 8.420/2015).

Por fim, chega-se a ponderação de que o referido instituto não é a solução de todos os problemas concernentes à corrupção e lavagem de dinheiro. A efetiva saída é as pessoas entenderem que o agir de modo ético e responsável, desprendido de cobiça e egoísmo, gerará o retorno de credibilidade as empresas e fim da crise moral.

Destaca-se, entretanto, que o presente artigo não tem caráter exauriente, mas pretende tecer reflexões sobre o tema que provoque outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com a efetivação do *Compliance* e, por conseguinte, no fim da crise moral atravessada pelas empresas brasileiras.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

BIELGELMAN, Martin T. **Building a world-class compliance program**, Hoboken, NJ: John Wiley, 2008.

BONATTO, Alexsandro Rebello. **O problema do risco moral**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/o-problema-do-risco-moral/26865/>>. Acesso em: 04 dez. de 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. **O que é compliance no âmbito do Direito Penal?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010.

DELMANTO. Fabio; D'ELIA. Fabio Suardi; CARVALHO. Renato Guimarães. **Compliance e Direito Penal Empresarial**. Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/biblioteca/publicacoes/compliance-direito-penal-empresarial/805/>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act. Disponível em: <<http://www.investopedia.com/terms/d/dodd-frank-financial-regulatory-reform-bill.asp>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

GALLAS. Daniel. **Escândalo da Siemens 'ensinou empresários alemães a não pagar propina'**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

GONÇALVES, José Antônio Pereira. **Alinhando processos, estrutura e Compliance à gestão estratégica**. São Paulo: Atlas, 2012.

KAESER, Joe. **Código de Conduta Profissional da Siemens**. Edição Janeiro 2009. Disponível em: <https://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/findIT_CL_CO_AT_55.pdf>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

KREPS, David. **A course of microeconomics theory**. New York: Harvester Wheatsheaf, 1994.

MEDEIROS, Erick Felipe. **Criminal Compliance**: instrumento preventivo da pessoa jurídica frente a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50858/criminal-compliance-instrumento-preventivo-da-pessoa-juridica-frente-a-lei-12-846-2013-lei-anticorrupcao/2>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

MPF. **Caso Lava-Jato**. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

_____. **O que é uma política antitruste?** Disponível em: <<https://dicionariodaeconomia.blogspot.com.br/2016/03/o-que-e-uma-politica-antitruste.html>>. Acesso em: 03 dez. de 2016.

OLIVEIRA, Rosania. **Operação Lava Jato**: Início do Combate à Corrupção ou apenas um grande circo midiático?. Disponível em: <<http://www.focanews.blog.br/2016/11/operacao-lava-jato-inicio-do-combate.html>>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A crise financeira de 2008**. Revista de Economia Política, vol. 29, nº 1 (113), pp. 133-149, janeiro-março/2009.

RIBEIRO, Marcia 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: 02 dez. de 2016.

SILVA, Claudeci. **Uma breve análise do contágio da crise subprime americana para a economia brasileira**. Universidade Estadual do Maringá. A Economia em Revista. Vol. 18. N, 1. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EconRev/article/view/12942>>. Acesso em: 04 dez. de

2016.

VIEIRA, Mariana Pessoa. **Compliance**: Ferramenta estratégica para as boas práticas de gestão. Disponível em: <www.novoscursos.ufv.br/graduacao/ufv/sec/www/wp.../Mariana-Pessoa-Vieira.pdf>. Acesso em: 02 dez. de 2016.

COMPETÊNCIA DA ANTAQ PARA HOMOLOGAÇÃO, FIXAÇÃO DE REAJUSTES E REVISÕES DAS TARIFAS PORTUÁRIAS. ANÁLISE SISTEMÁTICA DA TABELA DE TARIFAS APLICADA NO PORTO DE ITAJAÍ

Alexandre dos Santos Priess¹

Beatriz Oliveira Iaquito²

Rômulo Piske³

Wilson Deschamps Soares⁴

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar uma das principais competências da ANTAQ, qual seja o controle das tarifas portuárias⁵, por meio do qual ocorre a homologação⁶, a fixação de reajustes⁷ e as revisões⁸ de tais taxas.

A pesquisa em apreço também tem como finalidade demonstrar a influência dessa função da ANTAQ no Porto de Itajaí. Além disso, será examinada a forma de fixação das tarifas portuárias e os valores aplicados no Porto de Itajaí, demonstrando, por consequência a importância da agência para a organização do transporte aquaviário.

¹ Alexandre dos Santos Priess. Advogado e Professor Universitário. Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB (Itajaí). Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Email: alexandrepriess@hotmail.com

² Beatriz Oliveira Iaquito. Estudante de Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Campus Itajaí/SC - Brasil). Email: iaquintobeatriz@gmail.com.

³ Rômulo Piske. Estudante de Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Campus Itajaí/SC - Brasil). Email: romulopiske@gmail.com.

⁴ Wilson Deschamps Soares. Estudante de Graduação do Curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí (Campus Itajaí/SC - Brasil), Graduado em Gestão Pública pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER. Email: wilsondsoares@hotmail.com.

⁵ Pauta de preços pela qual a administração do porto cobre os serviços prestados aos usuários. ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DO PARANÁ. **Dicionário básico portuário**. 2. ed. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2011.

⁶ Ato administrativo que aprova, referenda os atos já praticados por uma autoridade ou comissão, como o objetivo de obter força executória e validade legal. Pode ser decisão de autoridade judicial ou administrativa. Ato que confirma e gera eficácia na situação, aprovação, ato de saneamento. CASTARDO, Hamilton Fernando. **Dicionário jurídico-tributário**. 2 ed. Limeira: Castardo, 2016.

⁷ O reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio. JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 10. ed., 2004, p. 389.

⁸ A revisão é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 10. ed., 2004, p. 389.

Assim, o trabalho será dividido em três partes. A primeira, discorrerá acerca das autarquias, classe em que a ANTAQ se enquadra na Administração Pública indireta. Após, na segunda parte, será abordada a competência da autarquia supramencionada no que concerne às tarifas portuárias. Por fim, a terceira parte consiste na análise das tabelas tarifárias da ANTAQ, aplicadas ao Porto de Itajaí.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. Das Autarquias

O modelo de Estado adotado no Brasil organiza-se em consonância com o modelo de Estado moderno, com a previsão de cisão de suas competências e atividades em funções estatais denominadas de Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário⁹, que objetiva impedir a concentração de poderes para resguardar a liberdade do homem contra os abusos dos governantes, conforme dispõe o art. 2º da CRFB/88.

Com a previsão constitucional dos Três Poderes e a divisão política do território, após a organização Soberana do Estado, sucede a estruturação da Administração, ou seja, organização legal das entidades e órgãos que desempenham suas devidas funções através de agentes políticos.¹⁰

A Administração Pública é dividida em Direta e Indireta; a Administração Pública Direta é formada pelos entes estatais e seus órgãos que compreendem a União, os Estados e os Municípios.¹¹

Quanto à Administração Pública Indireta, Carvalho Filho¹² afirma que “ (...) é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada”.

Conforme o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/1967¹³, a Administração Pública Indireta compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: empresas públicas; as sociedades de economia mista; as fundações públicas; e autarquias, categoria em que se enquadra a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, objeto de estudo do presente artigo.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 846.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

¹¹ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 247.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481.

¹³ BRASIL. **Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm . Acesso em: Fev.2017.

O Decreto-Lei nº 200/67, em seu art. 5º, I, cuida de definir autarquia federal como sendo:

O serviço autônomo, criado por lei, como personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da Administração Pública, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

O referido enunciado não permite ao intérprete identificar se a figura legalmente instaurada tem natureza autárquica, pois deixa de mencionar a personalidade de Direito Público, característica que permite às autarquias serem titulares de interesses públicos, ao contrário de pessoas de Direito Privado, que podem apenas exercer atividades públicas.¹⁴

Segundo Meirelles ¹⁵, as autarquias, criadas por legislação específica, são entes administrativos autônomos, com atribuições estatais específicas, patrimônio próprio e personalidade jurídica de Direito Público.

Ademais, as autarquias são imunes a impostos sobre patrimônio, renda e serviço (art. 150, § 2º, CRFB/88), desde que em atividades vinculadas às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.

O ordenamento jurídico brasileiro conferiu situação de agência reguladora a algumas autarquias, também qualificadas como “autarquias sob regime especial”, com o fim de que estas possuam mais liberdade do que as demais autarquias, contudo doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ que “a única particularidade marcante do tal *regime especial* é a nomeação pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, dos dirigentes da autarquia (...)”

As agências reguladoras, segundo Dagoberto Lima Godoy¹⁷, são:

[...] instrumentos balanceadores da descentralização da ação estatal – com a delegação dos serviços públicos à iniciativa privada, em busca de maior eficiência e qualidade – e da indispensável preservação do interesse público, vale dizer dos direitos do cidadão-usuário.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho¹⁸, a função principal das agências reguladoras é de:

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 164.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 440.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 173.

¹⁷ GODOY, Dagoberto Lima. **Um modelo matricial de organização para Agência Reguladora Multissetorial**. Porto Alegre: Marco Regulatório, 1999, p. 27.

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015

(...) controlar, em toda a sua extensão, a prestação de serviços públicos e o exercício das atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

Por conseguinte, é nesse contexto que se enquadra a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, autarquia de regime especial vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, criada pela Lei nº 10.233/2001, responsável por regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.

1.2. Da Competência para homologação, fixação de reajustes e revisões das tarifas portuárias

A ANTAQ, por meio de sua norma instituidora, recebeu atribuições de Agente Regulador e adquiriu poder normativo, ou seja, a lei conferiu a ela a capacidade para editar regulamentos relativos à navegação marítima fluvial e lacustre, transporte aquaviário, portos, atividades do setor portuário, dentre outros.¹⁹

Além de tais competências, é de responsabilidade da ANTAQ o reajuste e a revisão dos preços e das tarifas das atividades portuárias. Dispõe o art. 27, inciso VII, da Lei 10.233/01²⁰:

Compete à ANTAQ promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de quinze dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda.

Além da legislação supramencionada, outros dois dispositivos legais também mencionam a competência da ANTAQ. São eles, o Decreto nº 4.122/02²¹, em seu art. 3º, repete o texto dado pela Lei 10.233/01²²; e uma portaria do Ministro da Fazenda (Portaria nº 118/02) estabelece os critérios a serem observados para os reajustes e as revisões das tarifas dos serviços públicos regulados pela ANTAQ.

Vale ressaltar o art. 3º, inciso I da Portaria nº 118/02²³ da ANTAQ, afirma que as revisões

¹⁹ MILLER, Thiago Testoni de Mello. Direito Portuário: regulação e trabalho na Lei 12.815/13. São Paulo: All Print, 2015. p. 40.

²⁰ BRASIL. **Lei nº. 10.233, de 5 de junho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: Fev.2017.

²¹ BRASIL. **Decreto nº. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4122.htm. Acesso em: Fev.2017.

²² BRASIL. **Lei nº. 10.233, de 5 de junho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: Fev.2017.

²³ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Portaria n. 118 de 17 de maio de 2002**. Disponível em:

ordinárias deverão estar previstas nos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização, ou nos convênios de delegação.

Ressalta-se também o procedimento adotado pela ANTAQ, no qual as propostas de reajuste tarifário serão elaboradas anualmente pelas Administrações Portuárias e encaminhadas à agência, que analisará as propostas e as aprovará, podendo solicitar informações e esclarecimentos antes da aprovação.

Tais propostas deverão justificar os acréscimos, variações de custos ou despesas, devendo mostrar a necessidade do reajuste das tarifas, além de apresentar, no mínimo, determinados dados e demonstrativos, sendo estes:

- a) Demonstrativo das alterações dos custos operacionais e da evolução de índices de preços ou tarifas de serviços públicos, regionais ou nacionais;
- b) Demonstrativo da composição do custo ou despesa total (cálculo das alterações ocorridas em determinado período);
- c) Demonstrativo da incorporação de receitas de outras fontes para fins de modicidade das tarifas;
- d) Demonstrativo da situação econômico-financeira (cálculo da deficiência ou do excesso do reajuste tarifário, além do cálculo da necessidade do mesmo);
- e) Demonstrativo da transferência aos usuários de parcela dos ganhos de eficiência da Administração do Porto.

Anexos às propostas de reajuste tarifário, a ANTAQ determina que a Administração do Porto explique a tarifa em vigor, o comparativo das principais taxas da tarifa em comparação com as de portos da mesma região ou de idêntica expressão econômica, além do demonstrativo dos passivos acumulados ou débitos pendentes, dos balanços patrimoniais e demonstrações de resultados da Administração do Porto.

Concluída e aprovada a análise, a ANTAQ comunicará ao poder concedente, ao Ministério da Fazenda, bem como às Administrações Portuárias, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis.

1.3. Do Porto de Itajaí e das tarifas cobradas pela ANTAQ

Do ponto de vista jurídico, há dois tipos de portos: os públicos ou organizados, pertencentes à União; e os privados, não pertencentes à União. Os portos públicos podem ser arrendados a investidores privados, mediante Licitação Pública, enquanto os portos privados são construídos

mediante autorização²⁴.

Operacionalmente, ambos devem seguir os mesmos princípios do serviço público portuário, ainda que suas modalidades de preços sejam diferentes: portos públicos cobram preços públicos (tarifas) homologadas pela ANTAQ e portos privados cobram preços de mercado.

O Complexo Portuário de Itajaí é constituído pelo Porto de Itajaí (formado pelo Porto Público e APM Terminals Itajaí), Portonave S/A, Terminal Portuário Braskarne, Trocadeiro Terminal Portuário, Poly Terminal S/A e Teporti Terminal Portuário Itajaí S/A.²⁵

O referido Porto é considerado Autoridade Portuária, sendo que esta é delegada ao município pelo Convênio 08/97 (entre Município e União) e exercida pela Superintendência do Porto de Itajaí, autarquia municipal criada em junho de 2000 para assegurar as condições operacionais e garantir a infraestrutura terrestre e aquaviária para os terminais que compõem o complexo²⁶.

Para maior entendimento, faz-se mister esclarecer que a Autoridade Portuária é um Poder Público Federal, com previsão no Artigo 21, inciso XII, alínea f, da CRFB/1988, que implica necessariamente em poder de polícia que, evidentemente, uma empresa administradora legalmente não teria.²⁷

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

[...]

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

O Regulamento Portuário brasileiro, consolidado pela Resolução da ANTAQ n. 3.274/14²⁸, disciplina as funções da autoridade portuária prevendo, entre outras coisas, que a Autoridade Portuária tem por obrigação cobrar dos seus clientes (arrendatários, operadores, companhias de

²⁴ SOARES, Claudio César. Habemus um Regulamento Portuário - 2. 2014. Disponível em: <http://www.exportmanager.com.br/noticia.php?id=148#.VyKOp3ErLIU>. Acesso em: Fev. 2017.

²⁵ PORTO DE ITAJAÍ (Brasil). **Porto de Itajaí: Infraestrutura**. Disponível em: <http://www.portoitajai.com.br/novo/c/infraestrutura>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁶ PORTO DE ITAJAÍ (Brasil). **Porto de Itajaí: Apresentação**. 2010. Disponível em: <http://www.portoitajai.com.br/novo/c/apresentacao>. Acesso em: 28 abr. 2016.

²⁷ LIMA, Gabriel Soares de. **O que é Autoridade Portuária?** 2015. Disponível em: <http://gabrielnelima.jusbrasil.com.br/artigos/196083028/o-que-e-autoridade-portuaria>.

²⁸ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Resolução n. 3.274, de 6 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Portaria118MF.pdf>. Acesso em: Fev. 2017.

navegação) tarifas previamente homologadas pela ANTAQ e, no caso de inadimplemento ou descumprimento de suas regras ou pagamento nas tarifas por parte dos seus clientes, deve informar os fatos à ANTAQ e tomar providências. Conforme prevê a resolução supramencionada, em seu art. 10:

Art. 10. A Autoridade Portuária deverá publicar tabelas de tarifas portuárias em seu sítio eletrônico no prazo de dez dias a contar de sua aprovação pela ANTAQ com a descrição detalhada de cada serviço portuário, da infraestrutura e dos equipamentos colocados à disposição e destinados às operações portuárias.

Ressalva-se que os arrendatários, classe anteriormente mencionada, são as pessoas que, tendo ganho a Licitação de áreas portuárias, firmaram contrato com a União para explorar economicamente uma determinada área ou instalação em porto organizado. Estes seguem as regras da Autoridade Portuária, mas são fiscalizados e têm os seus contratos auditados e monitorados pela ANTAQ.

A partir do momento em que tomam posse da área e ou instalação tornam-se os plenos responsáveis por elas, da mesma forma que um locatário é responsável pelo imóvel que aluga.

Embora os preços públicos necessitem de homologação da ANTAQ, a sua contratação é livre entre operador e usuário, sendo responsável por estes o operador portuário qualificado pela Autoridade Portuária, ainda que terceirizado.²⁹

Como já exposto, a ANTAQ possui competência para aprovação, homologação e fixação de reajustes e revisões das tarifas das autoridades portuárias, sendo que para cada autoridade, ou seja, cada porto, são fixadas diversas tarifas.

Leciona Osvaldo Agripino de Castro Junior³⁰:

(...) a regulação econômica das tarifas e preços em qualquer setor da infraestrutura é relevante pois inibe condutas oportunistas e a captura pelo poder econômico do órgão do governo, na relação entre prestadores de serviços x usuários. No setor portuário, como se trata de indústria de rede, essa regulação só existe com organização e participação dos usuários, bem como transparência na implementação do contrato de arrendamento. Isso se dá porque, muitas vezes, as autoridades portuárias "equivocam-se" na redação e interpretação desses contratos (...).

²⁹ SOARES, Claudio César. **Habemus um Regulamento Portuário** - 2. 2014. Disponível em: <http://www.exportmanager.com.br/noticia.php?id=148#.VyKOp3ErLIU>. Acesso em fev. 2017.

³⁰ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **A regulação econômica das tarifas e preços portuários: Usuários à deriva (parte 1)**. Disponível em: <http://www.uprj.com.br/a-regulacao-economica-das-tarifas-e-precos-portuarios-Usuarios-a-deriva-parte1.html>. Acesso em fev. 2017.

Quanto ao Porto de Itajaí (Autoridade Portuária) estão previstas no sítio da ANTAQ³¹ as tarifas em vigência desde novembro de 2015, as quais estipulam taxas referentes a: I) utilização da infraestrutura de proteção e acesso aquaviário; II) utilização das instalações de acostagem no Porto Público de Itajaí; III) utilização da infraestrutura terrestre do porto público; IV) serviços diversos e; V) serviços de armazenagem.

No que concerne às tarifas cobradas para a utilização da infraestrutura de proteção e acesso aquaviário, tem-se que essas são devidas pelo armador, e as referidas taxas remuneram a manutenção do calado, bem como a infraestrutura de Proteção e Acesso Aquaviário: águas tranquilas, com profundidades adequadas às embarcações no canal de acesso, nas bacias de evolução e junto às instalações de acostagem. Como exemplo, pode-se citar as tarifas no valor de R\$ 2,00 (dois reais) por tonelada, nas operações de carregamento, descarga, baldeação de graneis líquidos³².

Com relação às tarifas de utilização das instalações de acostagem no Porto Público de Itajaí, encontradas no Item 1, Tabela II das Tarifas Portuária do Porto de Itajaí, vê-se que também são devidas pelo armador e remuneram o cais de atracação do Porto público de Itajaí, permitindo a execução segura da movimentação de cargas, de tripulantes e de passageiros. Um exemplo é o valor de R\$ 3,71 (três reais e setenta e um centavos) cobrado por metro linear do comprimento total da embarcação atracada em operação de longo curso - embarcação que realiza transporte internacional - por período de 12 horas ou fração³³.

No que tange às tarifas para utilização da infraestrutura terrestre do porto público, observa-se que são devidas pelo Operador Portuário ou quando tratar-se de navios de cruzeiros, pelo armador e caracterizam-se como trânsito de mercadorias e pessoas remunerando a utilização da infraestrutura operacional terrestre. Ainda, os Operadores Portuários e Armadores de Cruzeiro devem recolher as tarifas para acesso e execução de suas operações no porto, abrangendo: salas de espera, check-in, recepção de bagagens, arruamento, pavimentação, sinalização e iluminação,

³¹ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>

³² BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>

³³ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>

acessos rodoviários, redes de água, esgoto, energia elétrica e telecomunicação, instalações sanitárias e vigilância das dependências portuárias. Tem-se como exemplo o embarque e desembarque de passageiros advindos de outra localidade no Brasil, em trânsito pelo Porto de Itajaí, onde é cobrado R\$ 44,81 (quarenta e quatro reais e oitenta e um centavos) por pessoa³⁴.

Já as tarifas de serviços diversos, são devidas pelo requisitante, remunerando o fornecimento de água e de energia elétrica, bem como serviços diversos executados pela Superintendência do Porto nas dependências do Porto. O fornecimento de água será acrescido da taxa de Serviço Municipal de Saneamento Básico e Infraestrutura – SEMASA, autarquia municipal da Cidade de Itajaí, por metro cúbico. Por exemplo, fornecimento de água, através de tubulação para embarcação ou consumidor instalado na área do porto, é devido R\$ 2,35 (dois reais e trinta e cinco centavos) por metro cúbico³⁵.

Por fim, as tarifas de serviço de armazenagem são devidas pelo dono da mercadoria ou requisitante e remuneram os serviços da fiel guarda de mercadorias importadas, a exportar ou em trânsito, depositadas sob responsabilidade da Superintendência do Porto, como por exemplo, R\$ 13,73 (treze reais e setenta e três centavos) por veículo (automóvel, ônibus, carreta, reboque, caminhão, cavalo mecânico, etc.) que permanecer nos pátios, por dia ou fração³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transporte aquaviário brasileiro é de extrema relevância para o crescimento da economia nacional, tendo em vista que, 95% (noventa e cinco por cento) das mercadorias que entram ou saem do país, passam por portos brasileiros. Diante disso, a ANTAQ exerce uma função substancial em regular tais relações portuárias, propiciando melhor mobilidade aquaviária, além de assegurar o interesse público e o desenvolvimento econômico do país.

Durante a pesquisa, verificou-se que a ANTAQ somente fixa as tarifas relativas aos portos públicos, que é o caso do Porto de Itajaí, enquanto que os portos privados têm a liberdade de fixar

³⁴ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>, acesso em 01/02/17.

³⁵ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>, acesso em 01/02/17.

³⁶ BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>>, acesso em 01/02/17.

suas taxas.

Contudo, tal prática de fixação de taxas deve ser realizada com cautela para que haja igualdade entre as tarifas cobradas pelos portos públicos e privados, a fim de que não haja concorrência desleal entre eles, pela liberdade exercida pelos particulares.

Por fim, denota-se que o arbitramento de tais tarifas é de suma importância para a manutenção da estabilidade financeira do Porto de Itajaí e para a economia do Município de Itajaí, porquanto a arrecadação do complexo portuário reflete na geração de receita para o ente da administração direta, beneficiando toda a população local.

Conclui-se, portanto, que a ANTAQ possui competência para a homologação, fixação de reajustes e revisões das tarifas portuárias dos portos públicos e, conseqüentemente, tal competência é fundamental para o desenvolvimento econômico do próprio porto e da região abrangida pelas atividades portuárias, como no caso em apreço, a região de Santa Catarina, especialmente o Vale de Itajaí.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DO PARANÁ. **Dicionário básico portuário**. 2. ed. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2011.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Resolução n. 3.274, de 6 de fevereiro de 2014**. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Portaria118MF.pdf>. Acesso em: Fev. 2017.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Tarifas Portuárias do Porto de Itajaí**. 2016b. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/Pdf/TarifasPortuariasItajai.pdf>

BRASIL. ANTAQ. **Portaria n. 118 de 17 de maio de 2002**. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Portaria118MF.pdf>. Acesso em: Fev.2017.

BRASIL. **Decreto nº. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4122.htm. Acesso em: Fev.2017.

BRASIL. **Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm . Acesso em: Fev.2017.

BRASIL. **Lei nº. 10.233, de 5 de junho de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm. Acesso em: Fev.2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 481.

CASTARDO, Hamilton Fernando. **Dicionário jurídico-tributário.** 2 ed. Limeira: Castardo, 2016.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **A regulação econômica das tarifas e preços portuários: Usuários à deriva (parte 1).** Disponível em: <http://www.uprj.com.br/a-regulacao-economica-das-tarifas-e-precos-portuarios-Usuarios-a-deriva-parte1.html>. Acesso em Nov. 2016.

GODOY, Dagoberto Lima. **Um modelo matricial de organização para Agência Reguladora Multissetorial.** Porto Alegre: Marco Regulatório, 1999, p. 27.

JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 10. ed., 2004, p. 389.

LIMA, Gabriel Soares de. **O que é Autoridade Portuária?** Disponível em: <http://gabrieldelima.jusbrasil.com.br/artigos/196083028/o-que-e-autoridade-portuaria>.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2016;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 164.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 846.

MILLER, Thiago Testoni de Mello. **Direito Portuário: regulação e trabalho na Lei 12.815/13.** São Paulo: All Print , 2015. p. 40.

PORTO DE ITAJAÍ (Brasil). **Porto de Itajaí: Infraestrutura**. Disponível em: <http://www.portoitajai.com.br/novo/c/infraestrutura>. Acesso em: 28 abr. 2016.

PORTO DE ITAJAÍ (Brasil). **Porto de Itajaí: Apresentação**. 2010. Disponível em: <http://www.portoitajai.com.br/novo/c/apresentacao>. Acesso em: 28 abr. 2016.

SOARES, Claudio César. **Habemus um Regulamento Portuário - 2**. 2014. Disponível em: <http://www.exportmanager.com.br/noticia.php?id=148#.VyKOp3ErLIU>. Acesso em Fev. 2017.

COMPLIANCE: O QUE PODEMOS APRENDER COM AS EMPRESAS JAPONESAS?

Jaqueline Cristina De Fátima Okubo¹

Ana Flávia Müller Camargo²

Roberto Epifanio Tomaz³

INTRODUÇÃO

O atual cenário político, corporativo e social brasileiro faz insurgir, ainda mais fortemente, a necessidade e a urgência de se exigir uma conduta ética e moral não apenas no âmbito governamental, como também no âmbito corporativo e empresarial.

Á exemplo disso às empresas japonesas, objeto de análise do presente artigo, já há algum tempo tem adotado padrões comportamentais baseados na visão ética e moral na condução de seus negócios que vai muito além das práticas empresariais, estabelecendo-se como uma característica intrínseca da cultura da população japonesa.

Por ser a terceira economia mundial, demonstrando que a ética aliada a moral criaram um modelo de excelência e de alto padrão de sucesso no mundo corporativo e empresarial, a análise das práticas empresariais japonesas aliadas à adoção de um sistema de integridade – *Compliance* – parecem indicar um caminho seguro para as empresas brasileiras recuperarem tanto sua confiança internacional/nacional quanto consolidarem seu crescimento com práticas idôneas que garantam sua manutenção.

Desta forma, o presente artigo se propõe a avaliar – ainda que sumariamente devido à limitação inerente a presente pesquisa – algumas práticas do mundo corporativo japonês que apontam para uma mudança de paradigma ao empresariado brasileiro que, efetivamente, através da adoção de um programa de *Compliance*, permitam o crescimento empresarial baseado em práticas éticas e morais.

¹ Acadêmica do 7º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, cidade de Itajaí/SC. Estagiária. E-mail: jaquemasimoveis@gmail.com.

² Acadêmica do 9º período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, cidade de Itajaí/SC. Estagiária. E-mail: anaflaviamullerc@gmail.com.

³ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, *Dottore in Ricerca di Diritto Pubblico* pela *Università degli Studi di Perugia*. Professor de Direito Empresarial dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (*Lato Sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, onde também Coordena os Cursos de Pós-Graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho. Teólogo. Advogado. E-mail: tomaz@univali.br.

Para tanto o artigo foi dividido em três momentos. No primeiro se apresenta algumas práticas adotadas pelas empresas japonesas na condução de seus negócios e que auxiliaram a nação a se tornar a terceira economia mundial em um curto espaço de tempo, contando do final da segunda grande guerra até os dias atuais. No segundo momento, o programa *Compliance* é apresentado em linhas gerais, permitindo o destaque das ações necessárias a sua adoção. No terceiro momento, se destacam algumas lições que podem ser obtidas das práticas empresariais japonesas ao mundo empresarial brasileiro.

O artigo se encerra com as considerações finais, onde se destaca os resultados mais significativos da presente pesquisa que em muito podem colaborar para a mudança de paradigma no mundo empresarial brasileiro.

Quanto à metodologia, destaca-se que nas diversas fases da pesquisa quanto no relato dos resultados que compõem o presente ensaio, a base lógico-comportamental utilizada foi a Indutiva⁴ aliada as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸ e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. MUNDO EMPRESARIAL JAPONÊS – PROFISSIONALISMO E FAMÍLIA

É de conhecimento geral que o sistema educacional do Japão é um dos melhores e mais eficazes do mundo e, além das disciplinas tradicionais como japonês, matemática e geografia, ainda é ensinado aos jovens, desde pequenos, lições de educação organizacional, como limpeza do ambiente onde convivem (escola) e preparo de suas refeições, sempre trabalhando em equipe, aprendendo a ajudar uns aos outros, priorizando – pelo menos nos primeiros anos de aprendizagem – a formação como pessoa (noções de respeito, ética, moral, educação ambiental, generosidade, entre outros) do que a formação curricular em si.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 86.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 54.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 25.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 37.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. p. 209.

Mesmo com uma qualidade educacional respeitável como a do Japão, exemplo para diversos países do mundo, as famílias japonesas não deixam a cargo exclusivo da escola a educação dos jovens. Ainda é muito forte e tradicional a educação familiar japonesa que transmite para seus sucessores os ensinamentos milenares de seus antepassados como, por exemplo, suas tradições samurais, prezando sempre por uma conduta honrosa, ética e moral, como destaca Drucker⁹:

Com efeito, os japoneses adotam suas próprias tradições no trabalho nas empresas e na indústria. As duas grandes habilidades do samurai, membros da casta de guerreiros que dominou o Japão 300 anos até 1.867, era o uso da espada e a caligrafia. Ambas exigem treinamento a vida toda. Em ambas continua-se treinando após ter-se atingido o domínio. E, se não se continuar treinando, logo se perde a habilidade.

Tais ensinamentos são contextualizados para a realidade atual, seja na esfera familiar, como também no ambiente de trabalho, sendo educados para agirem com respeito, honra e ética em qualquer função que desempenham.

E, de fato, os funcionários de uma empresa no Japão a encaram como uma família, por isso (salvo exceções, como não poderia deixar de haver, vez que se trata de um país inteiro), exercem suas funções com extremo profissionalismo, tendo por resultado disso um baixo índice de mudança de empregos entre os japoneses, fazendo com que um funcionário trabalhe desde jovem até sua aposentadoria numa mesma empresa, uma prática que ficou conhecida como emprego vitalício.

Esse método de emprego para vida toda significa que, caso não seja sua vontade se desligar, a empresa não dispensará o funcionário sem que haja um justo motivo, fazendo com que exista, entre empresa e funcionário, uma expectativa de emprego/mão-de-obra até alcançar a idade de aposentadoria do empregado, o que o incentiva a ser leal ao empregador, por ser um instituto que julgam vantajoso para si e para sua família. Tal procedimento é igualmente considerado vantajoso pelas companhias, pois economizam boa parte de seu capital reservado as despesas de pessoal, quando não precisam arcar com os custos da rotatividade de funcionários ao realizarem uma rescisão e/ou uma nova contratação, além de obterem, desta forma, empregados mais capacitados, aumentando a produtividade.

O motivo dos japoneses assumirem seu trabalho como sua família pode ser explicado pelo histórico dos comerciantes japoneses. Em uma determinada época (em torno de 1603 a 1868) surgiu à necessidade de se perpetuar os negócios de família por gerações, como forma de se inserirem

⁹ DRUCKER, Peter Ferdinand. **O que podemos aprender com a Administração Japonesa**. São Paulo: Abril Cultural, 1986. p 25.

como nobres na sociedade, tornando prioridade a longevidade da companhia, passando-a para seus sucessores. Para que se alcançasse a longevidade que se almejava, os fundadores das empresas familiares japonesas deixaram códigos de condutas éticas escritos, os denominados *Kakuns* que funcionavam como regras internas das empresas, muitas vezes também chamadas de constituição da família, as quais também passaram de gerações por gerações, sendo absolutamente obedecidas.

Um exemplo de empresa familiar centenária japonesa, surgindo aproximadamente em 1560, continuando no mercado até os dias atuais como uma das maiores fabricantes de molho de soja, *Kikkoman*, que adotou desde sua criação um *kakun*, utilizado até hoje, com algumas modificações ao decorrer do tempo, sendo a mais nova atualização em 2005, ficando o *kakun* com a seguinte redação conforme destacam Yamamoto e Vergara¹⁰:

1. Ética em primeiro lugar. Lucro em segundo plano. Nunca esqueça isso;
2. Mantenha a paz interna da família;
3. Evite luxo e extravagância. Mantenha-se na virtude da frugalidade e da simplicidade;
4. Não faça negócios que não estejam relacionados com a atividade principal da família;
5. O maior lucro é não sofrer prejuízo;
6. A competição é a origem do progresso, mas evite a concorrência irracional ou desnecessária;
7. Cuide bem da higiene e da saúde. A refeição é só com cereais de segunda, com uma sopa. Coma o mesmo que seus empregados comem;
8. Faça doações para obras públicas com a economia de seu próprio dinheiro. Entretanto, não a faça além da quantia compatível com sua posição;
9. Cada membro da família deve poupar seu dinheiro, preparando-se para a hora da adversidade;
10. Convoque uma reunião familiar duas vezes por ano. Na ocasião, o que deve ser priorizado e louvado é o caráter do indivíduo, não a riqueza que este acumulou.

Portanto, ao analisar o histórico das empresas japonesas, torna-se compreensível o fato de assumirem um profissionalismo tão sério a ponto de considerarem a empresa como uma família, seguindo as normas e códigos de condutas éticas, presente na grande maioria das corporações japonesas até hoje, como se estivessem prezando pela manutenção de seus próprios lares, por ser tal conduta praticada desde o início por seus antepassados, e passada como herança para as gerações futuras.

¹⁰ YAMAMOTO, Isao; VERGARA, Sylvia Constant. **Preceitos e norma internas (kakun) de casas comerciais japonesas: um estudo sobre a longevidade e a ética da corporação japonesa**. FGV-Cadernos EBAPE.BR, v. 6, n. 4, Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v6n4/v6n4a11.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017. p. 8.

Além dos códigos de ética e conduta, outro procedimento adotado pelas companhias japonesas é o “apadrinhamento”, termo utilizado por Drucker para mencionar o conceito de que quando numa grande corporação japonesa os funcionários mais antigos, geralmente aqueles da administração intermediária – que estão para subir mais ainda de cargo dentro da empresa – são escolhidos para orientar o desenvolvimento do jovem empregado, atuando como seu mentor, acompanhando seu crescimento profissional.

O Padrinho acompanha os passos de seus afilhados dentro da corporação, orientando e dando conselhos, devendo conhecer bem os mesmos, assim como sua rotina de vida dentro e fora da empresa, ensinando tudo aquilo que é de conhecimento deles e que será necessário para que seus afilhados, assim como ele, subam de nível dentro da empresa. O motivo de tal conhecimento, é que são os próprios padrinhos que levam até a direção quando seus afilhados estão prontos para assumir algumas responsabilidades ou até mesmo algum cargo de confiança.

Somando-se a estas práticas, está a forma como os japoneses tomam as decisões em suas corporações. Ao contrário do que ocorre aqui (no Ocidente em geral), eles não focam suas energias na solução para determinado problema, e sim estudam a fundo o problema em si, chegando até sua essência, e, por consequência, encontram a solução. Para chegar verdadeiramente na essência do problema, não é possível que o estudo seja realizado por um singular ou um grupo seletivo de pessoas, portanto, eles levam o problema para o maior número possível de colaboradores, de diferentes setores, analisando, dessa forma, diferentes perspectivas, alcançando a melhor solução. Tal prática ficou conhecida, destaca Drucker¹¹, como uma tomada de decisão em consenso, por não tomarem decisões de forma monocrática, e sim movimentando toda ou a maior parte da corporação/empresa.

O resultado da adoção de práticas como as destacadas acima está refletido na longevidade comercial rara de se encontrar em empresas de outras localidades ao redor do mundo, vez que, por estarem alicerçadas na moral em todos seus procedimentos, aumenta sua credibilidade perante a sociedade, além de blindar a empresa diante de diversas práticas danosas que poderiam prejudicar os resultados objetivados.

Por estas e outras razões as empresas japonesas servem de inspiração para companhias do mundo inteiro, apresentando um modelo que pode ser adotado também por empresas brasileiras

¹¹ DRUCKER, Peter Ferdinand. **O que podemos aprender com a Administração Japonesa**. p. 32.

aliadas a implantação de um sistema de regras morais e éticas na condução dos negócios – *compliance* – que em muito pode auxiliar o mundo corporativo não apenas na superação de tempos de crise, mas igualmente na sua consolidação de forma sustentável.

2. PROGRAMA DE *COMPLIANCE* – PAUTANDO AS PRÁTICAS EMPRESARIAIS EM VALORES ÉTICOS

O instituto *Compliance* tornou-se conhecido no Brasil nos últimos anos em decorrência da nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13), que traz a previsão de instrumentos para inibir e repreender atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas infratoras, sendo o *Compliance* um deles, tendo com sua efetiva aplicabilidade a possibilidade de abater um determinado percentual da eventual sanção aplicada.

Aliado ao sistema de combate a corrupção, surgiu a necessidade de se adequar aos padrões internacionais das grandes corporações, sendo introduzido no Brasil tal instituto como um programa de integridade funcional empresarial, para promover o estímulo da atividade empresarial sob uma ótica moral e ética. Assim, apesar do *compliance* no Brasil ser confundido, muitas vezes, apenas como um instrumento de combate à corrupção, o instituto é na verdade, muito mais amplo, como é possível perceber ao analisar sua aplicabilidade ao redor do mundo, onde a prática é mais antiga.

Manzi e Coimbra¹² conceituam o *Compliance* como sendo “o dever de cumprir, estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes e regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório”.

Desta forma, a implantação de um programa de integridade (*Compliance*) tem por função, além do combate à corrupção, servir de ferramenta para alcançar os objetivos da empresa de forma estratégica.

O processo de implantação de um programa de integridade, entretanto, conforme estipula Cartilha publicada pela Controladoria Geral da União – CGU¹³, para que possua alguma efetividade precisará estar baseado, no mínimo, em cinco pilares básicos.

¹² COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

¹³ CGU – Controladoria Geral da União. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. CGU: Setembro, 2015. Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

O primeiro pilar fica a cargo do apoio e comprometimento da alta direção da empresa, sendo indispensável para o funcionamento e efetividade do programa que os membros dirigentes da mesma ajam em conformidade com as leis, fomentando uma cultura ética dentre seus colaboradores. Em nada resultaria seguir todos os passos para a implantação se não houver o apoio e demonstração do compromisso da direção da empresa para que o instituto funcione, seja introduzindo o programa em seus discursos, quanto investindo na implantação do mesmo.

O segundo pilar é a criação de uma instância responsável pelo desenvolvimento do programa, bem como sua aplicação e monitoramento. Para isso, essa instância deve ser dotada de autonomia para poder implementar as mudanças que julgue necessário, bem como tomar decisões sabendo que serão apoiadas pela direção, sem sofrer reprimendas ou punições arbitrárias, dispondo de recursos financeiros suficientes para qualquer correção ou treinamento e podendo, para tanto, se dirigir ao mais alto nível da empresa.

O terceiro pilar é fazer uma análise do perfil da empresa, analisando os riscos que elas estão sujeitas, levando em consideração, para tanto, os setores de mercado em que ela atua, seu porte, estrutura, interação com a administração pública e outras especificidades capazes de facilitar o reconhecimento de qual setor da empresa ou em quais situações está sujeita a praticar qualquer um dos atos lesivos contra a administração pública, determinando o nível de rigidez do programa para que se torne efetivo. Importante que tal análise seja feita de forma periódica, para estar em conformidade com quaisquer mudanças que ocorra na empresa ou nas legislações.

O quarto pilar é, finalmente, a hora de criar os mecanismos e as regras que irão compor o programa. Inicialmente é preciso estabelecer as regras que deverão ser seguidas dentro da empresa, como um regimento interno da mesma, e também regras de conduta, deixando claro que precisam ser cumpridas por todos: funcionários, dirigentes e até mesmo pelos *Stakeholders* (fornecedores e público externo em geral), e, portanto, devem ser de fácil acesso para todos. Deve conter, obrigatoriamente, para que se preencha os requisitos da Lei nº. 12.846/2013, os princípios e valores éticos da empresa, suas políticas de prevenções a fraudes ou qualquer ato ilícito e que preveja expressamente vedações às práticas elencadas na lei como atos contra a administração pública, tudo isso redigido de forma clara, que facilite a compreensão.

Ainda no quarto passo, é necessário criar mecanismos que previnam e diminuam os riscos, como políticas de relação com a administração pública, quando a empresa participa de licitações, por exemplo, possuindo regras claras quanto às vedações em oferecer presentes, brindes ou

qualquer outra facilidade aos agentes públicos, que possa ser caracterizada como suborno. Igualmente, estabelecer regras para os registros contábeis, de forma que sejam detalhados o suficiente para não ser possível encobrir qualquer irregularidade ou ilicitude, e que exista auditorias externas para fiscalizações mais confiáveis, bem como políticas que versem sobre contratação de seus *Stakeholders*, exigindo a observância ao respectivo código de conduta/ética, sobre as possíveis fusões, reestruturações ou aquisições que a companhia possa realizar e sobre os patrocínios e doações que eventualmente efetuem.

Os últimos mecanismos a serem criados são os canais de denúncias, para ampliar a tomada de ciência de eventuais atos lesivos através de seus colaboradores e também de terceiros, priorizando a proteção ao denunciante, tendo a possibilidade de se oferecer denúncias anônimas, por exemplo, para que ninguém se sinta atemorizado, reduzindo as chances de denúncias. Ainda, estabelecer normas prevendo medidas disciplinares para ocasiões de violação às regras de integridade, certificando-se de que serão efetivamente aplicadas nos casos de necessidade, assim como a previsão de ações de remediações quando configurado o ato lesivo, visando sanar as irregularidades e reparar os danos causados.

Para finalizar a fase de criação dos mecanismos que dão funcionalidade ao programa, é preciso que se invista em comunicação, para que se torne acessível a todos aqueles que possuem contato com a empresa, ou a qualquer interessado, devendo, portanto, ser bastante divulgado, sendo interessante manter, dependendo do porte da empresa, um canal específico para oferecimento de informações e esclarecimentos quanto ao programa. O treinamento também é essencial para que se atinja o resultado esperado, devendo todos, sem exceções, de funcionário a dirigentes, serem devidamente treinados, cada qual com sua especificidade, como o treinamento específico para os contadores, por exemplo.

Como quinto e último pilar básico está a elaboração de um monitoramento contínuo, pensado de forma estratégica para que se analise a efetividade do programa, tornando possível seu aprimoramento a cada falha identificada, tendo por fonte as informações dos próprios colaboradores através de relatórios, pesquisas e das sugestões e dúvidas retirados dos canais de esclarecimentos do programa.

Adotar o Programa de *Compliance* muda o funcionamento da empresa, para melhor, principalmente quando posto em face do atual cenário político social do Brasil, conforme resume

Cruz¹⁴, quando destaca que:

Implementar o programa nada mais é do que colocar em prática uma nova cultura em que a corrupção não é tolerada, em que os objetivos éticos sobrepõem-se a objetivos financeiros, a cada um – desde a presidência até estagiários - entende e se compromete as normas internas de *Compliance*.

Imperativo, entretanto, destacar que os elementos apontados acima como basilares para todo programa de *Compliance*, apesar de comuns, não serão suficientes para uma companhia que simplesmente intente copiar o programa de outra, pois cada programa deve ser pensado e repensado à cada empresa, levando em consideração as características de cada uma, adaptando para seu porte e setor de atuação.

Desta forma, observa-se que a análise das práticas das empresas japonesas que historicamente adotam padrões éticos na condução de seus empreendimentos pode em muito colaborar ao mundo corporativo brasileiro para a superação da crise ética e econômica atualmente enfrentada, apontando para um novo paradigma a ser adotado não apenas para superação da crise, mas para sua efetiva consolidação no mercado.

3. EMPRESAS BRASILEIRAS APRENDENDO COM AS EMPRESAS JAPONESAS – PROCEDIMENTO ÉTICO E MORAL DA EMPRESA E SEUS *STAKEHOLDERS*

Com a facilitação ao acesso às informações de um mundo globalizado, ainda que não se pesquise pela conduta das empresas inseridas em seu meio, tal informação chega à sociedade, principalmente em casos de falta de ética, seja política ou comercial, o que acaba por influenciar as pessoas que de alguma forma possuam algum tipo de interesse com a empresa envolvida, conhecidas como *Stakeholders*, ou seja, as pessoas mais próximas da empresa, como seus funcionários e dirigentes, e também do meio externo que com ela se relacionam, como os fornecedores e clientes no geral.

Essa realidade hodierna faz com que os *Stakeholders* passem a agir como fiscais das condutas éticas das empresas, tendo em vista seu interesse direto com o bom resultado das mesmas, sendo, portanto, imprescindível à atuação ética das companhias como um meio de destacar e de sustentar a empresa no ramo de sua atividade empresarial.

Nesta altura, faz-se necessário, entretanto, estabelecer uma distinção dos conceitos de ética

¹⁴ CRUZ, Marco. **Fazendo Certo A Coisa Certa - Como Criar, Implementar e Monitorar Programas Efetivos de Compliance**. Saraiva: São Paulo, 2015. p. 30.

e moral, que apesar de muitas vezes serem utilizados como sinônimos possuem significados diferentes. Na lição de Sroul¹⁵, a ética

[...] é uma disciplina teórica que se caracteriza pela generalidade de seus conceitos e investiga os fenômenos morais que são objetos singulares e reais; estuda, portanto, a moral praticada pelas coletividades, os modos de agir que afetam as pessoas para o bem ou para o mal.

Enquanto a ética situa-se no campo teórico, a moral, pelo contrário, situa-se no campo fático, que dá ensejo para a teoria ética. Conforme conceitua Melo¹⁶, a moral é:

Conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade.
2. Conjunto de regras decorrentes dos costumes e da recepção das virtudes valoradas pelo grupo social. Impropriamente a palavra é usada como sinônima de Ética (V.).

Sendo assim, as empresas que atuam sob os princípios da ética e moral em todo o seu decorrer funcional, ou seja, desde sua relação com seus *Stakeholders* internos (funcionários e colaboradores) até o seu comprometimento com a sociedade em geral (preocupação ambiental e participação em ações sociais, por exemplo), tornam-se empresas diferenciadas das demais, o que acaba por agregar valores não só numa maior obtenção de lucros, por atrair mais clientes e investidores, como também gerando reflexos positivos para a sociedade, servindo de exemplo para as outras companhias, de que é possível, e até vantajoso, manter para seu funcionamento, um procedimento dentro das normas éticas e morais, a exemplo das empresas japonesas.

Para exemplificar a importância da ética para as empresas japonesas, e de como seguir padrões morais é fator relevante para o sucesso das companhias, uma das maiores instituições financeiras do Japão, o *Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ*, com 800 agências espalhadas em mais de 40 países, inclusive no Brasil, possui um rígido código de conduta tanto interno como de fornecedores, cobrando que se cumpram os padrões nele estabelecidos, por todas as empresas e seus subcontratados.

No Código de Ética e Conduta do Fornecedor mais recente publicado pela filial da instituição no Brasil, com vigência nos anos de 2016 e 2017, além de se cobrar a adequação de seus fornecedores e colaboradores à nova lei Anticorrupção brasileira, a Lei 12.846/13 e à Lei 9.613/98, de Lavagem de Dinheiro, pauta-se, como já de costume da prática comercial japonesa, a ética nas relações comerciais, conforme trecho retirado do referido Código¹⁷:

¹⁵ SROUR, Robert Henry. *Ética Empresarial. O Ciclo Virtuoso dos Negócios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 14.

¹⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de política jurídica*. 18. ed. Florianópolis: OAB-SC, 2000. p. 65.

¹⁷ BANK OF TOKYO-MITSUBISHI UFJ *Código de Ética e Conduta do Fornecedor*. Disponível em <http://www.br.bk.mufg.jp/_upload/links_downloads/20160829180420438507.pdf>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017.

3 – Ética nas relações comerciais

A Ética orienta nosso comportamento como organização. Desta maneira, nos reservamos o direito de selecionar nossos fornecedores considerando seu histórico de relacionamento com o BTMU B e indicação restritiva em bases de dados de acesso público. Também nos reservamos o direito de não selecionar fornecedores que estejam em situação crítica de inadimplência no mercado, conforme indicação de agências de risco.

Algumas empresas brasileiras já possuem essa visão, de que a gestão pautada na ética e moral é o caminho para o sucesso. Um exemplo é o da empresa Natura, criada em 1969, que desde muito cedo começou a se preocupar com práticas benéficas à sociedade e ao meio ambiente, desenvolvendo programas que valorizam os povos nativos, a cultura brasileira e pequenos agricultores, estando hoje presente até em países da Europa, além de outros na América Latina. Tem por um dos principais pilares a ética, e sua boa conduta já foi reconhecida internacionalmente, sendo listada pelo *Ethisphere Institute*, no prêmio “As Empresas mais Éticas do Mundo”, por anos consecutivos¹⁸.

Com diversos programas implementados e agindo conforme os princípios éticos, o lucro líquido da empresa em 2015 foi de mais de 500 milhões, mesmo com a economia abalada. Um dos critérios de avaliação para receber o prêmio como uma das empresas mais éticas do mundo é a implementação e efetividade de um programa de *Compliance*, o qual a Natura já adota, sendo a categoria com maior peso, valendo 35% da nota atribuída à empresa.

O programa de integridade, portanto, é com certeza um ponto positivo para a melhoria da atividade comercial brasileira, auxiliando o crescimento da credibilidade e longevidade empresarial quando e se devidamente implementado e aplicado.

Para que se aprimore ainda mais a funcionalidade das empresas brasileiras, interessante seria a adoção de algumas das medidas presentes nas empresas japonesas, pensadas e adaptadas para a realidade brasileira.

A primeira delas, não só para o crescimento da atividade comercial ou da economia em geral, mas para a melhoria de diversos problemas que atingem o Brasil, seria o investimento na educação de base, como se faz no Japão, ensinando não apenas as matérias obrigatórias de uma grade curricular como a dos dias atuais, mas inserindo estudos que fomentem o trabalho em equipe, a ética e moral, a consciência coletiva, a valorização da família, ou seja, a formação como pessoa e

¹⁸ ETHISPHERE INSTITUTE. **As Empresas mais Éticas do Mundo**, disponível em <<http://worldsmoethicalcompanies.ethisphere.com/honorees/>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

cidadão e não apenas formação curricular, o que, nos anos futuros, faria insurgir uma geração diferente da atual, talvez mais aproximada da população japonesa, no quesito cidadania e ética.

Outra medida, esta um pouco mais imediata do que a outra, seria adotar a ideia do emprego vitalício. Atualmente no Brasil, o empregador pode rescindir o contrato de trabalho com o empregado sem qualquer justo motivo, desde que lhe pague os encargos e verbas devidas. Entretanto, conforme se observa das empresas japonesas, os empregados, ao terem uma expectativa de emprego para toda a sua vida se doa para a empresa e a assume como se sua fosse, fazendo com que se esforcem e se capacitem cada vez mais ao longo dos anos em que atuam na empresa. Além disso, muito se economizaria em encargos, tempo de treinamento de novos funcionários, custos com rescisões e demais desvantagens ao se demitir um funcionário sem justa causa. A produtividade da empresa aumentaria ao se ter colaboradores treinados e que conhecem os procedimentos da empresa, e ainda, caso cometessem alguma falta ou qualquer outra causa para que lhe seja rescindido o contrato, essa seria uma rescisão menos custosa, visto que motivada pelo empregado.

Para facilitar a existência desse contrato vitalício de emprego, interessante seria adotar a característica do “apadrinhamento” dentro das empresas, fazendo com que todos trabalhassem melhor, visando um engrandecimento dentro da empresa. Por exemplo, alguém com um cargo já elevado ensinaria um recém-contratado da empresa tudo o que é preciso para crescer na mesma, e em recompensa disso, cresceria ainda mais. Ambos se empenhariam em suas funções e atribuições por existir um incentivo, aumentando o desempenho da empresa e diminuindo a rotatividade de funcionários.

Ainda, os funcionários se doariam mais pela empresa ao sentir que fazem verdadeiramente parte dela, portanto, adotar a forma de decisão em consenso traria diversos benefícios, como a melhoria no desempenho dos colaboradores e uma redução nas tomadas de decisões arbitrárias, pois, conforme já analisado, ao se pensar num problema tendo diversas perspectivas do mesmo, melhor sua resolução.

Essas são apenas algumas das inumeráveis práticas que as empresas brasileiras poderiam procurar implementar ao lado da adoção de um programa de *compliance*, se espelhando nas empresas japonesas, para obter um melhor relacionamento com seus *Stakeholders*, exercendo a atividade empresarial de forma ética e ainda aumentando sua produtividade e pulverizando os resultados positivos da empresa aos muitos interessados em sua prática, por conseguinte à

sociedade em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da presente pesquisa aponta para a possibilidade real das empresas alcançarem sucesso mantendo suas atividades com gerência ética e legal, a exemplo das empresas japonesas. O estudo do primeiro item demonstrou que a cultura moral dos japoneses é essencial em suas empresas, o que colaborou para se tornarem a terceira economia mundial em um curto espaço de tempo, levando em consideração a derrocada do país com o fim da segunda guerra mundial. No segundo e no terceiro momento a pesquisa demonstra que no mundo globalizado atual as empresas estão sobre constante vigilância daqueles que direta ou indiretamente mantem vínculo com o exercício de suas atividades, tornando-se tipo de fiscais da postura de integridade das empresas e a adoção de um programa de *Compliance* é um bom início para as companhias que desejam cumprir tais exigências, além de outros procedimentos que aprimorem a produtividade de forma ética, como os praticados pelas corporações japonesas.

Percebe-se que, diante da questão aqui abordada, a cultura e educação de uma população é essencial para seu desenvolvimento, de forma a refletir diretamente em sua economia, e, no caso dos japoneses, positivamente, sendo um dos fatores principais no alcance de uma das maiores economias, possuindo empresas com durabilidade de mercado centenárias, as quais adotaram, muitas vezes desde sua criação, códigos de ética e condutas que seguem como se lei fossem.

Por outro lado, no Brasil são recorrentes os casos de escândalos de empresas agindo de forma antiética, e não apenas dos mais frequentes casos de corrupção, mas também em relação a seus *Stakeholders*, ao meio ambiente ou ao fisco, e, por coincidência ou não, sua economia apenas decai.

Por essa razão se faz emergente que vários procedimentos adotados pelas corporações brasileiras sejam alterados para que o cenário de crise moral, ética e econômica mude, e de fato a consciência de que se precisa mudar essa realidade já está surgindo, sendo a adoção do *Compliance* um exemplo. Empresas como a Natura denotam que sua adoção é o caminho certo para resultados positivos que se pulverizam por todos os interessados e a sociedade em geral.

Por fim, chega-se a ponderação de que a explicação para o destaque empresarial japonês não é (apenas) sua tecnologia avançada, e sim seu investimento em recursos humanos, no seu povo

e cultura. Apenas quando a população brasileira em geral mudar sua forma de pensar e, por consequência, sua forma de agir, é que o mundo empresarial brasileiro mudará efetivamente. Os programas de integridade, apesar de ser um bom indício dessa mudança, ainda trazem algumas dúvidas quanto ao motivo de sua adoção: se para realmente aprimorar o funcionamento da empresa, combatendo e evitando práticas corruptas, no intuito de ser uma empresa mais ética, ou apenas obter um mecanismo que lhe possibilita uma vantagem caso receba eventual sanção por praticar algum ato lesivo à administração pública.

Evidentemente, o presente artigo não possui caráter exauriente, mas se dispõe a provocar outras e maiores reflexões que visem colaborar com a mudança de paradigma empresarial e social brasileira em busca de uma postura mais ética e de resultados que possam alcançar toda a coletividade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BANK OF TOKYO-MITSUBISHI UFJ. Código de Ética e Conduta do Fornecedor. Disponível em <http://www.br.bk.mufg.jp/_upload/links_downloads/20160829180420438507.pdf>. Acesso em: 08 de fevereiro de 2017.

CGU – Controladoria Geral da União. Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. CGU: Setembro, 2015. Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CRUZ, Marco. Fazendo Certo A Coisa Certa - Como Criar, Implementar e Monitorar Programas Efetivos de Compliance. Saraiva: São Paulo, 2015.

DRUCKER, Peter Ferdinand. O que podemos aprender com a Administração Japonesa. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

ETHISPHERE INSTITUTE. As Empresas mais Éticas do Mundo. Disponível em <<http://worldsmoethicalcompanies.ethisphere.com/honorees/>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de política jurídica. 18. ed. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SROUR, Robert Henry. *Ética Empresarial. O Ciclo Virtuoso dos Negócios*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

YAMAMOTO, Isao; VERGARA, Sylvia Constant. Preceitos e norma internas (kakun) de casas comerciais japonesas: um estudo sobre a longevidade e a ética da corporação japonesa. FGV-Cadernos EBAPE.BR, v. 6, n. 4, Dez 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v6n4/v6n4a11.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

ANÁLISE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA A PARTIR DA DOCTRINA DE MICHEL MIAILLE

Kevin de Carvalho Rozza¹
Tarcísio Vilton Meneghetti²

INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica é um instituto que muito facilita na hora de se exercer uma atividade econômica. Portanto, será que esta entidade jurídica existe apenas para a objetivação de lucro ou há uma motivação do ordenamento jurídico de facilitar sua criação para manter um sistema econômico.

Bom, dentro de um sistema capitalista há a tentativa de manter longe do Estado, pelo menos em parte, o monopólio. Por isso, facilita-se, por meio da livre iniciativa e autonomia patrimonial, a criação e preservação da sociedade empresária.

Todavia, há um limite no uso das prerrogativas societárias, ou seja, o abuso acarreta no afastamento do princípio da autonomia patrimonial. Mostrando assim que o Estado dá o maior apoio às pessoas jurídicas, as desconsiderando só em caso de seu abuso (fraude).

Portanto, o objetivo central deste trabalho é mostrar, a luz da doutrina de Michel Mialle, como o direito protege a pessoa jurídica para mantê-la como ente abstrato destinado a fazer do capitalismo o único modelo econômico possível.

Este é um tema pouco pesquisado, por isso a escolha. Ou seja, há muito o que explorar e abre um debate crítico acerca tanto da função do direito no sistema capitalista, quando da função da própria pessoa jurídica.

Esta pesquisa tem como método o indutivo e não pretende esgotar o tema em questão. O trabalho foi dividido em seções, onde a primeira faz uma análise da função do direito no sistema capitalista segundo Michel Mialle. Após, é feita uma análise acerca da inserção no ordenamento

¹ Acadêmico do quarto período do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – *Campus* Balneário Camboriú. E-mail: kevindecarvalhorozza@gmail.com

² Doutorando em Ciência Jurídica e professor de Direito Empresarial e Sociologia Geral e Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – *Campus* Balneário Camboriú. E-mail: tmeneghetti88@gmail.com

jurídico brasileiro e da metodologia da pessoa jurídica e sua desconsideração.

Na última seção faz-se uma consideração da função da pessoa jurídica dentro do sistema capitalista. Conclui-se que a personalidade jurídica tem grande importância na efetivação do sistema capitalista, sem ela, o mesmo não se mantém.

1. A FUNÇÃO DO DIREITO NO SISTEMA CAPITALISTA À LUZ DA DOCTRINA DE MICHEL MIAILLE

O Direito é comumente definido nas doutrinas como “o conjunto de norma gerais e positivas, que regulam a vida social”³. Contudo, na doutrina de Michel Mialle, o autor procura definir o Direito como instância jurídica, dependendo do sistema jurídico em que se está inserido, a instância é diferente.⁴ Ou seja, dentro de nossa sociedade capitalista, seria uma introdução à instância jurídica do sistema capitalista.

O autor desmistifica a definição de Direito, afirmando que os autores dão o estopim de suas explicações de forma errônea. Afirmar que há um fetichismo⁵ na explicação, em que as palavras “pessoa” e “norma” sempre estão inseridas na definição de Direito, mas também de forma errada. Ou seja, relaciona-se o fetichismo da mercadoria de Karl Marx com o emprego das palavras “pessoa” e “norma” na definição de Direito.

Então, o primeiro ponto é tentar definir o Direito utilizando-se do fato de ter uma natureza obrigacional, do dever-ser kelseniano onde se transcorrida a norma, acarreta uma sanção. Ou seja, só é direito se houver a sanção⁶. Aí está o primeiro erro, segundo o autor não é só o direito que sanciona, outros sistemas quando violados, também sancionam. A única diferença entre as outras sanções e a do Direito é que esta provém do Estado e, portanto, é “oficial”.

Portanto, se o Direito não está ligado ao seu caráter repressivo, há uma tentativa de procurar seu significado de outras formas. Então, define o autor, que a norma, etimologicamente, está diretamente ligada a medida:

Um sistema normativo, como o direito, é pois antes de tudo um sistema de relações. De entre todos os comportamentos sociais possíveis, apenas alguns serão considerados como normais quer dizer,

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. ed. 21. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 15

⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994. p. 84

⁵ O autor utiliza a palavra fetichismo no sentido que Marx empregara em seu livro “O Capital”

⁶ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994. p. 88

conforme ou compatíveis, segundo os casos, com a norma, com a medida que dita a utilidade, o valor dos comportamentos sociais. Por outras palavras, antes de ser obrigação, a norma jurídica é instrumento de medida. Para utilizar um exemplo, a norma jurídica é tão obrigatória quanto o quilograma-padrão depositado no Pavilhão o de Sèvres para quem quer medir o peso de um objecto. Independentemente das prescrições jurídicas que obrigam em França a respeitar esta unidade de peso, uma unidade de medida é socialmente obrigatória, em circunstâncias históricas dadas, porque sem ela as trocas são impossíveis. Sabe-se como, da troca directa à moeda, os sistemas sociais elaboraram e puseram em prática instrumentos de medida para facilitar e mesmo generalizar a troca.⁷

Com isso, vê-se a analogia de norma jurídica ao fetichismo marxista e sua função dentro do sistema capitalista em si. Em que a norma serve como medida para o comportamento social. Portanto, para deixar mais claro, o valor da norma passa a ser um fetiche, pois, assim como na mercadoria, a norma deveria apenas ser mensurada pela ação/fato que a expressa, mas o valor acaba por ser intrínseco à própria norma.

Mas se como na economia o direito é uma relação de troca, qual sua medida comum:

Isto significa que a explicação profunda do direito reside nesta ideia de troca por equivalente que não pode ser realizada senão através da utilização de uma medida comum. Ora esta troca não aparece em quaisquer condições, mas sim historicamente, num momento preciso da evolução da sociedade. Está oculta esta realidade por uma produção ideológica precisa. Para o demonstrar, tenho de utilizar o segundo termo da definição que nos serviu de ponto de partida: o de pessoa.⁸

Aí, portanto há o termo “pessoa”, que etimologicamente seria uma máscara que atribuíu o papel ao ator. Isto traduzido para a linguagem jurídica, significa que cada um tem o seu papel dentro da sociedade. Papeis estes que automaticamente geram relações que conseqüentemente têm de ser organizadas. Neste ponto que pessoa e norma se ligam, pois, como visto acima, esta deve medir o valor destas relações.

Ou seja, a norma faz a mediação entre as relações das pessoas:

Neste sentido, as relações jurídicas não são pura imaginação; existem, tem uma materialidade indiscutível, tão real como as instituições do aparelho o Estado que lhe estão ligadas, tais como a justiça, a polícia, a administração. Mas ao mesmo tempo, e a demonstração anterior tentou trazê-lo ao de cima, as relações reais estão ocultas por todo um imaginário jurídico: o direito designa e desloca ao mesmo tempo os verdadeiros problemas. Este imaginário é o da pessoa sujeito de direito e o da norma regra imperativa. Porque estou convencido ele que o homem é a fonte do direito, posso submeter-me ou designar-me a obedecer a um sistema de normas de que ele é o autor. Mais precisamente, estas normas parecem-me lógicas e necessárias para organizar relações que eu não posso então perceber que estão já organizadas noutro lado. Ao realizar-se, o direito não diz pois o que deve ser, diz já aquilo que é. Mas esta realidade não pode surgir-me uma vez que, à semelhança da

⁷ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994. p. 91

⁸ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994. p. 92

mercadoria a norma me deixa crer que é fonte de valor, que ela é pois um imperativo primeiro e categórico.⁹

Então, as relações pessoais já existem antes de a norma ser criada. Contudo, a norma vem para de forma racional dar a essas relações um valor que, por ser expressado pelo homem, é considerado vontade dele e, portanto, é dotado de razão.

Para finalizar, depois da explicação do fetichismo envolvendo a norma e a pessoa, pergunta-se: Qual a real função do Direito na sociedade capitalista?

O conjunto destas práticas sociais pode pois ser considerado como um vasto processo de transformação: transformação da matéria bruta das condições de vida num universo social, de algum modo humanização da natureza; melhor seria dizer socialização da natureza. Ora este processo permanente pelo qual uma sociedade conquista o seu equilíbrio de funcionamento repousa sobre contradições que este equilíbrio, ao exprimi-las, tenta reduzir: as instituições jurídicas nas quais e por meio das quais se desenvolvem estas práticas podem ser mais ou menos adaptadas às necessidades do funcionamento e da reprodução do seu modo de produção. Novas práticas tenderão pois a instaurar-se, repousando sobre outras ideologias, contornando as instituições ou deformando-as. Não haverá verdadeiramente ruptura com o modelo dominante, exceto em casos excepcionais, mas apenas aperfeiçoamento.

Neste trecho acima, vê-se então que a função do direito no sistema capitalista é fazer com que, por meio das normas e das instituições, este modo de produção seja legitimado e que, de maneira geral, seja a única ideologia possível.

Portanto, pode-se partir para a próxima seção, onde será feita uma análise da função da desconsideração da personalidade jurídica no sistema capitalista.

2. O SURGIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA REGULAMENTAÇÃO ATUAL NO BRASIL

A desconsideração da personalidade jurídica é algo relativamente novo no Brasil, apresentada pela primeira vez na doutrina brasileira por Rubens Requião, em 1960. Contudo, o primeiro a defender a possibilidade da desconsideração foi Rolf Serick em sua tese de doutorado para a Universidade de Tubigen na Alemanha, em 1953.¹⁰

Na época, apesar de outros terem se dedicado ao tema, Serick foi o que melhor conseguiu, com base na jurisprudência norte-americana, definir os critérios básicos do rito de afastamento da

⁹ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994. p. 95

¹⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59

autonomia da pessoa jurídica. Em sua tese o autor deixa claro que o objetivo da desconsideração é evitar o abuso. Ou seja, a fraude que tenha por fim prejudicar os credores.¹¹

Exatamente como na tese de Serick, Rubens Requião deixou claro que a desconsideração ou *disregard doctrine* teria por fim superar a autonomia patrimonial para que, mesmo sem uma previsão legal prescrevendo o procedimento, pudesse se punir o sócio que comete fraude contra seus credores. Ou seja, deixar de desconsiderar a personalidade jurídica no caso de fraude seria, na opinião de Requião, amparar a mesma.¹²

Agora que já se tem noção dos motivos e teses doutrinárias que levaram a criação da desconsideração da personalidade jurídica, será criada uma subseção para explicar a atual legislação que regulamenta a desconsideração no Brasil.

2.1 O instituto da personalidade jurídica na legislação brasileira

Na legislação, a pessoa, em sentido amplo, é o ente abstrato que o ordenamento jurídico dá aptidão para realizar atos lícitos¹³. No que tange às pessoas jurídicas de direito privado, o Código Civil¹⁴ prescreve que:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Portanto, a partir do nascimento, à luz do princípio da autonomia patrimonial, a personalidade jurídica da sociedade empresária tem como objetivo proteger os sócios que a compõem, fazendo com que as obrigações e direitos sejam contraídos diretamente pela pessoa da empresa e não pelos sócios que a compõem. Bem como proteger seus bens, visto que a titularidade patrimonial é da pessoa jurídica e não da pessoa dos sócios.¹⁵

Contudo, as vezes o princípio da autonomia patrimonial é usado para que os sócios cometam fraudes ou abusem do direito. Por isso, o Código Civil regulamentou a tese doutrinária da

¹¹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 59

¹² COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p.60

¹³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11

¹⁴ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2_002/L10406.htm> Acessado em: 30/10/2016

¹⁵ BRASIL. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20

desconsideração:

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

Ou seja, caso constatado o desvio de finalidade e ou confusão patrimonial, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é desconsiderada e o sócio responde pelo ato ilícito cometido usando a personalidade jurídica da sociedade empresária. Outras possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica são também possíveis, que Fabio Ulhoa Coelho chama de teoria maior e teoria menor.¹⁶

Na teoria maior é preciso que haja a caracterização de fraude por meio do desvio de finalidade e/ou da confusão patrimonial. Já na teoria menor tem de haver apenas o prejuízo do credor.¹⁷ Todavia, é importante lembrar que o mesmo que criou estas teorias, Fabio Ulhoa Coelho, as desfez, de maneira a manter apenas a teoria maior como a de aplicação correta.

Ou seja, a teoria menor não deve ser chamada de desconsideração da personalidade jurídica, visto que não tem os requisitos do art. 50 do Código Civil e, portanto, é chamada no último livro de Fabio Ulhoa Coelho de aplicação errada¹⁸.

Contudo, vale ressaltar que na seara processual, a desconsideração é um instituto novo, pois com o advento do Novo Código de Processo Civil¹⁹ houve a inclusão do chamado incidente processual de desconsideração da personalidade jurídica.

Havia a dúvida, antes do Novo Código de Processo Civil, se a desconsideração consistia em uma ação autônoma ou se era um incidente processual. Por isso, assevera NEVES (2016):

A criação legal de um incidente processual afasta dúvida doutrinária a respeito da forma processual adequada à desconsideração da personalidade jurídica e à sua natureza: trata-se de um incidente processual e não de ação autônoma²⁰

Ou seja, essa foi a primeira mudança processual que deixou mais organizada a possibilidade da desconsideração, não há mais que se falar em ação autônoma para a desconsideração. Portanto,

¹⁶BRASIL. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47

¹⁷ BRASIL. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36

¹⁸ BRASIL. **Curso de direito comercial**. ed. 18. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62 e 69

¹⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acessado em: 11/11/2016

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 564

por meio do incidente processual, suspende-se o processo e, caso seja caracterizado os requisitos do art. 50 do Código Civil, é desconsiderada a personalidade jurídica.

No que tange ao momento em que era cabível a desconsideração, o art. 134, § 2º do Código de Processo Civil prescreve que a desconsideração é cabível em todas as fases do processo. Portanto, não há mais que se preocupar com entendimento de cortes superiores.

Outra inovação trazida pela nova processualística foi a possibilidade da desconsideração inversa que, antes de estar expressa no §2º do art. 133 do NCPC, era uma construção doutrinária baseada em uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil²¹. Portanto, uma inovação que faz o instituto da desconsideração ter uma maior aplicabilidade.

Por fim, vale lembrar que o §1º do art. 133 assevera que o incidente de desconsideração deve levar em conta os pressupostos previstos em lei. Ou seja, o legislador reconhece e deixa claro que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto de direito material e seus pressupostos não estão previstos da processualística.

Agora será iniciada uma nova seção para fazer a análise acerca da função do instituto da personalidade jurídica e de sua desconsideração num sistema capitalista.

3. A PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA DESCONSIDERAÇÃO DENTRO DE UM SISTEMA CAPITALISTA

Assim como o Direito é uma instância jurídica utilizada como ferramenta de efetivação do sistema capitalista, a pessoa jurídica traz uma proteção para que o sócio utilize de determinadas prerrogativas e ajude a manter a economia capitalista. Portanto, vê-se que essa abstração protegida pelo direito é uma forma de incentivar a livre iniciativa.

O Brasil, por ser um país capitalista, deixa claro em sua constituição²²:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²¹ BRASIL. **Curso de direito comercial**. ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em: 02/03/2017

V - o pluralismo político.

Logo o primeiro artigo define a livre iniciativa como um fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso, sobre a livre iniciativa, assevera ROSSIGNOLI (2015):

Tal princípio é de extrema importância, porque as atividades empresárias estão baseadas na busca por lucratividade e isso não ocorre se os empresários não tiverem liberdade de iniciativa. Além disso, não se pode esquecer que o sistema econômico brasileiro é o capitalista e, assim, precisa das iniciativas privadas para se desenvolver. É com base nesse princípio que qualquer pessoa que tenha a plena capacidade civil pode ingressar na atividade empresarial. Salvo as proibições para determinadas pessoas, que já foram analisadas anteriormente, não é necessária nenhuma qualificação profissional para uma pessoa praticar a empresa, pois todos possuem a livre iniciativa.²³

Portanto, essa prerrogativa dá às pessoas naturais a capacidade de, a qualquer momento, iniciarem uma atividade empresarial e, por conseguinte, estes que se juntam numa atividade com fim lucrativo, mantém o modo de produção capitalista. Mas como, dentro desse sistema, se dá o incentivo a criação destes entes personalizados?

Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.²⁴

A autonomia patrimonial dá aos representantes da pessoa jurídica (sócios) a prerrogativa de não responderem pelos direitos e obrigações contraídos pela mesma. Ou seja, isso faz com que se estabeleça uma diferença entre as pessoas naturais e a pessoa jurídica que, conseqüentemente, dá à livre iniciativa uma melhor operacionalidade no sistema capitalista.

Há também a titularidade obrigacional que, no caso de uma sociedade empresarial, a própria se vincula às obrigações constituídas em seu nome. Ou seja, os sócios não são partes dessas relações contratuais. Por conseguinte, à luz da titularidade processual, a pessoa jurídica é quem move ou responde a uma ação a que é polo ativo ou passivo. Ou seja, não aparecem os nomes dos sócios nessas ações.

Então, percebe-se que até as dívidas contraídas pela pessoa jurídica não são dos sócios:

Pois assim sendo, conclui-se que respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial

²³ ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial**. ed. 4. Bahia: JusPODIVM, 2015. p. 43.

²⁴ ROSSIGNOLI, Estefânia. **Curso de direito comercial**. ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31

pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela. Somente em hipóteses que excepcionam a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade.²⁵

Portanto, o direito, por meio desses princípios, facilita a criação e sustentação da pessoa jurídica. Como a livre iniciativa é um dos fundamentos da República, não há está última sem a pessoa jurídica, que justamente é o ente que efetiva esse fundamento constitucional. Assim, o ordenamento jurídico dá, através do princípio da autonomia patrimonial, a possibilidade de os sócios não se incomodarem com o uso de seu direito de personalidade para a aferição de direitos e deveres.

Contudo, o uso excessivo da autonomia patrimonial possibilita a desconsideração da personalidade jurídica para que, mesmo que a livre iniciativa seja regra no ordenamento jurídico capitalista, os sócios respondam aos atos fraudulentos cometidos usando essas prerrogativas.

Ou seja, Michel Mialle define o direito como uma “instancia jurídica” que varia dependendo do sistema econômico em que está inserida. Esta instância, que no caso do Brasil é capitalista, faz com que a função do direito seja a efetivação deste modo de produção.

Por conseguinte, a constituição, como visto, define a livre iniciativa como um fundamento da República Federativa do Brasil. Este princípio só se efetiva com a possibilidade do ente abstrato da pessoa jurídica e, esta última, tem como princípio a autonomia patrimonial. Esta autonomia distingue a pessoa jurídica de seus representantes (sócios).

Ou seja, tudo isso faz com que a instancia jurídica brasileira facilite a criação da pessoa jurídica para que, portanto, o sistema de produção capitalista seja o único a ser possível no país e que, apenas em casos extremos, os sócios respondam pelos atos da pessoa jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito, segundo Michel Mialle, é uma instância jurídica que varia dependendo do sistema econômico onde está inserido. Portanto, dentro de um país capitalista como o Brasil, tem-se uma instância jurídica capitalista. Por conseguinte, o ordenamento jurídico fará deste sistema o único possível e, como se viu, facilitará a atividade empresária para sua efetivação.

²⁵ ROSSIGNOLI, Estefânia. **Curso de direito comercial**. ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 32

Portanto, a livre iniciativa faz com que o único meio para se manter uma economia capitalista seja a atividade empresária nas mãos da iniciativa privada. Com isso, há uma resposta do Estado, dando regalias a esses entes personificados, justamente para que a economia não seja afetada.

É claro que não são apenas os princípios que norteiam a autonomia patrimonial que dão às pessoas jurídicas regalias. Outras formas de incentivo são dadas aos empresários. Isso mostra que há uma preocupação do Estado em fazer desta instância jurídica a única possível.

Obviamente, o Estado brasileiro muito peca, principalmente na efetivação do princípio da livre iniciativa. Visto que, ainda com muitas regalias e facilidades, o incentivo aos pequenos negócios é baixo, fazendo com que certos setores sejam pouco explorados.

Por isso, há muito o que se fazer para que o fundamento constitucional da livre iniciativa seja efetivado e que não seja privilégio apenas daqueles que têm capital alto. Com isso, a economia brasileira se fortaleceria e o Estado cumpriria seu papel de mantenedor do sistema capitalista.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>

_____. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** ed. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de direito comercial.** ed. 16. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito.** ed. 2. Lisboa: Estampa, 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** ed. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSSIGNOLI, Estefânia. **Direito empresarial.** ed. 4. Bahia: JusPODIVM, 2015.

A APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO MEIO DE REPRIMIR CRIMES NAS LICITAÇÕES

Helena Liebl¹

Roberto Epifanio Tomaz²

INTRODUÇÃO

O processo licitatório, utilizado na administração pública, tem por principal regência as regras previstas na Lei nº 8.666/93, além de adotar as disposições previstas no Código Penal, Título XI, no que concerne aos crimes relacionados à Administração Pública.

Essa legislação tem por fim garantir à Administração Pública a contratação de produtos e serviços com a devida lisura, isenção e transparência exigida nos Contratos Públicos, entretanto, a prática tem demonstrado que por diversas ocasiões, tanto o funcionalismo público quanto empresas privadas mal intencionadas, de forma omissiva ou comissiva, têm utilizado das lacunas legais de forma espúria objetivando fraudar o processo licitatório para obter êxito nas concorrências e, por conseguinte, retorno financeiro indevido.

Para combater as práticas ilícitas em processos licitatórios se faz urgente a adoção de procedimentos que ilidam a corrupção e os crimes praticados em concorrência públicas e, por conseguinte, suas funestas consequências já que essa prática tem resultado em grande perda a sociedade em geral, bem como em enorme insegurança jurídica nas relações estabelecidas entre particulares e a administração pública.

Em face disso, o presente artigo se propõe analisar como o sistema *Compliance* – criado e aplicado em empresa privadas para combater a corrupção internamente e gerar resultados econômicos, sociais e administrativos positivos e éticos – poderá auxiliar a administração pública a reprimir os crimes nas licitações, contribuindo para diminuir a corrupção estabelecida na esfera pública e gerando, por conseguinte, maior segurança jurídica que vise ganhos à sociedade em geral.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, cidade de Itajaí/SC, membro da Academia de Letras do Brasil Seccional Balneário Piçarras. E-mail: helenali.liebl@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, *Dottore in Ricercadi Diritto Pubblico* pela *Università degli Studi di Perugia*. Professor de Direito Empresarial dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (*Lato Sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, onde também Coordena os Cursos de Pós-Graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho. Advogado. E-mail: tomaz@univali.br.

Tem-se, portanto, como problema central como o *Compliance* poderá reprimir os crimes praticados nos processos licitatórios com a Administração Pública.

Para alcançar tal intento artigo foi dividido em três momentos. No primeiro se faz uma análise do Sistema *Compliance*, suas principais características e aplicação; no segundo momento se avalia os crimes previstos na legislação acerca dos processos licitatórios, e, por fim, se analisa a aplicação do Sistema *Compliance* na Administração Pública.

O artigo se encerra com as Considerações Finais, onde se observa os possíveis resultados da aplicação do sistema *Compliance* na esfera pública – mais significativos e salutaros do que aqueles aplicados apenas na esfera privada, já que abrange interesses de toda uma população, de acordo com a esfera pública afetada (federal, estadual ou municipal) – e, igualmente, aborda sobre a forma que poderá ser aplicado e se, realmente, se tornará efetivo.

Destaca-se que metodologia adotada, tanto na pesquisa quanto no relato dos resultados que compõem o presente artigo, é composta na base lógica indutiva³. Nas diversas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do referente⁴, da categoria⁵, do conceito operacional⁶ e da pesquisa bibliográfica⁷ e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. O SISTEMA COMPLIANCE

A palavra *Compliance* tem origem do verbo em inglês, *to Comply*, significando agir de acordo com alguma regra ou um comando⁸.

Como sistema o *Compliance* se constitui num programa de integridade que tem por objetivo estabelecer uma conjuntura de atos institucionais, de gerenciamento, controle e regulamentação

³ O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

⁴ Denomina-se referente “[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 54. Negritos no original.

⁵ Entende-se por categoria a “[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 25. Negritos no original.

⁶ Por conceito operacional entende-se a “[...] *definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 198.

⁷ Pesquisa bibliográfica é a “[...] *Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**, p. 207.

⁸ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012 p. 30.

para que, assim, se promova a transparência e a redução do nível de risco de atitudes que violam princípios de integridade, adotando, portanto, ferramentas que impedem a ocorrência de casos de corrupção⁹.

Para Candeloro¹⁰, o Programa de *Compliance* não é o mero cumprimento de regras, já que será o instrumento que controlará os riscos legais ou regulatórios e de reputação, mas:

É um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários.

Tal sistema “envolve questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização”¹¹ – leia-se empresa – já que a procura por condutas legais e éticas, parte do foco do desenvolvimento econômico e socioambiental na direção dos negócios, além da busca por uma lucratividade sustentável.

A ideia de sustentabilidade em uma empresa não vem, somente, do desenvolvimento considerado sustentável da área ambiental, mas sim, da intenção de perpetuar a empresa indefinidamente no tempo. Para tanto, um conjunto de ações deverá ser adotado para garantia de resultados não apenas econômicos, mas fiscais, empregatícios, ambientais, de mercado, ou seja, um ganho social de forma geral. O *Compliance* enquadra-se neste meio como um programa que serve com objetivo maior de aniquilar o “vírus” da insustentabilidade na empresa.

Para instituir o sistema *Compliance* faz-se necessário a implantação de algumas medidas como a elaboração do Código de Conduta, a implantação de Políticas de Comunicação Permanente, criação do Comitê de Ética, do sistema de Recrutamento Centrado na Ética e a instituição do Sistema de Controle Interno e Auditoria¹².

O Código de Conduta estabelece os valores éticos que serão seguidos, “levando em conta

⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out. 2016.

¹⁰ CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012 p. 30.

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out. 2016.

¹² CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 33

problemas específicos que se configuram como dilemas frequentes entre os quadros organizacionais, além de normas em relação ao comportamento esperado de seus agentes, em diferentes situações”¹³.

Deve ser abordada no Código de Conduta a postura da empresa contra a corrupção e quaisquer outros atos que venham a comprometer a ética e integridade da mesma, enfatizando o repúdio à prática de atos prejudiciais ao interesse público, além de conter sanções que possivelmente serão aplicadas em caso de violação às regras estabelecidas no próprio Código de Conduta¹⁴.

É igualmente necessário que os *Stakeholders*¹⁵ sejam orientados para o treinamento e motivação dos funcionários, através de palestras e cursos, contanto, também, com um amplo e permanente canal de comunicação, afim de que sejam esclarecidas eventuais dúvidas quanto à aplicação das normas. Dai surge a importância do estabelecimento de uma Política de Comunicação Permanente.

Ressalta-se, ainda quanto a existência de uma Política de Comunicação Permanente¹⁶, a necessidade da empresa em divulgar constantemente o cumprimento do Código de Ética estabelecido, tendo em vista que a sua efetiva aplicação não é garantida apenas pela sua existência.

No manual elaborado pela Controladoria Geral da União¹⁷ existe a previsão de outras propostas e formas de divulgação dos princípios e valores éticos da empresa:

¹³ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 33

¹⁴ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 33

¹⁵ Os *stakeholders* são os públicos de interesse de uma organização. São as partes interessadas e envolvidas voluntária ou involuntariamente com a mesma, onde há um objetivo específico de relacionamento, trazendo benefícios para ambas as partes. MANESCO, Maria. Quem são os Stakeholders. Disponível em: <<http://www.racecomunicacao.com.br/blog/quem-sao-os-stakeholders/>> Acesso em: 26 out.2016.

¹⁶ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 35.

¹⁷ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 11 Ago. 2016. p. 36.

Outras atividades de divulgação dos princípios e valores éticos da empresa contemplam, por exemplo, a elaboração de jornais internos para distribuição aos funcionários; um espaço próprio dedicado à ética na intranet da empresa; a divulgação de exemplos de boas práticas de condutas éticas; a fixação de panfletos e cartazes em murais; a apresentação de resultados positivos obtidos a partir da implantação do código de conduta na empresa; e a inserção dos princípios e valores de ética e integridade na missão e visão de futuro da empresa.

Urge salientar que tal divulgação não deve ser somente interna, voltada aos funcionários e agentes da empresa, mas também, aos seus fornecedores, acionistas e autoridades do governo, para que se consiga uma eficaz Política de Comunicação Permanente.

A terceira medida a ser implantada é a criação do Comitê de Ética¹⁸. O Comitê servirá para monitoramento e divulgação das normas éticas de forma que sejam conhecidas e compreendidas por todos. Os membros de tal comitê desenvolverão estratégias e políticas de promoção e divulgação da ética, a capacitação, treinamento e orientação dos agentes, para que as regras de condutas sejam aplicadas efetivamente na rotina dos funcionários.

Ao Comitê de Ética caberá ainda a função de apurar os desvios, monitorando a observância das normas de conduta, e aplicar ações corretivas em eventual desobediência¹⁹.

Ressalta-se que os membros do Comitê precisam ter um profundo conhecimento político da empresa, estando conscientes da responsabilidade do seu trabalho, e mantendo uma reputação ilibada.

A quarta medida é o Sistema de Recrutamento Centrado em Ética²⁰, que dispõe sobre o estabelecimento de ações relativas aos candidatos a funcionários e agentes da empresa, já que a conduta que é adotada por estes é de suma relevância ao comprometimento da empresa com valores e princípios éticos.

A empresa que adota o sistema *Compliance*, deve estabelecer processos seletivos para novos funcionários pautados na ética, afim de que sejam acrescidos aos critérios de avaliação, aspectos

¹⁸ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 37.

¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out.2016.

²⁰ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.p. 39.

de valores e condutas adotados pelos candidatos²¹.

Posteriormente, é relevante que a empresa efetue treinamentos aos aprovados com o intuito de divulgar a postura anticorrupção e valorização dos princípios éticos nos comportamentos dos funcionários.

Por fim, será ainda necessário a Instituição de Sistema de Controle Interno e Auditoria²² na empresa que aplica o *Compliance* isso resultará no implemento de mecanismos de controles internos, ou a revisão destes.

Controle interno são o conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que a empresa exerce sobre seus atos, para preservar a integridade do seu patrimônio ético, bem como a análise da compatibilidade entre as operações desenvolvidas, parâmetros estabelecidos e princípios e métodos pactuados.

Tem como objetivo a redução da vulnerabilidade da empresa aos riscos e identificar e corrigir possíveis desvios relacionados a parâmetros e diretrizes, inclusive contábeis e financeiros.

Para que se garanta a efetividade desse controle interno, a Corregedoria Geral da União²³ recomenda a adoção das seguintes medidas:

- Ampliar a divulgação das informações relativas à estrutura administrativa e ao funcionamento do departamento de controle interno da empresa;
- Estimular os dirigentes das empresas a declarar em relatórios anuais os mecanismos de controle interno, incluindo aqueles que contribuem para prevenir o suborno;
- Incentivar a criação de departamentos de supervisão, independentes dos responsáveis pelo gerenciamento, tais como os comitês de auditoria das mesas diretoras e das mesas supervisoras;
- Estimular as empresas a oferecer canais de comunicação e proteção para as pessoas que não desejam violar os padrões éticos ou profissionais sob instrução ou pressão de superiores hierárquicos.

O Programa de *Compliance*, portanto, apresenta como principais objetivos²⁴: cumprir com a

²¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out.2016.

²² CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 15 nov.2016. p. 41.

²³ CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsocialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 15 nov.2016. p. 41.

²⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em:

legislação Nacional e Internacional, permitindo a certificação da empresa como empresa ética; cumprir com as regulações do mercado e as normas internas da empresa como a missão, visão e valores; prevenir as demandas judiciais, já que seguindo as legislações se previne os litígios e em caso de suposta ocorrência, se procura resolvê-los extrajudicialmente; a transparência na condução dos negócios; a salvaguardar a confidencialidade de informações dos clientes; evitar conflito de interesses; evitar ganhos pessoais indevidos e a lavagem de dinheiro; e disseminar a cultura organizacional, pautada nos valores, missão e visão da empresa.

Quem estará à frente no exercício do Programa é o denominado *Compliance Officer*²⁵ que será o responsável por aconselhar as linhas de negócios da instituição e demais áreas de suporte, em relação à regulação local e políticas corporativas que sejam aplicáveis à empresa. O *Compliance Officer* deve ser independente, além de ter obter o acesso direto ao Conselho de Administração ou Assembleia/Reunião de Sócios da Empresa.

Incumbe ainda salientar que não há apenas uma espécie de Programa ou Sistema de *Compliance* já que cada Programa deve seguir e ser adaptado a realidade econômica, financeira, de abrangência e de exploração da empresa. Assim, há diversos Programas de *Compliance*, mas em todos eles, o objetivo central será o cumprimento de todas as normas – trabalhistas, tributárias, ambientais, do consumidor, criminal, entre outras²⁶ - em que está inserida a empresa.

Por fim, mister salientar que por força da Lei nº 12.846²⁷, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção ou Empresa Limpa – na eventual ocorrência de um evento ilícito, se a empresa comprova a existência de um efetivo Programa de *Compliance* e que o ato ilícito fora praticado como um ato isolado de um funcionário ou de um pequeno grupo de funcionário, a sua defesa e a dos seus gestores fica muito mais fácil, evitando que a empresa sofra as pesadas perdas financeiras em virtude das multas impostas.

Os resultados da adoção do Sistema de *Compliance* tem garantido, por sua vez, a continuidade da empresa e de seus valores na perseguição de práticas danosas que destroem os

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out.2016.

²⁵ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out.2016.

²⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é Compliance no Âmbito do Direito Penal**. Revista **Consultor Jurídico**, 30 de abril de 2013. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 15 nov.2016.

²⁷ BRASIL. Lei 12.846/13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 25 abr 2017.

ganhos efetivos financeiros, econômicos e sociais²⁸.

De igual forma pressupõe-se que a adoção de um Sistema de *Compliance* pela Administração Pública contribuiria na diminuição da prática de crimes e, por conseguinte garantiria um ganho social de maior monta. Cabe, porém, antes entender quais os crimes tipificados na legislação brasileira que incidem sobre os processos licitatórios, como se verá a seguir.

2. CRIMES NAS LICITAÇÕES

A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – em seu artigo 37, inciso XXI²⁹ estabelece que nas obras, serviços, compras e alienações serão obrigatórios o uso de Licitação Pública, ressalvado casos especificados em lei.

Todavia, de acordo com o artigo 175³⁰, a Carta Magna não abre nenhuma exceção de afastamento da licitação, quando se tratar de contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Segundo Alexandrino³¹, conforme o artigo 3º³² da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) deve-se observar princípios constitucionais da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Assim, depreende-se desse artigo os princípios básicos que regem as licitações, quais sejam: a legalidade; impessoalidade; moralidade; igualdade; publicidade; probidade administrativa; vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

²⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. DINIZ. Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas**. Revista do Senado Federal, Ano 52, número 205, p. 87-105. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em 26 out.2016.

²⁹ Artigo 37, XXI, CRFB/88 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan 2017.

³⁰ Art. 175, CRFB/88 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan 2017. Acesso em: jan. 2017.

³¹ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. Ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2016. p. 645.

³² Art. 3º, Lei 8666/93 - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: jan. 2017.

A Lei nº 8.666/93 dispõe entre os artigos 89 a 98 as condutas que são passíveis de sanções nos procedimentos licitatórios por parte dos agentes públicos, constituindo infrações penais contra a licitação e, possuindo como sujeitos ativos os licitantes, servidores públicos e pessoas que são a eles vinculadas. Estão sujeitos a estes artigos tanto os agentes públicos quanto os particulares licitantes.

O tipo da ação penal é pública incondicionada, de acordo como artigo 100³³ da referida Lei. Ademais, o seu cometimento, não impedirá a aplicação das sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

As condutas previstas como crimes são as seguintes:

Art.89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade;

Art.90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;

Art.91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário;

Art.92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade;

Art.93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório;

Art.94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo;

Art.95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

Art.96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: a) elevando arbitrariamente os preços; b) vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; c) entregando uma mercadoria por outra; d) alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; e) tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato;

Art.97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo;

³³ Artigo 100, Lei 8666/93 - Os crimes definidos nesta Lei são de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la. BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: jan. 2017.

Art:98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito³⁴.

Na lição de Justin Filho³⁵, o artigo 89 possui dois tipos diversos de crimes, pois o *caput* é a conduta que agente estatal praticou ao deliberar sobre a observância ou não da licitação, enquanto que o parágrafo único envolve a conduta de um terceiro, quem se beneficiou com a contratação direta indevida.

Sobre este crime, extrai-se a jurisprudência do STF quanto a sua configuração:

O crime tipificado no art. 89 da lei 8.666/1993 só se configura se ocorrer seu antecedente lógico, isto é, o ilícito administrativo – que no caso concreto inexistiu. (AP 348-5/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. em 15.12.2006, DJ de 03.08.2007)³⁶.

Para Justin Filho³⁷, a existência de dano é essencial para o aperfeiçoamento do ilícito penal, portanto “não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adorar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da conduta direta para gerar lesão patrimonial à Administração.” Portanto, se tal contratação indevida gerou uma vantagem à administração, não existirá crime.

Segundo Gasparini³⁸, para a configuração do crime é necessário a culpa ou dolo, entretanto, a modalidade culposa não se aplica nos crimes licitatórios, e, portanto, de acordo com o mesmo doutrinador, não haverá a responsabilização do agente se fora agido de forma culposa.

Todavia, conforme o estabelecido no artigo 83³⁹ da lei de licitações a modalidade tentada, já que independem do resultado fim. Assim, vê-se que apenas as modalidades dolosas e tentadas é que serão punidas.

As penas a serem aplicadas para eventuais práticas dos crimes nessa lei tipificados são as de detenção e multa, sendo que esta última é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

³⁴ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: jan. 2017.

³⁵ JUSTIN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1170/1171.

³⁶ BRASIL, Jus. Jurisprudências. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2937965/acao-penal-ap-348-sc>> Acesso em: jan. 2017.

³⁷ JUSTIN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, p. 1172.

³⁸ GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 3 ed., São Paulo: NDJ, 2004. p. 146

³⁹ Art. 83, Lei 8.666/93 - Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo. BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: jan. 2017.

Conforme o artigo 99⁴⁰, a pena pecuniária corresponderá ao valor da vantagem obtida ou auferida pelo agente, sendo fixada na sentença e calculada entre 2% e 5% do valor do contrato lícito ou contrato, o qual será revertido para a Fazenda Pública lesada.

Porquanto, vê-se que tanto o particular quanto o servidor público poderá responder criminalmente, e este último também administrativamente, pelos crimes praticados no ato da licitação indevida.

Assim, se observa que a implantação do Sistema *Compliance* na Administração Pública pode colaborar com a prevenção de crimes nos processos licitatórios, tanto por parte dos servidores públicos, quanto por parte dos particulares acarretando ganho a sociedade em geral, como se verá no tópico seguinte.

3. A APLICAÇÃO DO COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Alguns países, dentre eles os Estados Unidos da América e a Alemanha⁴¹, têm adotado a aplicação de um sistema *Compliance* nas práticas da administração pública com objetivo de hostilizar as estruturas corporativas corruptoras e recuperar a confiança nas relações entre o Estado, a iniciativa privada e os cidadãos.

No Brasil, a adoção de sistema anticorrupção ainda não segue o mesmo padrão, entretanto, processos como o do Mensalão e da Laja Jato têm estabelecido novos paradigmas ao Direito brasileiro como o da Teoria denominada do Domínio do Fato⁴². Segundo esta teoria trabalha-se com a ideia de que o gestor deve saber o que está acontecendo em sua empresa, levando em consideração a sua função, devendo, portanto, ser responsabilizado também em caso de inércia da sua parte, já que os funcionários estão sob o seu comando.

Igualmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil com o Decreto nº 5.687/06⁴³, dispõe sobre a necessidade da instituição de um programa de gestão pública

⁴⁰ Art. 99, Lei 8.666/93 - A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente. BRASIL. Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: abr. 2017.

⁴¹ BREIER, Ricardo. Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais> Acessado em 25 abr 2017.

⁴² BITENCOURT, Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a autoria colateral. Revista Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>> Acessado em 25 abr 2017.

⁴³ BRASIL. Decreto nº 5.687/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-

para assuntos relativos ao bem público, integridade, transparência e controle das contas públicas. Tal convenção deu origem a Lei 12.846/13⁴⁴, tida como Lei Anticorrupção, que responsabiliza objetiva, administrativamente e civilmente as pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos e lesivos à administração pública, seja ela nacional ou estrangeira.

Com a edição da Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção – se tornou uma obrigação às empresas a adoção do Programa de Integridade medida que tem como finalidade evitar práticas corruptas contra a Administração Pública, exigindo-se, inclusive, credibilidade e transparência das empresas nas contratações de qualquer tipo junto ao serviço público, salvaguardando este.

Medidas como essas têm repercutido na postura das empresas, entretanto, ainda não é obrigatório ao Estado à adoção de programas de gestão preventiva anticorrupção⁴⁵, fazendo com que permaneça certa insegurança quanto às práticas públicas de gestão. Investigações do Ministério Público, da Polícia Federal e ações integradas tem demonstrado a existência de inúmeros casos de licitações indevidas, ou seja, corruptivas, com origem tanto por parte do Estado quanto por parte dos particulares, demonstrando a necessidade da implementação de um programa de combate as práticas nocivas e criminosas.

O programa de *Compliance* na esfera Pública deve seguir o padrão adotado na aplicação do instituto na iniciativa privada, como estudado no item 1 desta pesquisa, efetuando-se, evidentemente, as necessárias adequações⁴⁶.

A elaboração e aplicação de um Código de Conduta para servidores públicos, primeiro passo na implementação de um programa de *Compliance*, já está previsto na Lei nº 12.846/13, visando o combate preventivo da corrupção, através do desenvolvimento institucional da integridade, honestidade e responsabilidade do agente estatal⁴⁷.

[2006/2006/decreto/d5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2006/2006_01/dec_0001/2006_01_04/2006_01_04_0001.htm). Acesso em 25 de abril de 2017.

⁴⁴ BRASIL. Lei 12.846/13. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 25 abr 2017.

⁴⁵ BREIER, Ricardo. Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio. Revista Consultor Jurídico. Publicado em 20 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais> Acessado em 25 abr 2017.

⁴⁶ PINHEIRO, Antônio Fernando Guimarães. Compliance na contratação com a administração pública. Revista Migalhas. 2015. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217694,51045-Compliance+na+contratacao+com+a+administracao+publica> Acessado em 25 abr 2017.

⁴⁷ Art. 7º, Lei 12.846/13 - 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; Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm Acessado em: 25 abr 2017.

A previsão de Políticas de Comunicação Permanente, igualmente seguem o padrão de exigência de total publicidade das negociações e contratações públicas, no entanto, deve vir acompanhada de outras ações como a criação de um Comitê de Ética que estabeleça não apenas o monitoramento das ações e processos licitatórios, mas como os programas de treinamento e educação para a integridade e honestidade institucional.

As ações anteriores só se tornarão efetivas se serem integradas a adoção do Sistema de Controle Interno e de Auditoria que preveja, inclusive, a exoneração de funcionário público que seja comprovado que esteja praticando atos de corrupção nos processos de licitação.

Como se percebe, existem várias ações que são adotadas individualmente na Administração Pública que, no entanto, precisam ser integradas a um grande programa de *Compliance* para que se tornem realmente efetivas no combate as práticas de corrupção e aos crimes previstos na Lei nº 8.666 e em outras legislações como na Lei nº 12.846/13.

A implementação de um Programa de *Compliance* Público ainda poderá prever, como defende Lobato⁴⁸, certas vantagens às empresas que adotem o sistema *Compliance* em licitações federais, o que deve ser estendido também às estaduais e municipais, além de outras ações que colaborem com as práticas de integridade pública e privada.

Desta forma, a adoção de um programa integrado de integridade – *Compliance* – no combate às práticas ilícitas e nocivas oriunda da administração pública parece conciliar não só ações que poderão auxiliar no combate a corrupção, mas também como forma de se reconquistar a segurança moral nas esferas públicas e privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da exigência legal que submetem às empresas aos processos licitatórios para contratação com a Administração Pública, como se destacou no decorrer do presente artigo, isso não significa que tal procedimento pode ser corrompido por práticas ilícitas, tanto por parte dos servidores públicos, quanto por parte das empresas, gerando certa insegurança por parte dos cidadãos quanto a credibilidade e integridade dos processos licitatórios.

⁴⁸ LOBATO, Bárbara. **Compliance pode beneficiar empresas em licitações federais**. Jornal Jota. 22.02.16. Disponível em: <<http://jota.info/justica/compliance-pode-beneficiar-empresas-em-licitacoes-federais-22022016>>. Acesso em: 12 dez.2016.

O Sistema de *Compliance*, adotado por empresas para dirigirem suas práticas com base na honestidade e integridade, tem se demonstrado numa efetiva ação de combate às práticas criminosas e seus efeitos nocivos conforme destacado no primeiro item da pesquisa.

Diversas condutas de corrupção do processo licitatório estão previstas como crimes na legislação brasileiras, destacados no segundo item, como na Lei de Licitações, Lei nº 8.666/93, e na Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/13, gerando penas privativas de liberdade e multa, bem como outras sanções administrativas, como a proibição de contratar com a Administração Pública.

Por fim, se constata que a implantação de um sistema de *Compliance* na Administração Pública que consiga integrar as várias ações adotadas isoladamente em um grande programa de integridade pode resultar em efetivos resultados de combate a corrupção e no resgate da segurança moral, credibilidade e transparência, nos contratos entabulados com a administração pública, reprimindo a prática de crimes nas licitações.

Destaca-se, entretanto, que o presente artigo não tem caráter exauriente, mas pretende tecer reflexões sobre o tema que provoquem outros e mais aprofundados estudos que possam colaborar com a efetivação da desse instrumento que pode ser apto a prevenir crimes nos processos licitatórios, renovando a confiança dos cidadãos nas licitações públicas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. Ed. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método, 2016

BITENCOURT, Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a autoria colateral. Revista Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>> Acessado em 25 abr 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **O que é *Compliance* no Âmbito do Direito Penal**. Revista Consultor Jurídico, 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/direito-defesa-afinal-criminal-compliance>>. Acesso em 15.nov.2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jan 2017.

BRASIL. **Lei 8666/93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: jan. 2017.

BREIER, Ricardo. Implementação de programas de compliance no setor público é um desafio. Revista Conjur. 20.08.2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-20/ricardo-breier-compliance-setor-publico-desafio-pais>>. Acesso em 12 dez.2016.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

CGU – Controladoria Geral da União; ETHOS – Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social; Grupo de Trabalho do Pacto Social Empresarial pela Integridade contra a Corrupção. **A Responsabilidade Social das Empresas no Combate à Corrupção**. CGU: Junho, 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/manualrespsozialempresas_baixa.pdf>. Acesso em: 11 Ago. 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**. 3 ed. São Paulo: NDJ, 2004.

JUSTIN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1172.

LOBATO, Bárbara. **Compliance pode beneficiar empresas em licitações federais**. Jornal Jota, 22.02.16. Disponível em: <<http://jota.info/justica/compliance-pode-beneficiar-empresas-em-licitacoes-federais-22022016>>. Acesso em dez. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo. Malheiros, 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PINHEIRO, Antônio Fernando Guimarães. **Compliance na contratação com a administração pública**. Revista Migalhas. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217694,51045-Compliance+na+contratacao+com+a+administracao+publica>> Acessado em 25 abr 2017.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. **Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas.** Revistado Senado Federal. Ano 52. número 205. p. 87-105. Disponível em:<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509944/001032816.pdf?sequence=1>>. Acesso em out. 2016.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTES QUE OCORREM NO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Alef Alexandre da Silva¹
Alexandre dos Santos Priess²

INTRODUÇÃO

O presente artigo **objetiva** abordar a responsabilidade civil do Estado por mortes que ocorrem no sistema penitenciário.

O **tema** é importante em razão de ser certo que a morte de um preso dentro do sistema prisional é resultado da não observância da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88 que, em seu art. 5º, inciso XLIX, impõe a preservação da integridade física e moral do preso.

Fatalmente, a situação do sistema penitenciário nacional encontra-se em vulnerável estado. Presos adoecem e morrem sem acesso a direitos básicos, direitos fundamentais. Cumpre esclarecer, que esses direitos fundamentais também devem alcançar os apenados.

A morte de preso dentro do sistema prisional é uma decorrência da omissão específica em cumprir o dever constitucional de proteção do preso.

O **problema** encontra-se na investigação da responsabilidade civil do Estado por mortes que ocorrem no sistema carcerário, e, por consequência, na reparação dos danos.

O artigo **estrutura-se** no estudo da responsabilidade civil e seus aspectos gerais. Posteriormente, trata da responsabilidade civil do Estado na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88. Finalmente, observou o expressivo número de detentos que morrem em razão de doenças e homicídios que ocorrem dentro do sistema prisional.

A pesquisa foi predominantemente **doutrinária**, estabelecendo pontualmente o posicionamento da Corte Suprema através da **jurisprudência** que, por sua vez, fortalece o amplo

¹ Acadêmico do curso de Direito do sétimo período da UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí. Cidade: Itajaí. Telefone: (47) 992452621. Email: alefalexandresilva@outlook.com

² Alexandre dos Santos Priess, Advogado e Professor Universitário. Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB (Itajaí). Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Email: alexandrepriess@hotmail.com

posicionamento da doutrina administrativista.

RESPONSABILIDADE CIVIL: aspectos gerais e síntese evolutiva

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, esclarece que o tema da responsabilidade civil do Estado tem recebido tratamento distinto no tempo e no espaço. Diversas teorias têm sido elaboradas, inexistindo no mesmo ordenamento uniformidade de regime jurídico que alcance todas as hipóteses. Durante muito tempo predominou a regra da irresponsabilidade estatal. Porém, caminhou-se para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, que ainda hoje é aceita em várias hipóteses, posteriormente, evoluiu-se para a teoria da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil, também denominada extracontratual, tem sua origem no Direito Civil. Consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano decorrente de um fato humano. Trata-se de obrigação extracontratual e, no Direito Privado, a regra geral é a necessidade de estarem presentes os seguintes elementos: a) uma atuação culposa ou dolosa do agente; b) a ocorrência de um dano; c) o nexo de causalidade entre o dano havido e a conduta do agente, o que significa ser necessário que o dano efetivamente haja decorrido da ação ou omissão estatal⁴.

Na esfera do Direito Público, a responsabilidade extracontratual do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão lícita ou ilícita imputável ao Estado. Constitui-se na obrigação de reparar os danos, economicamente, e com tal reparação se exaure⁵.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se, dizer que:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos⁶.

Trata-se de dano resultante de comportamentos do Poder Judiciário, do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. A responsabilidade é do Estado. A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos lícitos ou ilícitos, de comportamentos comissivos ou omissivos do Poder Público.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008, p. 638.

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 6. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006, p. 551- 552.

⁵ FILHO, Marçal Justen. Curso de **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 806.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 639.

1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE DO ESTADO

A teoria da não responsabilização do Estado, no que tange aos atos de seus agentes que fossem lesivos aos particulares, assumiu sua maior notabilidade sob os regimes absolutistas. Sustentava-se esta teoria na ideia de que não era possível ao Estado, verdadeiramente personificado na figura do rei, lesar seus súditos, uma vez que o monarca não cometia erros. Era apresentado pelas fórmulas: *Le roi ne peut mal faire e the king can do no wrong* ou, em nossa língua: O rei não pode fazer mal e O rei não erra⁷.

Os agentes públicos, como representantes do rei, não poderiam, portanto, ser responsabilizados por seus atos, ou seja, seus atos, na qualidade de atos do próprio rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa teoria logo começou a ser combatida, por sua evidente injustiça; se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar e responder quando por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações⁸.

Pode-se dizer que a teoria da não responsabilização do Estado, encontra-se inteiramente superada, mesmo na Inglaterra e nos Estados Unidos, últimos países a abandoná-la.

2. TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA

A teoria da culpa administrativa, também denominada de teoria da culpa do serviço, procura desassociar a responsabilidade do Estado da ideia de culpa do funcionário. Fala-se em culpa do serviço público.

Para Hely Lopes Meirelles:

A teoria da culpa administrativa representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta de serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração⁹.

⁷ GASPARINI, Diogenes, **Direito Administrativo**, 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1044.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 640.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 657.

Segundo a teoria da culpa administrativa, o dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular unicamente existe caso seja comprovada a existência de falta do serviço. Desta maneira, não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço¹⁰.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ocorre a culpa do serviço ou falta de serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva¹¹

Assim, a inexistência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes.

3. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO

Pela teoria do risco administrativo, a atuação do Estado, lícita ou ilícita, que cause dano ao particular faz nascer para a Administração Pública o dever de reparar o dano, mediante indenização, independente da existência de falta do serviço ou da culpa de determinado agente público¹².

Para Hely Lopes Meirelles¹³, “Basta à lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta de serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço”.

Nesse sentido, presentes o fato do serviço e o nexo direto de causalidade entre fato e o dano ocorrido, nasce para o poder público o ônus de indenizar. Ao particular que sofreu o dano não encarrega comprovação de qualquer espécie de culpa do Estado ou do agente público. Esse rigor é suavizado mediante a prova, feita pela Administração Pública, de que a vítima concorreu, parcial ou totalmente, para o evento danoso, ou de que esse não foi gerado pelo Estado¹⁴.

¹⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**, p. 1046.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 992-993.

¹² ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**, p. 850.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 657.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 657.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – CRFB/88.

A Carta Política em seu art. 37º § 6º preceitua:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa¹⁵.

Segundo entendimento da doutrina, esse dispositivo constitucional promoveu no Brasil a responsabilidade objetiva da Administração Pública, na modalidade risco administrativo, isto é, a atuação do Estado que cause dano ao particular faz nascer para a Administração Pública o dever de reparar os prejuízos provocados pelo dano, mediante indenização, independente da existência de falta do serviço ou culpa de determinado agente público¹⁶.

Para fins de responsabilidade do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, assim como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham serviços estatais sob concessão ou delegação explícitas ou implícitas, quando na execução do serviço público¹⁷.

Importante destacar que, que em tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário nº 841.526¹⁸, em sede de repercussão geral, por unanimidade, reconheceu-se que o Estado é responsável pela morte de detentos em casos de inobservância do seu dever específico de proteção, previsto no art 5º, inciso XLIX, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88¹⁹.

Vale citar, a título de exemplo, um presidiário que seja assassinado por outro condenado dentro da penitenciária, ou um presidiário que sofra alguma lesão por conta da inobservância de um agente penitenciário na prestação de serviço.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, p. 988.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira, **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**, p. 999.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 841526** . Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 30 de março de 2016.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

Nada obstante, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁰, nas hipóteses de pessoas ou coisas que estejam sob a guarda, a proteção direta ou a custódia do Estado, isto é, quando o poder público está na condição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade das pessoas ou coisas que estejam a ele vinculados por alguma condição específica, a responsabilidade civil por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas é do tipo objetiva.

Sustenta-se que, nessas situações, ao possibilitar que o dano ocorresse, mesmo sem ter sido provocado por alguma conduta comissiva de agente público, o Estado responderá por uma omissão específica, que para fins de responsabilidade civil do Estado, equipara-se à conduta comissiva²¹.

Hely Lopes Meirelles defende que:

Incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, tem direito a indenização salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma excludente daquela responsabilidade estatal²².

Por último, é importante frisar que a responsabilidade extracontratual objetiva fundada no art. 37º, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, admite a ocorrência de excludentes de responsabilidade, a saber: culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito.

Marçal Justen Filho²³, entende que “não há responsabilidade civil do Estado quando o evento danoso se consumou por efeito de atuação culposa da vítima. Se a culpa foi exclusiva, não há responsabilização civil alguma”.

Força maior há de ser entendida dentro de seus limites próprios. Quais sejam: ocorrências naturais, imprevistas e imprevisíveis, que, verificadas provocam danos. Força maior está diretamente ligada a acontecimentos cujo desenrolar não se poderia opor resistência eficaz²⁴.

Caso fortuito envolve hipóteses em que o dano é produzido por causas alheias à vontade ou ao controle de alguém, insuscetíveis de impedimento. Está associado à imprevisibilidade, isto é,

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 799789**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 02 de dezembro de 2010.

²¹ ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**, p. 857.

²² MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 662.

²³ FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**, p. 817.

²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289.

obra do acaso.

Assim, ocorrendo alguma dessas modalidades de excludente de responsabilidade estatal, fica afastado o dever de indenizar do Estado uma vez que não tem nexo de causalidade entre conduta estatal e o dano ocorrido.

5. MORTES NO SISTEMA CARCERÁRIO

Segundo levantamento nacional de informações penitenciárias feito pelo INFOPEN²⁵, no primeiro semestre de 2014, o Brasil ultrapassou uma marca de 600 mil pessoas cumprindo pena de privação de liberdade (a quarta maior população carcerária do mundo), cerca de 80% a mais do que em 2004²⁶.

Em Porto Alegre (RS), segundo dados da Vara de Execuções Criminais, em quatro anos, 278 presos morreram nos 25 presídios da região metropolitana da capital, sendo que 89% dos óbitos foram causados por doenças²⁷.

De acordo com os dados, (115) detentos morreram por insuficiência respiratória, (112) por Aids, (65) por broncopneumonia, (48) por pneumonia, (42) por tuberculose, (29) por septicemia. Há também casos de insuficiência renal (12 mortos), insuficiência cardiorrespiratória (11), meningite (11), hepatite (10), cirrose hepática (8), diabetes (8). Não bastasse a falta de atenção à saúde, a violência também matou: houve (12) enforcamentos, (5) estrangulamentos e (4) mortes por arma de fogo. Entre todos os 278 óbitos registrados, 71% foram de detentos com até 40 anos de idade.

Segundo o Relatório do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2013 pelo menos 60 detentos morreram no complexo prisional de São Luis (MA), e a principal causa da violência é a disputa de poder entre presos oriundos do interior e os da capital, divididos em facções. O documento apontou ainda outras violações dos direitos humanos, como a superlotação e a falta de segurança para detentos e parentes de presos – algumas das quais seriam submetidas a estupros, segundo denúncias de detentos. As mortes e violações aos direitos humanos em Pedrinhas levaram a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) a cobrar do

²⁵ O **Infopen**, é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos penais, que sintetiza informações sobre as unidades e a população prisional.

²⁶ Acebes, César Muñoz. **O Estado Deixou o Mal Tomar Conta**. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso em: 01/02/2017.

²⁷ Vasconcellos, Jorge. **Mortes de detentos em RS deverão ser explicadas**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59333mortes-de-detentos-em-rs-deverao-ser->. Acesso em: 01/02/2017

governo brasileiro uma solução para o problema²⁸.

Finalmente, nos primeiros dias de 2017, uma rebelião no complexo penitenciário Anísio Jobim, em Manaus (AM), provocou a morte de pelo menos 60 detentos. A rebelião resultou em corpos mutilados e decapitados.

Segundo o Secretário de Segurança Pública do Amazonas, Sérgio Fontes, a chacina é resultado da rivalidade entre duas organizações criminosas que disputam o controle de atividades ilícitas na região amazônica. A família do norte (FDN) e o primeiro comando da capital (PCC). Aliada ao comando vermelho (CV), do Rio de Janeiro, a (FDN) domina o tráfico de drogas e o interior das unidades prisionais do Amazonas²⁹.

Dessa forma, conclui-se que a omissão do Estado diante da atual situação do sistema carcerário, bem como a política do encarceramento agravam, cada vez mais, a situação dos presos no Brasil. Isto é, o caos no sistema prisional tem como responsável o próprio Estado, detentor do monopólio do Direito Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se na presente pesquisa que, no âmbito do Direito Público, a responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão ilícita imputável ao Estado.

Portanto, a atuação do Estado, com ação ou omissão, culposa ou dolosa, que cause dano ao particular, faz nascer para a Administração Pública a obrigação de reparar o dano, mediante indenização.

A investigação do tema verificou o desenfreado crescimento da população carcerária, o considerável número de mortes que ocorrem no interior dos presídios, bem como as péssimas condições de vida dos detentos sob custódia estatal.

²⁸ Freire, Tatiane. **Acordo prevê audiências de custódia e adequação do sistema prisional do MA**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79700-acordo-preve-audiencias-de-custodia-e-adequacao-do-sistema-prisional-do-ma> Acesso em: 01/02/2017.

²⁹ Rodrigues, Alex. **Secretário confirma pelo menos 60 mortes durante rebelião em presídio de Manaus**. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/secretario-confirma-pelo-menos-60-mortes-durante-rebeliao-em-presidio-de>. Acesso em: 01/02/2017.

Observou-se, também, que em tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o Estado é responsável pela morte de detentos em casos de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art 5º inciso XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88.

Ademais, a responsabilidade civil do Estado, para o Supremo Tribunal Federal, no caso de morte de detento em presídio é objetiva, ante a regra do Art. 37§, 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88, que reafirma a teoria do risco administrativo, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. Conclui-se, portanto, que em casos de mortes de detentos no interior dos presídios, deve o Estado indenizar a título de reparação, a família do detento morto.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

Acebes, César Muñoz. O Estado Deixou o Mal Tomar Conta. Human Rights Watch. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2015/10/19/282335>. Acesso em: 01/02/2017.

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 24. Ed. São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 799789. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Brasília, 02 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário **841526** . Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, 30 de março de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Freire, Tatiane. Acordo prevê audiências de custódia e adequação do sistema prisional do MA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79700-acordo-preve-audiencias-de-custodia-e-adequacao-do-sistema-prisional-do-ma>. Acesso em: 01/02/2017.

GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira, *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*, 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 35. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

Rodrigues, Alex. Secretário confirma pelo menos 60 mortes durante rebelião em presídio de Manaus. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/secretario-confirma-pelo-menos-60-mortes-durante-rebeliao-em-presidio-de>. Acesso em: 01/02/2017.

Vasconcellos, Jorge. Mortes de detentos em RS deverão ser explicadas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59333mortes-de-detentos-em-rs-deverao-ser->. Acesso em: 01/02/2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2006.

SOLUÇÃO DE CONFLITOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO NOVOS CAMINHOS PARA O PODER PÚBLICO

Raphaela Regina Desconsi¹

Alexandre dos Santos Priess²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo do cabimento dos institutos da conciliação e da mediação na Administração Pública, sob a perspectiva da constitucionalização do Direito Administrativo.

A escolha do tema justifica-se pelo contexto atual, em que se busca solucionar as demandas de forma mais célere e eficaz, principalmente em razão da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), que traz em seu bojo o incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos, bem como da Lei n. 13.140/2015, denominada Lei de Mediação.

Vale salientar que tais inovações serão analisadas sob a óptica do neoconstitucionalismo³.

Objetiva-se demonstrar que, com a efetiva e eficaz supremacia da Constituição⁴, tanto a conciliação quanto a mediação poderão ser melhor utilizadas pelo Poder Público e, por conseguinte, reduzir a demanda e desafogar o Poder Judiciário.

Para tanto, no capítulo 1, trata-se dos aspectos introdutórios da conciliação e da mediação, de modo a conceituar os referidos métodos de autocomposição, que, muito embora se apresentem como similares, não se confundem.

¹ Raphaela Regina Desconsi. Acadêmica do 10º período do curso de Direito na instituição Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), situada em Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: raphaela.rd@hotmail.com.

² Alexandre dos Santos Priess. Advogado e Professor Universitário. Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público. Presidente da Comissão de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano da OAB (Itajaí). Professor de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor da Escola da Magistratura do Trabalho do TRT12. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Endereço eletrônico: alexandrepriess@hotmail.com.

³ “Paradigma teórico que propõe a superação do conjunto de teorias que marcam o positivismo jurídico, por meio da consolidação de um modelo fundado na prevalência da Constituição, na força normativa dos princípios constitucionais e na eficácia dos direitos fundamentais.” CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa**. Revista da ESDM / Fundação Escola Superior de Direito Municipal. Vol. 1, n. 3. Porto Alegre: ESDM. 2016, p. 34 – 35.

⁴ “[...] a aplicação direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais, a normatividade axiológica dos princípios constitucionais e a nova hermenêutica constitucional [...]”. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa**. Revista da ESDM / Fundação Escola Superior de Direito Municipal. Vol. 1, n. 3. Porto Alegre: ESDM. 2016, p. 37.

Registre-se que, em que pese a arbitragem e a negociação também serem métodos alternativos de solução de conflitos, não serão abordados no presente trabalho em razão do objeto proposto.

No capítulo 2, discorre-se acerca da constitucionalização do Direito Administrativo, no qual a Constituição em si passa a ser o parâmetro para os atos administrativo, e a consequente recepção de meios consensuais para resolução de conflitos por parte da Administração Pública.

Por fim, são apresentados pontos conclusivos nas Considerações Finais.

No tocante à metodologia, na fase investigatória⁵ se utilizou o método indutivo⁶ e no momento de tratamento dos dados o método Cartesiano⁷, assim o relatório dos resultados fundamentou-se na lógica indutiva.

1. CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A fim de facilitar a compreensão, iniciar-se-á com a conceituação de conciliação e mediação, vez que, em que pese serem institutos muito próximos, não se confundem.

A conciliação, na lição de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto⁸, “apresenta-se como método alternativo à jurisdição estatal e seu principal escopo é a realização de um acordo, buscando, desta forma, que não haja a continuação do litígio.”

No mesmo sentido, para Lucíola Maria de Aquino Cabral⁹:

A conciliação constitui forma de solução de litígio operada [...] com a interferência de um terceiro, conciliador, cuja tarefa consiste em conduzir as partes à solução do conflito, podendo também ocorrer como fase preliminar do processo judicial.

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto¹⁰ acrescentam que:

⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. d. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 87.

⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 91.

⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁸ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 14.

⁹ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 7.

¹⁰ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 15.

Na conciliação, existe a presença de um terceiro intermediário, designado como conciliador, a tarefa deste é de suma importância e a ele cabe intervir de forma ativa na solução do litígio, podendo, desta forma, apresentar os pontos positivos e negativos do possível acordo. Importante destacar que compete ao conciliador objetivar sempre que as partes alcancem uma solução que coloque um fim real ao seu imbróglio.

Ressalta-se que a conciliação é adequada para solucionar tanto demandas jurídicas quanto extrajudiciais.¹¹

Desta feita, a conciliação traduz-se em um método alternativo de solução de conflitos, que tem por escopo a autocomposição orientada por um terceiro, neutro e imparcial – o conciliador – que sugere às partes a melhor forma de aproximar seus interesses.

Assim sendo, o conciliador exerce um papel ativo e, portanto, sua capacitação é elemento central para o sucesso da solução da demanda.

Por sua vez, a mediação, segundo Maria Tereza Fonseca Dias¹², é:

Método extrajudicial de resolução de conflitos que se utiliza da figura de um terceiro alheio a disputa, o mediador, como facilitador do diálogo entre os envolvidos, os mediandos, com objetivo de estabelecer a intercompreensão de suas pretensões e a aproximação de seus desejos, a fim da propositura e da escolha de resolução a controvérsia pelos próprios participantes.

No mesmo sentido é o entendimento de Lucíola Maria de Aquino Cabral¹³:

Mediação é uma forma de solução de conflito na qual o terceiro, mediador, intervém no sentido de conduzir os dissidentes a uma solução negociada do conflito, ou seja, a uma solução livremente estipulada por eles. Na mediação [...] o mediador não apresenta propostas, nem oferece acordos para que eles cheguem a solução do conflito: utiliza-se, sim, de uma técnica para afastar os obstáculos ao entendimento.

Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwartzmann¹⁴ definem mediação como:

A intervenção construtiva de um terceiro imparcial junto às partes envolvidas, conduzindo a negociação em etapas sequenciais, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar,

¹¹ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 15.

¹² DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsia no setor público**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em 05/03/2017.

¹³ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 7.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo, com estas a busca de uma solução da disputa pelas próprias partes.

Portanto, na mediação, o terceiro neutro e imparcial – o mediador – auxilia a comunicação entre as partes, assiste na identificação do conflito e possibilita que as próprias partes construam a solução.

Sublinha-se que a tarefa do mediador é “tão somente facilitar o diálogo entre os litigantes e que assim estes possam estabelecer a melhor dissolução para seus problemas.”¹⁵

A Lei n. 13.140/2015, chamada de Lei da Mediação, estabelece no parágrafo único do art. 1º que se considera mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Maria Tereza Fonseca Dias¹⁶ acrescenta:

Trata-se de técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta aos participantes é a realização de um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões. Para isso, é imprescindível a distinção das posições aparentes dos participantes e de seus verdadeiros interesses durante o processo. O entendimento da causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para pacificação social, no sentido de evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social.

Como corolário, além de resolver o conflito, a mediação promove a pacificação das relações sociais.

Desta feita, resta claro que “tanto a mediação quanto a conciliação buscam a realização de um acordo de vontades, entretanto, diferenciam-se no caminho trilhado para que seja alcançado este escopo.”¹⁷

Salienta-se que a conciliação e a mediação se mostram mais céleres e eficazes quando comparados com a demanda litigiosa e adversarial.

¹⁵ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada:** mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 16.

¹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsia no setor público.** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>. Acesso em 05/03/2017.

¹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada:** mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 16.

Acerca do assunto, Luzia Klunk¹⁸ aponta:

Diante da ineficiência e insuficiência do aparato estatal, criam-se mecanismos alternativos para a solução de conflitos. A atual busca dos meios alternativos para solução de conflitos considera que o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos é a autocomposição, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz.

Enfatiza-se ainda que os métodos consensuais de tratamento de conflitos “facilitam a aceitação – e o consequente cumprimento – daquilo que restou decidido, justamente porque não houve imposição, mas sim uma construção conjunta quanto à melhor maneira de resolver o conflito.”¹⁹

Ademais, cumpre salientar que o art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil, estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Em complemento, o § 3º do referido dispositivo legal, prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Humberto Theodoro Júnior et al²⁰ ensinam que:

Ao analisar o disposto no art. 3º, do Código de Processo Civil, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção de outros meios (integrados – mediação e conciliação). Busca-se, assim, a adoção de uma solução integrada de litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV, do art. 5º da CR/1988.

Depreende-se, portanto, que “o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos é regra nuclear do CPC/15, que deve ser observada por todos os agentes do processo, sem qualquer distinção.”²¹

¹⁸ KLUNK, Luzia. O conflito e os meios de solução: reflexões sobre mediação e conciliação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. 1. ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 63

¹⁹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 96.

²⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro, et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense 2016, p. 261.

²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>. Acesso em 10/12/2016.

Acerca do assunto, Paulo Afonso Brum Vaz²² esclarece:

Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição. É outra chance, diante do insucesso da aposta no Estado como única e soberana instância, para o resgate da autonomia e da responsabilidade dos indivíduos na solução dos seus conflitos e um remédio para a crise de funcionamento do aparato judicial.

Imperioso sublinhar que o Código de Processo Civil deve ser interpretado conforme os valores e as normas fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Resta claro, portanto, que a Administração Pública deve observar os princípios centrais do Código de Processo Civil e, como consequência, da própria Constituição Federal, inclusive e principalmente no que diz respeito à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos.

2. NOVOS CAMINHOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Considerando que os institutos da conciliação e da mediação buscam solucionar o conflito com maior celeridade, tecnicidade e imparcialidade, de maneira diversa da tradicional litigiosidade e morosidade do Poder Judiciário, a sua utilização pela Administração Pública tem grande perspectiva de satisfazer o interesse público com maior eficiência.²³

Conforme Lucíola Maria de Aquino Cabral²⁴, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos deve-se, principalmente, em razão de “o aparato judiciário e administrativo do Estado brasileiro operar com enorme ineficiência e de forma burocrática, dificultando a solução de conflitos sociais e a realização concreta dos direitos fundamentais”.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que traz como princípio basilar a utilização de meios de autocomposição, bem como o marco legal da Mediação no Brasil, introduzido em nosso sistema jurídico pela Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que não se limita a disciplinar apenas a

²² VAZ, Paulo Afonso Brum. **Primeiros comentários à Lei no 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação)**: imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. Revista de Doutrina da 4a Região, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em: < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html>. Acesso em: 15 fev. 2017.

²³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

²⁴ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 4.

mediação privada e a mediação judicial, vez que trata “extensa e detalhadamente da solução extrajudicial de conflitos envolvendo a Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal”²⁵, a utilização dos referidos métodos de autocomposição passam a ter respaldo legal – e o que é mais relevante: são incentivados como alternativa, a fim de uma resposta mais célere e efetiva.

O uso da mediação, bem como da conciliação, “contribui para uma Administração Pública menos autoritária e mais colaborativa, estimulando maior eficiência, transparência e dinamismo”.²⁶

Logo, a utilização dos institutos da conciliação e mediação em ações judiciais que envolvem a Administração Pública encontra autorização legal expressa no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação.

Outrossim, disciplina legal para a autocomposição extrajudicial de conflitos nos quais a Administração Pública figure como parte, representa “significativo e inovador avanço para reduzir os milhões de processos que entulham as prateleiras e os escaninhos de nossa Justiça estatal.”²⁷

De mesmo norte, é a lição de Lucíola Maria de Aquino Cabral²⁸:

Não há dúvida que a adoção de meios alternativos para a solução de conflitos por parte da Administração Pública além de legal, é também legítima e deve ser por ela perseguida, uma vez que a pacificação social se identifica com o próprio interesse público por ela protegido.

Ainda, Lucíola Maria de Aquino Cabral²⁹ aponta que:

Evidencia-se a necessidade de se rever a relação entre direitos fundamentais e supremacia do interesse público, noções que precisam ser reinterpretadas para que seja dada efetividade aos direitos inerentes ao homem reunidos sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de buscar um equilíbrio nas relações entre Estado e sociedade com fundamento na pluralização das fontes normativas e no novo papel conferido à lei, que passa agora a conviver com várias outras modalidades normativas, igualmente legítimas e que asseguram a participação direta dos cidadãos.

²⁵ PASQUALIN, Roberto. **Mediação na administração pública é alternativa pra o Estado**. Disponível em: <http://jota.info/artigos/mediacao-na-administracao-publica-e-alternativa-para-o-estado-09102015>. Acesso em 10/12/2016.

²⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

²⁷ PASQUALIN, Roberto. **Mediação na administração pública é alternativa pra o Estado**. Disponível em: <https://jota.info/artigos/mediacao-na-administracao-publica-e-alternativa-para-o-estado-09102015>. Acesso em 10/12/2016.

²⁸ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 7.

²⁹ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 6.

Victor Roberto Corrêa Souza³⁰ entende que o administrador em seu poder de gestão da res publica, ao propor qualquer espécie de resolução alternativa de conflitos, não está atuando de modo inadvertido, abdicando de patrimônio; muito pelo contrário, estará proporcionando pacificação social e celeridade processual.

Conforme ensina Romeu Felipe Bacellar Filho³¹:

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. [...] Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.

Por conseguinte, percebe-se que é facultado à Administração Pública realizar acordos e transações objetivando evitar litígios e até mesmo findá-los.

Para Lucíola Maria de Aquino Cabral³²:

A busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo em nome da lei e, especialmente, de torná-lo mais aberto a participação popular.

De acordo com Luzia Klunk³³, “a mediação e conciliação apresentam inúmeras vantagens, como a rapidez, confidencialidade, menores custos, grande possibilidade de êxito e qualidade da decisão acordada.”

Outrossim, na reflexão de Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwartzmann³⁴:

Ao prevenir os litígios de alcançarem as cortes judiciais, a mediação tem potencial para reduzir o volume de casos administrados de forma simultânea, assim como, numa perspectiva de prazo maior, condicionar a prática administrativa à composição amigável e à busca de consenso. Com isso, tem-se a redução do tempo despendido pelas procuradorias com a gestão dos processos judiciais, aumenta-se o percentual de êxito na resolução dos conflitos e diminui-se os gastos administrativos.

³⁰ SOUZA, Victor Roberto Corrêa. **O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento**: A autocomposição e a Administração Pública. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Revista de Processo RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007; p. 192.

³² CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 8.

³³ KLUNK, Luzia. O conflito e os meios de solução: reflexões sobre mediação e conciliação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. 1. ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 74

³⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

Portanto, os métodos autocompositivos são mais econômicos justamente por serem mais céleres, logo, possibilitam ao Estado maior contenção de gastos.

Como corolário, a aplicação da mediação, bem como da conciliação, como “meio alternativo de solução de conflitos no âmbito da administração pública, encontra fundamento nos princípios da eficiência, da participação e da democracia”.³⁵

Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwartzmann³⁶ adicionam que:

O Estado brasileiro adota uma postura mais compatível com o espírito desejado para a Administração Pública moderna, representando um meio alternativo para a composição de conflitos e alcance da consensualidade. Trata-se de uma ferramenta que vem corroborar com a demanda por uma Administração Pública menos autoritária e mais colaborativa, eficiente, dinâmica, que busca meios para mitigar a ausência de responsividade observada entre a sua atuação e os interesses da coletividade.

Para João Eduardo Lopes Queiroz³⁷, com a edição do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação, diplomas legais que tornaram plenamente possível a adoção da conciliação e da mediação no âmbito da Administração Pública, resta superada “qualquer alegação de quebra do princípio da legalidade ao se aplicar os meios alternativos de soluções de controvérsias no âmbito da Administração Pública.”

Emmerson Gazda³⁸ esclarece que no Direito Administrativo atual há “uma superação da legalidade estrita, devendo-se interpretar o Direito em sua totalidade sistemática e aberta, de forma que a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei.”

De mesmo esteio, é o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira³⁹:

Enquanto, na sua concepção clássica, a ideia de Estado de Direito estava intimamente vinculada à submissão da Administração Pública à legalidade, hoje, no Estado Democrático de Direito, além do

³⁵ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 12.

³⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017.

³⁷ QUEIROZ, João Eduardo Lopez. **Negociação, Mediação e Conciliação na Administração Pública: a lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/08/04/negociacao-mediacao-e-conciliacao-na-administracao-publica-a-lei-n-o-13-140-de-26-de-junho-de-2015/>. Acesso em 10/12/2016.

³⁸ GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutрина.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm. Acesso em 15/12/2016.

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>. Acesso em 10/12/2016.

respeito à lei e à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada.

Acrescenta Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴⁰ que é justamente

a necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do Poder Público, no contexto de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas, assim como o incremento de meios consensuais de atuação administrativa.

Vale esclarecer que o neoconstitucionalismo, que defende a supremacia da Constituição, aplicando-se de forma direta e imediata os direitos e garantias fundamentais, a normatividade axiológica dos princípios constitucionais e a nova hermenêutica constitucional, permitiu o renascimento do regime jurídico administrativo, fundado na unidade da trinca principiológica estruturante da dignidade humana, do Estado Democrático de Direito e do princípio republicano.⁴¹

Na reflexão de José Sérgio da Silva Cristóvam⁴², trata-se de um modelo:

Aberto, dinâmico, dialético e dialógico que pretende a superação daquela concepção impositiva, imperativa e autocrática da Administração Pública, com a construção de uma perspectiva compromissada com o respeito aos direitos e garantias dos cidadãos, a consensualidade e a participação social na formação das decisões administrativas, o que pode ser sintetizado na ideia de Administração Pública democrática.

O neoconstitucionalismo permitiu uma verdadeira revolução no Direito Administrativo, de forma a ceder o lugar de honra, antes ocupado pela legalidade, à Constituição Federal.

Nesse sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam⁴³ continua:

O fenômeno da constitucionalização do Direito provoca, na seara do Direito Administrativo, um interessante e sofisticado movimento de substituição da legalidade, como fonte reitora da disciplina jurídico-administrativa, pela própria Constituição, fator de verticalização e direta parametrização normativa da atuação administrativa.

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado em consonância com a Constituição Federal, a fim de efetivamente atingir seus objetivos.

No mesmo norte, Elisa Berton Eidt⁴⁴ esclarece que:

⁴⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>. Acesso em 10/12/2016.

⁴¹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 37.

⁴² CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 37.

⁴³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 50.

⁴⁴ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a

A vinculação da Administração Pública ao texto constitucional, portanto, implica na releitura das balizas que por muito tempo sustentaram o regime de Direito Público e que contribuíram para a negação de qualquer ato negocial com o Poder Público. Isso porque, o fundamento para os atos administrativos está na realização máxima dos direitos e garantias previstos constitucionalmente, o que necessariamente exige do Estado uma atuação próxima à sociedade e despida de qualquer concepção prévia acerca de qual interesse deve prevalecer.

José Sérgio da Silva Cristóvam⁴⁵ acrescenta que:

a verticalização e aplicação direta da Constituição pela Administração Pública, sem qualquer mediação legislativa, acaba por instituir uma autêntica substituição da normatividade de lei pela normatividade da Constituição, a representar a quebra daquele mito tradicional da onipotência da lei em face da Administração.

Como consequência, “a lei deixa de ser o único fundamento do agir administrativo. Nem o único nem o mais importante”⁴⁶, de modo que a legalidade dá lugar à própria Constituição Federal, que passa a atuar como parâmetro para os atos da Administração Pública.

Ainda tratando-se da perspectiva de que a Constituição Federal, e não a mera literalidade de leis, é que deve ser utilizada como base para os atos administrativos, de modo a incentivar e possibilitar a utilização dos métodos alternativos como a conciliação e a mediação, cite-se que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 institui um Estado Democrático,

Destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, **com a solução pacífica das controvérsias** [...]. (grifo nosso).

Muito embora o preâmbulo não seja considerado como parte da Constituição em termos de vinculação normativa⁴⁷, depreende-se de sua leitura “que a solução pacífica das controvérsias foi um dos objetivos do constituinte de 1988, o que deve ser considerado também no que se refere aos litígios internos entre particulares e/ou particulares e o Estado.”⁴⁸

novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 133.

⁴⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 50 – 51.

⁴⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 51.

⁴⁷ GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm, acesso em 15/12/2016.

⁴⁸ GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm. Acesso em 15/12/2016.

Nesse sentido é a lição de Emmerson Gazda⁴⁹:

A orientação constitucional que se extrai, portanto, da análise dos princípios fundamentais contidos no Título I e da leitura do Preâmbulo, é no sentido de que a sociedade brasileira pretende reduzir os litígios, alcançando uma situação de pacificação social que permita a construção de uma sociedade plural, harmônica, livre, justa, solidária, em que seja possível o desenvolvimento nacional e a realização do bem de todos. E a redução de litígios por certo envolve os litígios entre os integrantes do Estado e destes contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

Ademais, consta no art. 37 da Constituição Federal que a Administração Pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Logo, o que mais guarda relação com os métodos consensuais é o princípio da eficiência.⁵⁰

No tocante ao princípio da supremacia do interesse público, Elisa Berton Eidt⁵¹ defende que:

O interesse público não pode travestir-se de argumento para impermeabilizar toda e qualquer conduta do Estado em juízo. Antes disso, serve ele para pautar uma conduta coerente com os valores fundamentais da Constituição Federal, de modo a incentivar a adoção de métodos consensuais como forma de concretizá-los e preservá-los.

Quanto ao princípio da isonomia, Elisa Berton Eidt⁵² continua:

a celebração de um acordo pela Administração Pública deve levar em conta o potencial efeito multiplicador dos seus termos, à vista da eventual ocorrência de diversos conflitos na mesma situação. Nestes casos, não pode o poder público agir diferenciadamente, cabendo propor o mesmo acordo em todas as situações semelhantes.

Resta claro, portanto, que a Constituição Federal deve ser o parâmetro para todo o ordenamento jurídico brasileiro, de modo a irradiar-se nos atos praticados pela Administração Pública.

Verifica-se, assim, que se passa “da estática e (no mais das vezes) fechada legalidade administrativa para a dinâmica, aberta e altamente complexa normatividade constitucional.”⁵³

⁴⁹ GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em http://www.revistadourtrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadourtrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm. Acesso em 15/12/2016.

⁵⁰ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 133.

⁵¹ EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 140 – 141.

⁵² EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. p. 145.

⁵³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa**. p. 51.

A consequência, conforme explana José Sérgio da Silva Cristóvam⁵⁴ é:

A diminuição daquela posição passiva do agente público, como mero executor das decisões político legislativas, na medida em que assume uma vocação muito mais ativa, enquanto agente responsável pela densificação na normatividade constitucional, a partir de um processo de concretização ponderativa daqueles direitos e interesses assegurados pelo legislador constituinte.

Ressalta-se que “os institutos consensuais permitem a participação dos cidadãos e o exercício da democracia, justificando-se sua utilização na área administrativa tanto na prevenção como na composição de conflitos.”⁵⁵

Sob esse prisma, resta claro que a Administração Pública não apenas pode, como deve se utilizar de meios consensuais de resolução de litígios, tendo como parâmetro a Constituição Federal para os seus atos, de modo a buscar maior celeridade e eficácia para os interessados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conciliação e mediação são métodos alternativos de solução de conflitos, em que um terceiro, neutro e imparcial, assiste na identificação e resolução do litígio. Cumpre esclarecer que o terceiro participa ativamente na conciliação, sendo que na mediação somente orienta as partes para que, por si só, construam uma solução, porquanto além de resolver o conflito, a mediação promove a pacificação das relações sociais.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação, a Administração Pública está expressamente autorizada a fazer uso da conciliação e da mediação, que passam a ser estimuladas e incentivadas.

Ademais, a constitucionalização do Direito revolucionou e permitiu o renascimento do Direito Administrativo, transformando-o em democrático, no qual a própria Constituição é utilizada como parâmetro normativo para os atos administrativos, o que possibilita a adoção de meio consensuais de solução de litígios.

O Direito Administrativo Constitucionalizado surge como resposta para o desafogamento do Poder Judiciário, porquanto supera a estrita legalidade e desata as mãos do Poder Público para que

⁵⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo**: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa. p. 51.

⁵⁵ CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>. Acesso em 15 fev. 2017. p. 12.

possa, de fato, solucionar suas próprias demandas através do uso da conciliação e da mediação.

O uso dos referidos métodos alternativos de solução de conflitos por parte da Administração Pública se traduz em celeridade, dinamismo e satisfação do interesse público.

Conclui-se, portanto, que tanto a conciliação quanto a mediação são meios hábeis a solucionar as demandas de que faz parte a Administração Pública, tendo em vista não apenas a autorização expressa do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, mas principalmente a constitucionalização do Direito Administrativo, que rompeu com o engessamento da Administração Pública ao tornar a própria Constituição o parâmetro para os atos do Poder Público.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino. **A mediação no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://luciolacabral.com.br/wp-content/uploads/2015/05/03.pdf>, acesso em 15 de fev. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Por um novo direito administrativo: a travessia da legalidade para a juridicidade administrativa**. Revista da ESDM / Fundação Escola Superior de Direito Municipal. Vol. 1, n. 3. Porto Alegre: ESDM. 2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **A mediação na Administração Pública e os novos caminhos para a solução de problemas e controvérsia no setor público**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-tereza-fonseca-dias/a-mediacao-na-administracao-publica-e-os-novos-caminhos-para-a-solucao-de-problemas-e-controversias-no-setor-publico>, acesso em 05 de março de 2017.

EIDT, Elisa Berton. **Solução de conflitos no âmbito da administração pública e o marco regulatório da mediação**: da jurisdição a novas formas de composição. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

GAZDA, Emmerson. **Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir**. Disponível em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao010/emmerson_gazda.htm, acesso em 15 de dez. 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense 2016.

KLUNK, Luzia. O conflito e os meios de solução: reflexões sobre mediação e conciliação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. 1. ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. Disponível em:

<http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp->

[content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-](http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf)

[Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica- Ago.2014.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/site/wp-content/uploads/2015/11/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf), acesso em 15 de fev. 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Mediação na Administração Pública**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/06/mediacao-na-administracao-publica/>, acesso em 10 de dez. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. Ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASQUALIN, Roberto. **Mediação na administração pública é alternativa pra o Estado**. Disponível em: <http://jota.info/artigos/mediacao-na-administracao-publica-e-alternativa-para-o-estado-09102015>. Acesso em 10 de dez. 2016.

QUEIROZ, João Eduardo Lopez. **Negociação, Mediação e Conciliação na Administração Pública: a lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/08/04/negociacao-mediacao-e-conciliacao-na-administracao-publica-a-lei-n-o-13-140-de-26-de-junho-de-2015/>, acesso em 10 de dez. 2016.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa. **O novo Código de Processo Civil brasileiro e a audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento: A autocomposição e a Administração Pública**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Spengler. **Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição & arbitragem**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Primeiros comentários à Lei no 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação)**: imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal. *Revista de Doutrina da 4a Região, Porto Alegre*, n. 68, out. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html>, acesso em 15 de fev. 2017.