

## ***Introdução***

Teses recentes sobre os novos rumos da governança global tem despertado a atenção dos códigos de conduta corporativos e dos programas de *compliance* para além do debate anglo-saxão, desafiando as perspectivas tradicionais da tradição europeia continental e com amplo impacto também entre nós no Brasil e na América Latina. E não é diferente com o constitucionalismo global, que tem sido cotidianamente revisado diante da multiplicidade de transformações sociais, valores e problemas de larga escala e alto impacto em todo o mundo. Neste trabalho, busca-se compreender o protagonismo das corporações como atores do constitucionalismo global, cujos processos autoconstitucionalização<sup>1</sup> – a autorregulação das práticas corporativas – definitivamente demanda novos níveis de compreensão sociológica e mais sólida fundamentação do comportamento ético.

Recorre-se à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para organizar o discurso e as alternativas possíveis de observação da autoconstitucionalização, preservando-se, no entanto, a já clássica estratégia de pesquisa de impor os limites de legitimação da filosofia do sujeito à observação sociológica. A perspectiva metodológica ganha ainda mais especificidade ao impor sob a observação sociológica do protagonismo das corporações nos processos de autoconstitucionalização as teses de ética empresarial, sobretudo pela orientação ao engajamento dos *stakeholders*. Espera-se desta ambiciosa combinação semântica (recurso à teoria dos sistemas para observação da autoconstitucionalização e imposição dos limites de legitimação pela teoria dos *stakeholders*) identificar aplicações possíveis da teoria jurídica da responsabilidade no ambiente empresarial. Todo este processo de construção de sentido orienta-se pela consolidação do que se propõe aqui como sendo uma *sociologia do comportamento ético na empresa*.

No particular da teoria jurídica, a grande contribuição parece estar concentrada em evidenciar o emprego dos conceitos próprios da teoria da infração de dever de cuidado (*Sorgfaltspflichtverletzung*) e imputação de responsabilidade penal empresarial, demonstrando

---

<sup>1</sup> TEUBNER, Günther. “Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of ‘Private’ and ‘Public’ Corporate Codes of Conduct”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18/2011, pp. 617-638.

suas origens e fundamentos como reação aos escândalos corporativos e às assimetrias de informação derivadas do comportamento dos *gatekeepers* (o “vigilante”) na empresa. Este nível de compreensão representa um momento teórico essencial para melhor compreender as instabilidades financeiras e oferecer padrões de autocompreensão do direito mais complexo e com maior capacidade de regular prudencialmente situações arriscadas: risco moral das decisões econômicas (*moral hazard*) e o risco sistêmico (*systemic risk*).

Com base nestas questões, o texto está estruturado em cinco tópicos, nos quais (a) se observa a autoconstitucionalização e se posiciona o protagonismo das corporações; para em seguida extrair as principais consequências em relação aos (b) limites morais à autoconstitucionalização e seus (c) principais instrumentos – governança corporativa e *compliance* –; descrevendo as principais consequências jurídicas na (d) interação funcional entre autoconstitucionalização e direitos constitucionais e o papel dos dogmáticos na (e) estruturação e organização dos deveres de gestão empresarial.

### ***1. Observando a autoconstitucionalização: o protagonismo das corporações***

É verdade que o risco moral e a expansão generalizada do risco sistêmico da economia frustram as expectativas da sociedade, deixando condições delicadas para o comportamento decisório. A combinação de elementos em que se estruturam os sistemas necessita soluções muito mais criativas, baseadas em imaginação moral para criar alternativas mais inovadoras entre os conflitos possíveis e suas formas de superação. E quando a regulação dos Estados nacionais expõe sua insuficiência, surge o problema do impacto de decisões econômicas corporativas na sociedade. A capacidade das empresas de constituir seus próprios códigos de conduta e estabelecer suas próprias diretrizes de comportamento lhes dá larga margem para realização de sua liberdade de ação. A própria empresa condiciona seus limites de regulação. Esta regulação privada é reconhecida como autorregulação e é precisamente a observação sociológica deste impacto do comportamento decisório corporativo o que aqui se pretende analisar como “autoconstitucionalização”.

Resgatando a ideia de que o mercado (*Markt*) é o *locus* privilegiado em que se operacionaliza a economia da sociedade<sup>2</sup>, gostaria de somar a hipótese de que as corporações exercem um papel de verdadeiros protagonistas nas transformações sociais. A autoconstitucionalização deve estar inscrita no cerne da teoria social hoje. Observe-se, por exemplo, o comportamento decisório que move o *Wal Mart*, a 28ª economia mundial (atenção para o simples fato de que ninguém menos do que a Dinamarca ocupa a 29ª posição!), alcançando a cifra espetacular de mais de 2 milhões e meio de empregados. A observação do caso *Wal Mart* indica resultados muito interessantes nos dois sentidos, o negativo e o positivo. Por um lado, os processos de autoconstitucionalização comunicados pelas práticas corporativas com sua política de *low cost* destruiu comunidades inteiras no mundo todo<sup>3</sup>. Por outro, as iniciativas de revisão da reputação ética da empresa provocaram o que se conhece na literatura como sendo o *New Wal Mart effect*. Especialmente em contextos de insuficiência regulatória e instabilidade institucional, o processo de autoconstitucionalização promove amplas redes de contratos *top down*, controlando a qualidade ética do comportamento de seus fornecedores e contratantes<sup>4</sup>.

Com um exemplo retoricamente tão poderoso tanto do *high social cost of low cost corporation* quanto dos efeitos positivos das redes de contrato do *New Wal Mart effect*, meu ponto de partida faz com que seja no mínimo razoável pensar que a autoconstitucionalização advinda dos códigos corporativos tenha extraordinário potencial para afetar as condições comunicativas da sociedade mundial<sup>5</sup>. Pensar sobre as transformações sociais por parte das corporações e seus impactos sobre o constitucionalismo global, é, se não me equivoco, empenhar nossa reflexão atentamente a *por que e como* as corporações afetam a sociedade<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt, 1994, p. 91 e ss.

<sup>3</sup> Com avaliação do impacto negativo da autoconstitucionalização no sistema de saúde pública, ARINDRAJIT, Dube. "Hidden cost of Wal Mart Jobs: use of safety net programs by Wal Mart Workers in California". *Ken Jacobs UC Berkeley Center for Labor Research and Education – The Labor’s Center Briefing Paper*, 2/2004.

<sup>4</sup> VANDENBERGH, Michael, "The new Wal-Mart effect: the role of private contracting in global governance". *UCLA Law Review*, 913/2007, p. 913.

<sup>5</sup> TEUBNER, Günther. "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?". JOERGERS, Christian *et al* (org) *Constitutionalism and transnational governance*. Oxford: Oxford Press, 2004, p. 3-28.

<sup>6</sup> PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

As transformações estruturais do mercado e da empresa afetam diretamente a dinâmica do constitucionalismo global, na medida em que a autoconstitucionalização pode atingir um potencial regulatório para além da capacidade doméstica de verificação de direitos constitucionais. Diante do protagonismo das corporações são trazidos novos interrogantes à imputação penal, para muito da imputação de responsabilidade individual. Mais especificamente, o que importa é o domínio do conhecimento sobre o *decision making* das empresas, recompondo o dilema moral no comportamento decisório. O protagonismo permite renovar a atenção não apenas aos processos de imputação penal, mas também à questão da juridificação dos conflitos<sup>7</sup>, oferecendo elementos para a esquecida limitação moral do comportamento empresarial.

Resgatando o modelo luhmanniano, esta observação do dilema moral atende a uma verificação do tipo *ob es moral social passt oder nicht* – quer dizer, se está adequado ou não adequado socialmente. Já no seu *Ökologische Kommunikation* (Comunicação Ecológica), o que move a investigação deve ser *machen wir Gesellschaft verständlich*, ou seja, *fazer da sociedade compreensível*.

As transformações sociais, neste sentido, despertam a atenção para uma valoração diferenciada frente a riscos específicos, situados na dinâmica do mercado. O mercado gera seus códigos corporativos e relativiza os ordenamentos domésticos positivados com elementos de *soft law*, derivados sobretudo de *standards* de alinhamento produzidos por movimentos – nem sempre harmônicos – de agências internacionais, notadamente a OCDE. O problema de fundo é que a decisão racional frente às transformações sociais *market-based* não devem ser indiferentes às liberdades pessoais e aos modelos de soberania postos em nossas Constituições, enfatizando o processo de consolidação democrática em grande medida comum na América Latina.

Nas últimas décadas, os efeitos negativos da atividade empresarial tem sido cada vez mais objeto de discussão científica. As tradicionais formas de percepção da responsabilidade social corporativa tem demonstrado baixo rendimento, demandando cada vez a intervenção do Estado na forma da condução dos negócios. Especialmente com a proliferação de severas violações de

---

<sup>7</sup> Originalmente, TEUBNER, Günther. “Verrechtlichung. Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege”. KÜBLER, Friedrich (org) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*. Baden-Baden? Nomos, 1984, p. 289-344.

direitos humanos no âmbito corporativo, escândalos de corrupção e esquemas fraudulentos nas empresas, a necessidade de imputação de responsabilidade jurídica, restringindo a liberdade de ação empresarial pelas vias do reforço punitivo. Quer dizer, o histórico recente – ao menos nas três últimas décadas – de violação sistemática de direitos e lealdade na concorrência demandou a necessidade de impor regulação à autoconstitucionalização, no que conceitualmente se tem como autorregulação regulada ou regulação responsiva, inspiradas na obra seminal de Ian Aïres e John Braithwaite<sup>8</sup>.

Porém, frente a este “mal” advindo da constitucionalização corporativa, como inclusive era afirmado por Luhmann, a questão radica em diferenciar os lobos dos cordeiros, introduzindo a moral nas relações de comunicação no mercado. Essas valorações, bom-mau, belo-feio, honesto-desonesto, produzem, na verdade, sentido de diferenciações. Porém, do contrário, na moralização dos conflitos – os ‘esquemas morais’ – não criam um processo de diferenciação. No modelo luhmanniano, dado que a moral não pode constituir um sistema diferenciado com seus códigos próprios, uma efetiva moralização do conflito não representaria mais do que uma regra complementar, uma resposta de imunização frente a contingências do sistema na sociedade<sup>9</sup>. Quer dizer, frente às transformações sociais, a tarefa não se estenderia para além da produção de padrões mais adequados de complexidade na comunicação.

Na observação, ao observar também criamos padrões de comportamento decisório. Padrões de comportamento decisório que, sem embargo, não se deixam confundir com a hipótese habermasiana de produção de consenso na comunicação. O que sim se produz são expectativas de que a comunicação será produzida em conformidade com orientações normativas<sup>10</sup>. E em sua moralização, quando outro simultaneamente observa, porém sob outra determinação moral – em discrepância (*Diskrepanz*) –, o que passa é que *anders darf nicht sein!*, ou seja, a outra perspectiva de observação não pode ser! Ou, dito ainda de outra forma: que a moral condiciona<sup>11</sup> a observação

---

<sup>8</sup> AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford Press, 1992, p. 101 e ss.

<sup>9</sup> LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008, p. 25 e ss.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. *Einführung in die Systemtheorie*. 2. ed. Zutphen: W.G.V., 2004, p. 302.

<sup>11</sup> “Man kann daher auch sagen, dass die Moral in einer Konditionierung von Achtungs- oder Missachtungszuteilungen besteht. Dabei ist ‚die Moral‘ eine künstliche Aggregation, denn es is für die aktuelle Kommunikation nie erforderlich und nie möglich, dass die Gesamtheit der konditionierenden Gesichtspunkte in scharfer Abgrenzung gegen anderes

e o conteúdo da comunicação. Eu te observo somente *sob a condição de que você faça a coisa certa (do the right thing and I'll observe you!)*. Neste sentido, não se aceita moralmente a possibilidade do que o outro quer dizer, por imperativo da reflexão ética que impõe os limites – moralmente diferenciados – do comportamento. Parece-me que, para fins deste artigo, seria um ponto de partida dogmático essencial para testar a validade de uma ética normativa em níveis mais suportáveis de estabilidade econômica.

## **2. Limites morais à autoconstitucionalização**

Um exercício sociológico possível de imaginação moral seria a intenção de observar como o mercado realmente funciona, identificando aí seu comportamento decisório e seus padrões de moralidade. Com certa influência de teses emergentes sobre a teoria dos *stakeholders*, uma proposta no mínimo interessante seria a observação sociológica do processo de criação de valor (*value creation*) em sentido amplo, alcançando como destinatários, em sua condição comunicativa de *stakeholders*, os consumidores, empregados, fornecedores e financistas.

Os *stakeholders* não podem estar isolados, seu comportamento decisório deve operar em sentido equivalente aos *shareholders*, os acionistas. Juntas estas duas dimensões podem criar valor como nenhuma outra alternativa mais poderia chegar a criar. Ou seja, nesta intersecção de interesses reside o processo de criação de valor sem deixar de fora da observação como as corporações afetam a sociedade. É uma questão de observar sociologicamente o comportamento decisório de quem realmente importa para a comunicação do sistema econômico e buscar formas alternativas para preservar a estabilidade dos sistemas e promover uma mudança efetiva *boa* e não *má* para a sociedade. Nesta sociologia do comportamento ético da empresa, o que se propõe é a observação sociológica da intersecção entre *stakeholders* e *shareholders* nos processos de autoconstitucionalização.

---

bezugsfähig zur Verfügung steht. Die Formulierung ‚die Moral‘ verweist daher immer auf schon moralisierte Kommunikation (und natürlich auch: auf nichtmoralisierte Kommunikation)”, LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 4. ed. Wiesbaden: VS, 2004, p. 260.

Com a chave semântica de superação do conflito entre *stakeholders* e *shareholders*<sup>12</sup>, pode-se apostar com alguma chance de acerto, que se diminuirão as drásticas formas de exclusão do comportamento decisório das corporações na complexidade da sociedade econômica. Significa dizer: este conflito é uma experiência histórica fracassada, cujo sentido operacional não deve ser reproduzido na evolução da sociedade econômica. A ética negocial se inicia com o propósito da estratégia comunicativa da empresa e melhora, por assim dizer, as narrativas sobre o capitalismo e erosão da confiança pública quanto ao rendimento que efetivamente tem a criação de valor por parte das corporações. Dito de forma mais clara: a renovação moral da comunicação no ambiente corporativo representaria um incremento da confiança perdida nas empresas, e, por conseguinte, nos processos de autoconstitucionalização comunicados na sociedade econômica.

### ***3. Instrumentos de autoconstitucionalização: governança corporativa e compliance***

Os limites morais da autoconstitucionalização buscam nas teses de governança regulatória um importante arsenal de instrumentos. A integração destes instrumentos se deduz da ambiciosa semântica proposta pelas teses de governança corporativa e *compliance*, que ocupam o epicentro das discussões atuais no Brasil em termos de regulação jurídica, análise de impacto no desenvolvimento socioeconômico, percepção de satisfação em termos de implementação de políticas públicas e avaliação da efetividade da gestão pública ou da performance empresarial. As modernas investigações em governança corporativa e *compliance* atualizam as questões tradicionais que vinculavam a cultura empresarial e os modelos de regulação pública para alcançar formas mais sofisticadas e inteligentes de promover a responsabilidade social corporativa e prevenir violação de direitos humanos no contexto doméstico e internacional, destacando-se as políticas de redução das desigualdades regionais e iniciativas de redução da pobreza.

---

<sup>12</sup> A título exemplificativo, o clássico FREEMAN, Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Cambridge: Cambridge Press, 1983, p. 10 e ss.

A partir das condições estruturais de conhecimento da atividade arriscada e os indicadores de governança regulatória, a especialização do comportamento decisório na sociedade econômica busca introduzir mecanismos com potencial de impacto na formulação de políticas de prevenção a infrações econômicas e análise de impacto regulatório, baseados na análise de risco (*risk assessment*), que depuram as consequências econômicas ou financeiras, políticas, de responsabilização jurídica e reputacionais (percepções subjetivas ou “construção da imagem” e “delimitação do *shaming*”). A interação funcional com as diretrizes de governança regulatória, com maior capacidade de comunicação entre os sistemas econômico, político e jurídico, as avaliações de risco permitem verificar a intensidade e efetividade de sua aplicação no setor público ou de sua incorporação no âmbito das organizações. A importância destas avaliações consiste na possibilidade de racionalização e controle – mitigação – dos efeitos negativos das falhas de governança regulatória, que constituem a base para os processos de imputação de responsabilidade às empresas<sup>13</sup>.

A sua vez, os programas de *compliance* podem ser entendidos como um programa organizado para incrementar a gestão organizacional e o potencial regulatório para prevenção de infrações econômicas e controle dos riscos morais. Trata-se de novo modelo de cumprimento de normas de gestão que oferece novas perspectivas de método para revisão das teses tradicionais sobre a performance institucional. Mais importante de tudo é que o diagnóstico organizacional das transformações sociais promovidas no âmbito corporativo promovidas no âmbito corporativo aponta para melhores condições de incremento da própria constitucionalização (Constituições formais e substanciais do Estados) e dos níveis globais de interconstitucionalidade.

Desde a observação sociológica do comportamento ético na empresa, o que mais importa no entanto é a capacidade de aprendizagem, no sentido de melhoria da performance ética da empresa, motivada pela autoconstitucionalização. Mais especificamente, a sociologia do comportamento empresarial preocupa-se em identificar as estratégias comunicativas empregadas para desenvolver as ciências cognitivas no ambiente corporativo e promover a ética negocial nos

---

<sup>13</sup> TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. Köln: Carl Heymanns, 2004, p. 121. Analisando a política criminal brasileira em torno da responsabilidade penal empresarial, SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 173 e ss.

sistemas sociais. A comunicação ecológica encontra seus fundamentos nas questões éticas atendendo à seguinte lógica de diferenciação<sup>14</sup>: se de um lado se diferencia o *doing the right thing*, por outro também está a comunicação da repressividade ao *wrong-doing*, com as formulações tendencialmente inclinadas ao controle social formal.

Há certa confusão no modelo luhmanniano entre limites morais e limites negociais, uma vez que se confunde moralização dos costumes empresariais com imposição de restrição de direitos e liberdades pessoais arriscadas. Equivoca-se Luhmann quando pretende deslocar as organizações *bem-sucedidas* do epicentro das modificações estruturais, substituindo-as pela submissão à prova do entorno e suas contingências<sup>15</sup>. Justamente porque as práticas negociais frustram as expectativas por transparência nas informações, a mais relevante das preocupações consiste no fato de que o mercado reivindica efetividade nos padrões por meio de reforço punitivo. Esta reivindicação alcança as demandas por simetria nas informações na economia, que acaba por legitimar a proteção da assimetria de informações com recurso a sanções.

#### ***4. Vulneração sistemática de direitos fundamentais e violação de direitos humanos: regular a autoconstitucionalização?***

As formas mais sofisticadas de regulação responsiva dependem, antes de tudo, de estabilidade institucional. Ciente disso, Braithwaite analisou as *regulatory networks* que pudessem dar conta da falta de instituições que garantissem a certeza da regulação responsiva<sup>16</sup>. No entanto, o modelo de *social networks partnerships*, a seu modo, também segue sendo uma abstração. As formas de institucionalização dos conflitos se desorienta, não apenas anulando os efeitos do controle social informal, mas conduzindo o controle social formal a repressão de contingências. A falta de certeza da resposta punitiva gera sensação generalizada de impunidade; diante da

---

<sup>14</sup> LUHMANN, Niklas. *Ökologische Kommunikation... op. cit.*, p. 259.

<sup>15</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Trad. Darío Rodríguez. México: Herder, 2010, p. 413.

<sup>16</sup> BRAITHWAITE, John. "Responsive regulation and developing economies". *World Development*, 34/2006, p. 884-898.

impunidade, responde-se com de forma severa a determinados casos – seletividade –, buscando elevando potencial simbólico para dar conta desta sensação generalizada de impunidade. A resposta a contingências, no entanto, dificilmente provoca modificações sensíveis no comportamento ético, trazendo sérias dúvidas sobre a relação entre o potencial de intimidação (*deterrence*) da coerção para estimular comportamento colaborativo<sup>17</sup>.

Tanto esta dinâmica – já antiga é verdade – entre coerção e colaboração na teoria jurídica, quanto as atuais demandas por segurança negocial e confiança na alocação dos recursos por meio do reforço punitivo representam as principais interfaces entre autoconstitucionalização, responsabilidade e uma observação sociológica do comportamento ético na empresa. Tem-se insistido na analítica de Joachim Vogel para a compreender como as transformações sociais advindas da autoconstitucionalização tem repercutido sensivelmente nas formas jurídicas<sup>18</sup>. A pesquisa científica no Brasil tem observado verdadeira contradição no papel da informação no direito de mercado de capitais (simétrico) e no direito penal (assimétrico). A extensão deste dever de simetria de informação transferido de um âmbito normativo para outro – que leva a consideráveis afetações de direitos fundamentais: problemas de legalidade, presunção de inocência, ou o direito de não se autoincriminar (*self-incrimination*). Para intimidar o *wrong-doing*, abrem-se espaços para uma frequente desconstitucionalização de liberdades pessoais.

Podem-se observar muitas investigações empíricas<sup>19</sup> que evidenciam a inefetividade da obsessão punitiva e os frágeis avanços positivos em termos de inovação, criatividade e aprendizagem organizacional. Sua baixa complexidade, igualmente, está já amplamente demonstrada por investigações empíricas em torno dos escândalos corporativos. Parmalat segue como motor da economia italiana, tão presente em nosso cotidiano quanto o hábito de consumir leite. A *radikal Aufzuräumung* (“radical reorganização”) da Siemens não a deixou fora dos

---

<sup>17</sup> LAUFER, William. “Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza”. CENTONZE, Francesco *et al* (org) *La responsabilità ‘penale’ degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: il Mulino, 2016, p. 18.

<sup>18</sup> VOGEL, Joachim. “Wertpapierhandelsstrafrecht”. In: PAWLIK, Michael *et al* (org). *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007.

<sup>19</sup> Assim desde a obra seminal de SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

escândalos recentes na América Latina. E Enron demonstrou que o *darkside* do *American capitalism* não apenas financiou as campanhas de Bush e Schwarzeneger, mas que a euforia punitiva esteve muito longe de suportar os efeitos nefastos do risco sistêmico da crise dos *subprimes* em 2008.

É que estamos aprendendo muito pouco no processo de evolução da sociedade econômica. Nem mesmo a perda de reputação tem sentido operacional para “limpeza das práticas de mercado”. Ou me equivoco ao afirmar que, apesar de saber que a Nike reduz seus empregados à condição análoga a de escravo, não é tão difícil encontrar entre nós os consumidores de seus produtos? Frente ao baixo potencial de rendimento comunicativo para prevenção de riscos – esta obsessão punitiva ao *wrong-doing* –, ainda segundo anotações do modelo luhmanniano, falta imaginação moral para levar adiante com êxito a técnica de eliminação de paradoxos: (1) que a intimidação é essencial para medidas restauradoras de diálogo e persuasão; (2) Antecipação da responsabilidade ao âmbito empresarial; (3) As medidas de cooperação e *disclosure* aumentam as hipóteses de incriminação; (4) As medidas severas podem “desacoplar” a autorregulação empresarial” e a regulação do Estado.

De outra ponta, reconstruir uma observação moral dos conflitos sociais vai muito além da prevenção das infrações econômicas e corrupção. Podemos elaborar estratégias de intervenção nas organizações e promover melhores níveis de responsabilidade social corporativa. Capturar as falhas de governança pode permitir à sociedade reduzir a complexidade que gera exclusão. A transformação social das empresas adquire assim o sentido de *life enhancing measures*, ou seja, de melhoria dos padrões de vida.

Precisamente aí se podem encontrar os pressupostos para reconstruir uma observação moral dos conflitos sociais no âmbito corporativo. Aí, segundo me parece, pode-se delinear a fronteira entre a possibilidade de uma ética normativa e o fanatismo moral veiculado por mobilizações sociais “contra a corrupção”, curiosamente as mesmas que marcham em favor da obsessão punitiva ou mesmo pela – historicamente reprovável – supressão de liberdades pessoais em nome do revanchismo.

## 5. A tarefa dos dogmáticos: estruturação e organização dos deveres de gestão empresarial

Seguindo a linha da autoconstitucionalização das empresas, a teoria jurídica tradicional sobre a atribuição de responsabilidade deparou-se com a necessidade de revisão dos padrões comunicativos da sociedade mundial, sobretudo a partir da mobilização do mercado em torno dos programas de *compliance*. Este reforço punitivo ao cumprimento de deveres já no âmbito da autoconstitucionalização, como visto<sup>20</sup>, reproduz a lógica de controle do risco sistêmico frente à falha dos *gatekeepers*. Definitivamente, a partir das novas demandas de controle da autoconstitucionalização, o debate jurídico se inclinou à verificação de novos padrões de imputação e a uma nova orientação em torno de *international duty-based legal standards*<sup>21</sup>, estimulando a colaboração preventiva entre os indivíduos, as empresas e o Estado.

O alinhamento à normativa internacional, ademais do risco político que vulnera em grande medida a soberania nacional, deveria ser tratado com certas reservas. Transplantar no Brasil (*legal transplantation*) os modelos conhecidos em outros contextos segue, contudo, expondo nossa sociedade econômica a risco: os complexos instrumentos de imputação de responsabilidade na empresa poderiam sobrecarregar o sistema jurídico brasileiro e, o que seria ainda mais indesejável, incriminar injustamente a muitas pessoas que não afrontam o ordenamento jurídico. Deve-se temer, sobretudo, que os sistemas de delegação de deveres na empresa disponham de mecanismos de proteção dos seus empregados.

---

<sup>20</sup> O surgimento de deveres de comunicação de operações suspeitas para evitar ou prevenir falhas de *gatekeepers* foi recentemente analisado em detalhes por SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. “*Gatekeepers* e soluções de *compliance*”. *Revista dos Tribunais*, 979/2017, p. 69-89.

<sup>21</sup> Para uma observação percuciente sobre a necessidade de *harmonização de expectativas jurídicas*, especialmente a partir da economia da sociedade, MASCAREÑO, Aldo. *Die Moderne Lateinamerikas: Weltgesellschaft, Region und funktionale Differenzierung*. Bielefeld: transcript, 2012, p. 226. Em outros termos, Helmut Willke observa que “the challenge is to devise regulatory regimes which combine normative legal rules and cognitively open regulatory principles in order to arrive at an architecture of financial governance which comes a few steps closer to dealing with global finance on equal footing. (...) For global normative regimes, territory and territoriality are minor or even irrelevant issues, while cross-border concatenation and transnational reach become essentials of the validity and viability of normative regimes”, WILLKE, Helmut *et al.* *Systemic risk: the myth of rational finance and the crisis of democracy*. Frankfurt: Campus, 2013, p. 228-229; sobre a noção de um *hybrid law*, que combina as expectativas normativas com as cognitivas, TEUBNER, Günther. “Justice under global capitalism?”. *European Journal of Legal Studies. Special Conference Issue: ‘Governance, Civil Society and Social Movements’*. 3/2008, p. 2 e ss.

Frente a este novo parâmetro, as relações entre os indivíduos e o Estado acabam gerando mecanismos de cooperação funcional, os quais evidenciam novos padrões de gestão e condução de atividade empresarial (*corporate governance*). Entre eles, obteve forte impulso nas teorias jurídicas dos últimos anos a adoção e implementação de programas de *criminal compliance* no âmbito empresarial. Este novo modelo recebe reforço punitivo com a tendência à responsabilidade penal empresarial ou inclusive com formas de responsabilização indireta, talhadas no marco do direito administrativo sancionador. Genericamente considerados, os programas de *compliance* podem ser entendidos como medidas para o reforço punitivo em uma melhor forma de gestão organizacional e potencial regulatório dos riscos sistêmicos. A transparência e a integridade comunicadas pelos programas de *compliance* devem renovar os estímulos à confiança no mercado. Os novos mecanismos de controle para prevenção da criminalidade econômica ainda oscilam em torno do dilema *deter or comply*.

A fixação dos pressupostos teóricos e o contexto em que se situa a prevenção das infrações econômicas amplia as possibilidades de interação funcional entre autoconstitucionalização e constitucionalismo. Após esta problematização teórica, delimitar a *estruturação e organização* dos fundamentos dogmáticos dos deveres de *compliance*, como expressão inequívoca da necessidade de implementação das práticas corporativas comunicadas pelos processos de autoconstitucionalização. Esta interação funcional entre comunicações corporativas e decisões jurídicas de repressividade, além de gerar várias dúvidas com respeito a sua efetividade no entorno (repercussões na política ou na economia), também pode ser bem pouco funcionais, perturbando a própria consistência interna com que se organiza o sistema jurídico, ao impor sérias restrições às liberdades pessoais e vulneração de direitos fundamentais.

A legitimação dos mecanismos sancionatórios a partir da lógica dos programas de *compliance* pode representar efeitos colaterais perversos na responsabilidade frente ao déficit de organização (como no caso *Siemens AG*). O “peso da ameaça punitiva” pode chegar a deslegitimar por completo as formas de reação do Estado contra o delito, distanciando as empresas da cultura de *disclosure* e colaboração. Em última instância, a política sancionatória sem limites de legitimação leva ao desacoplamento da correção Estado-empresa, acentuadamente inclinada a contextos de autoconstitucionalização. Para os fins deste artigo, as críticas à

autoconstitucionalização consistiriam basicamente na “privatização da pena” ou “pena sem processo”, adiantado a regulação de comportamentos já no âmbito das organizações empresariais.

Para além dos déficits de persecução penal e as dificuldades de criar incentivos para novos padrões de comportamento nos negócios, este debate busca alinhar-se à tendência difundida no mundo pela imputação de responsabilidade às empresas, a partir de respostas para a crescente ingerência na liberdade de ação empresarial. A restrição da liberdade de ação empresarial, em verdade, impõe-se a partir de deveres (à veracidade de informações e transparência, cuidado e devida diligência, comunicação de operações suspeitas e evitação do resultado lesivo à lealdade entre os competidores) aos agentes de mercado e à empresa, atendendo a uma exigência de preservar as diretrizes de governança corporativa e forçar, por meio da ameaça penal, a simetria entre os *players*. Especificamente ali são desafiadas as teses tradicionais do direito penal, onde, pelo contrário, impera a assimetria de informações entre os particulares, protegendo-se frente à intervenção punitiva do Estado (com iminente flexibilização das liberdades individuais, como a presunção de inocência, o direito de não se autoincriminar, ou o direito fundamental à privacidade na empresa, sobressaindo a vulnerabilidade dos empregados frente aos canais de denúncia – *whistleblowingsystems*).

No entanto, baseando-se no novo cenário e orientado por novos padrões de transparência e integridade, a prevenção à infrações econômicas e corrupção encontra novas combinações normativas (especialmente derivadas do direito societário, do mercado de capitais e bancário) e um crescente significado para o sistema jurídico-penal. Isso leva a indicadores de expansão do direito penal, na medida em que a infração de dever se deixa interpretar como pressuposto de atribuição de responsabilidade, frente às necessidades de garantir a segurança cognitiva dos investidores e terceiros interessados.

Uma vez que os mecanismos de controle encontram seus fundamentos dogmáticos na estruturação de deveres de *compliance*, por um lado, em uma perspectiva macro, tem-se no núcleo da dogmática do direito penal econômico a “culpabilidade da organização” formulada por Klaus Tiedemann, que oferece os elementos essenciais para viabilizar a reestruturação substancial destes deveres no âmbito da responsabilidade penal empresarial. Por outro lado, desde uma perspectiva

micro, encontra-se a necessidade de um direito à veracidade de informações e à infração de dever por omissão imprudente frente a um nível adequado e suficiente de informações ao mercado.

Na estruturação destes deveres de cooperação entre as organizações e o Estado, os deveres de *compliance* em sentido estrito podem ser analisados em dois planos distintos, segundo sua *relevância* prática para a interpretação da infração econômica: *a*) na responsabilidade individual, os programas exercem um rol específico nas *a.1*) diretrizes empresariais e infração de dever de cuidado, e, de forma complementar, no conhecimento da realização do tipo, ademais de *a.2*) deveres gerais de garante às pessoas que ocupam posição de dirigente na evitação de delitos e de seus subordinados (em sistemas de delegação de dever, ademais de outras ações socialmente danosas da empresa); e *b*) na responsabilidade empresarial, por força da expansão da responsabilidade individual de um empregado, especialmente o dever de devida diligência (*Aufsichtspflicht*).

No plano individual, atribui-se responsabilidade a resultados danosos no âmbito das organizações. A relevância das diretrizes de *compliance* pode situar-se, de um lado, no manejo dogmático quanto na percepção do dolo, da infração de dever de cuidado e em outros marcos normativos regulatórios, como na determinação da pena, e, de outro, na determinação de deveres de garante fundamentados na evitação de determinados resultados. Precisamente aqui podem ser observadas influências de deveres derivados de outras ramificações do direito.

No plano das organizações, a indiferença ante a devida precaução na organização (quer dizer, a “culpabilidade da organização”) é ainda relevante para a imputação de responsabilidade penal: com base nas diretrizes de *compliance*, a empresa recebe o *status* de destinatário do dever de organização e de deveres especiais dos empregados da empresa. Exige-se que haja conexão da ação do empregado da empresa, em que se deduz a responsabilidade por *organização inadequada* ou por *déficit de organização*. Todavia, as consequências de falhas nos marcos regulatórios das pessoas jurídicas ainda não receberam a devida atenção especial do legislador, sobretudo no que diz respeito à necessidade de determinação legal da efetividade dos programas de *compliance* e averiguação de seu potencial preventivo, vale dizer, se os novos padrões regulatórios da autoconstitucionalização tem de fato conduzido a uma melhoria significativa no comportamento empresarial.

## ***Conclusões***

A generalização das contingências do sistema econômico, com particular protagonismo das corporações e seus códigos de conduta corporativos, impõem novas abordagens para incrementar os níveis de autoexplicação com adequada complexidade. A aposta nas repercussões sociais da autoconstitucionalização, provocadas pela melhoria nos processos de comunicação empresarial, no entanto, acabam desconformidades pela sequência de falhas nas decisões, desencadeando uma série de escândalos corporativos e consequências deletérias, como o risco moral e o risco sistêmico.

A descrição objetiva das formas jurídicas nos leva a compreender que tanto os controles emergentes (teses recentes de governança corporativa e *compliance*) quanto a estruturação dogmática de deveres e atribuição de responsabilidade são deduzidos de demandas por melhoria nos padrões de comunicação empresarial e geração de negócios. Apesar disso, a interação entre autoconstitucionalização e constitucionalismo apresenta dificuldades não apenas da perspectiva do constitucionalismo global – assumindo o elevando potencial regulatório das multinacionais -, mas afeta particularmente os ordenamentos domésticos, acarretando vulneração de liberdades pessoais e violações sistemáticas de direitos fundamentais.

O constitucionalismo global pode ter muito que aprender da observação dos processos de autoconstitucionalização (autorregulação) e regulação desta autorregulação, a “autorregulação regulada”. Um caminho possível, como se buscou alinhar neste artigo, é a consolidação de uma sociologia do comportamento ético na empresa, redescobrimo as estratégias de geração *ética* de valor.

## ***Referências bibliográficas***

- ARINDRAJIT, Dube. “Hidden cost of Wal Mart Jobs: use of safety net programs by Wal Mart Workers in California”. *Ken Jacobs UC Berkeley Center for Labor Research and Education – The Labor’s Center Briefing Paper*, 2/2004.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford Press, 1992.
- BRAITHWAITE, John. “Responsive regulation and developing economies”. *World Development*, 34/2006, p. 884-898.

- FREEMAN, Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Cambridge: Cambridge Press, 1983.
- LAUFER, William. "Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza". CENTONZE, Francesco *et al* (org) *La responsabilità 'penale' degli enti: dieci proposte di riforma*. Bologna: il Mulino, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Die Moral der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Einführung in die Systemtheorie*. 2. ed. Zutphen: W.G.V., 2004.
- \_\_\_\_\_. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* 4. ed. Wiesbaden: VS, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Organización y decisión*. Trad. Darío Rodríguez. México: Herder, 2010.
- MASCAREÑO, Aldo. *Die Moderne Lateinamerikas: Weltgesellschaft, Region und funktionale Differenzierung*. Bielefeld: transcript, 2012.
- PARKER, Christine. *The Open Corporation: Effective Self-Regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- SAAD-DINIZ, Eduardo; MARTINELLI, Sofia Bertolini. "Gatekeepers e soluções de compliance". *Revista dos Tribunais*, 979/2017, p. 69-89.
- SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- SIMPSON, Sally. *Corporate crime, law and social control*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.
- TEUBNER, Günther. "Justice under global capitalism?". *European Journal of Legal Studies. Special Conference Issue: 'Governance, Civil Society and Social Movements'*. 3/2008.
- \_\_\_\_\_. "Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of 'Private' and 'Public' Corporate Codes of Conduct". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18/2011, pp. 617-638.
- \_\_\_\_\_. "Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centered Constitutional Theory?". JOERGERS, Christian *et al* (org) *Constitutionalism and transnational governance*. Oxford: Oxford Press, 2004, p. 3-28.
- \_\_\_\_\_. "Verrechtlichung. Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege". KÜBLER, Friedrich (org) *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und soziale Solidarität*. Baden-Baden? Nomos, 1984, p. 289-344.
- TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*. Köln: Carl Heymanns, 2004.
- VANDENBERGH, Michael, "The new Wal-Mart effect: the role of private contracting in global governance". *UCLA Law Review*, 913/2007.
- VOGEL, Joachim. "Wertpapierhandelsstrafrecht". In: PAWLIK, Michael *et al* (org). *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007.
- WILLKE, Helmut *et al*. *Systemic risk: the myth of rational finance and the crisis of democracy*. Frankfurt: Campus, 2013