

mentais dos trabalhadores: **III Concurso de Monografias de Amatra II**. Disponível em: < <http://www.assediomoral.org/spip.php?article124>>. Acesso em: 22 mar 2019.

GUEDES, Marcia Novaes. Mobbing: violência psicológica no trabalho. **O Trabalho**. 72/1.727-1.731, Curitiba, fevereiro de 2003.

_____. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

HIRIGOYEN, M.E. **Mal estar no trabalho, redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MANSUR JÚNIOR, Maurício. Assédio Moral: A violência psíquica contra o trabalhador no contexto neoliberal. **Revista dos Tribunais Online**. vol.137., p. 240-288, 2010.

MATHIES, Anaruez. **Assédio moral e compliance na relação de emprego**. Dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2018.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Assédio moral no trabalho. **Partes**. Disponível em: < www.partes.co.br/2008/12/29/assedio-moral-no-trabalho>. Acesso em: 23 mar 2019.

OLIVEIRA, Euler Sinoir. Assédio Moral: sujeitos, danos à saúde e legislação. **Doutrinas essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Vol 3, p. 707-725, Set, 2012.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Assédio moral. *In*: Ivani Contini Bramante e Adriana Calvo, (Orgs.). **Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho em homenagem ao professor Renato Rua de Almeida**. São Paulo: LTr, 2007.

RABELO, F.C.P. **A importância do compliance trabalhista nas empresas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69188/a-importancia-do-compliance-trabalhista-nas-empresas>. Acesso em: 01 mai 2019.

SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Assédio moral: fique ligado. **Informativo**, Vitória, jul 2003, p. 6-7.

SILVA, E. L.; STURMER, G. Proteção do Mercado de Trabalho da Mulher, Mediante Incentivos Específicos nos Termos da Lei. *In*: Nilton Carlos de Almeida Coutinho. (Org.). **Direitos Constitucionais dos Trabalhadores e Dignidade da Pessoa Humana – homenagem ao ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello**. 1ed. v. 01, p. 148-156, São Paulo: LTr, 2015.

SOARES, Angelo; OLIVEIRA, Juliana Andrade. O assédio moral no trabalho: uma breve introdução. **Revista Brasileira de saúde ocupacional**. São Paulo, 37 (126), p. 195-202, 2012.

VALADÃO JUNIOR, Valdir Machado; MENDONÇA, Juliana Moro Bueno. Assédio moral no trabalho: dilacerando oportunidades. **Cadernos EBAPE.BR FGV**, n.1, artigo 2, Rio de Janeiro, Jan-Março, 2015.

NORMA DE CRIMINAL COMPLIANCE COMO RECONSTRUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS JURÍDICAS: DA VALORAÇÃO E IMPERATIVIDADE À CONSTRUÇÃO DO IMAGINÁRIO SOCIAL.

Décio Franco David¹

Jaqueline Alexandra Maccoppi²

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho corresponde à apresentação realizada no IV Simpósio Científico dos Jovens Penalistas dos Grupos Brasileiro e Argentino da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado na Universidade Federal de Minas Gerais, em 10 de outubro de 2018. Aproveita-se a oportunidade para formalizar o agradecimento ao Professor Eduardo Saad-Diniz por todo esforço e organização no evento, pois além de ser um dos doutrinadores mais importantes à disseminação doutrinária do *compliance* no país³, possibilitou um espaço democrático e interdisciplinar fundamental ao objetivo do evento.

Diferente das demais apresentações que ocorreram no evento, este trabalho não possui um enfoque majoritariamente teórico, busca-se, primordialmente, confrontar um problema prático por intermédio da correta compreensão teórica do fenômeno de assimilação de conteúdo das normas de *compliance* (ou *integridade* conforme termo apresentado em leis nacionais⁴) nas atividades cotidianas de uma pessoa jurídica. Desta forma, a pergunta que delimita o problema deste artigo corresponde à seguinte

1. Doutorando e mestre em Ciência Jurídica (UENP), mestre em Direito Penal (USP). Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário. Advogado. E-mail: decio@dfdavid.com
2. Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela ABDCONST, especialista em Direito Público pela FURB/ESMESC. Técnica Judiciária do TJ/SC. E-mail: jmaccoppi@gmail.com
3. Veja-se, por exemplo, sua obra: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, a qual é referência fundamental ao tema em território nacional.
4. Para fins do presente trabalho, serão usados os dois termos como sinônimos.

indagação: “Qual a natureza jurídica da norma de *criminal compliance* e o que faz um indivíduo se submeter a ela?”.

Para isso, parte-se da concepção de que o *compliance* objetiva não apenas o exercício de controle social de pessoas jurídicas⁵, mas, essencialmente, uma mudança do paradigma de atividade empresarial⁶, possibilitando uma construção de um modelo ético de relações econômicas por intermédio da mudança cultural da empresa⁷.

A ideia delimitadora do tema surgiu em virtude de debates realizados sobre um trabalho anterior⁸, no qual fora discutido o *compliance* como fator de retirada do potencial conhecimento da ilicitude por intermédio da incorreta implementação de um programa de *compliance*. A premissa da qual o trabalho anterior partiu, identifica o grupo de funcionários de uma pessoa jurídica como massa ou multidão, sobre a qual incidem as constatações psicanalíticas da psicologia de massas/multidões, o que decorre do fato de que a atuação dentro de cada grupo de pessoas e o treinamento em programas de *compliance* objetivam a uniformização de um padrão coletivo de condutas por toda a empresa⁹.

Esse tema pode parecer novo para o Direito (principalmente para o Penal), mas é assunto bastante trabalhado pela psicologia sob a temática da

5. Proposta regularmente indicada a tais programas, conforme destaca Adán Nieto Martín [NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Eds.). *Compliance y teoría del Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21].
6. “é preciso uma mudança da mentalidade das atividades empresariais, o que só pode ser feito pela correta criação, funcionamento e cumprimento das normas e programas de *compliance*” [DAVID, Décio Franco. *Compliance e Corrupção Privada*. In: BUSATO, Paulo César; GUARANI, Fábio André (Coord.). DAVID, Décio Franco (Org.). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 230].
7. Sobre o assunto, Claudia Cristina Barrilari afirma que: “De fato, trata-se de uma nova cultura, cujos vieses ainda não estão bem delineados. Quer-se que as empresas voluntariamente criem mecanismos internos ordenados ao cumprimento da lei. Todos os integrantes da empresa, do mais baixo ao mais alto escalão, são estimulados para atuarem dentro de patamares éticos, imbuídos da cultura de que a empresa cumpre a lei e tem efetiva preocupação com as irradiações de seus atos” [BARRILARI, Claudia Cristina. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord. Espanhol); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord. Brasileira). *Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 57].
8. DAVID, Décio Franco. O *compliance* como potencial fator de subtração da consciência de ilicitude. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César. (Org.). *Aspectos jurídicos do compliance*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 181-210. Há uma versão atualizada e modificada do trabalho: DAVID, Décio Franco. O *compliance* como potencial fator de subtração da consciência de ilicitude: Uma análise a partir da psicanálise freudiana. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs). *Compliance e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e Professor Felipe Caldeira*. Belo Horizonte: 2018, p. 285-313.
9. Concepção próxima da identificação com o objeto. Sobre esse assunto, Lacan afirma que “a identificação com o objeto está no fundo de toda relação com este. Evidentemente, é a este último ponto que mais se liga a prática da relação de objeto na técnica analítica moderna, tendo como resultado o que chamarei de um imperialismo da identificação. Já que você pode se identificar comigo, já que eu posso me identificar com você é certamente de nós dois o eu que tem a melhor adaptação à realidade, que é o melhor modelo” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 4: A relação de objeto. Tradução Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Zahar, 1995, p. 26).

psicologia das massas ou das multidões, a qual “trata o ser individual como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição, ou como parte de uma aglomeração que se organiza como massa em determinado momento, para certo fim”¹⁰. Além disso, o tema sempre acompanhou os estudos sobre psicologia individual, pois, conforme destaca Sigmund Freud, “desde o início houve dois tipos de psicologia, a dos indivíduos da massa e a do pai, chefe ou líder”¹¹. Pode-se afirmar, com Ricardo Goldenberg, que é na virada do Século XX que o tema da psicologia das massas eclode¹².

Um dos pioneiros no tema foi Gustave Le Bon o qual tentou identificar uma lei mental das multidões¹³. É cediço que este autor se valeu fortemente do critério racial para definir a uniformidade psicológica das multidões. Para ele, as multidões de raça europeia estariam em um patamar mais elevado que as latinoamericanas¹⁴, o que é característica do pensamento biologicista dominante à época, conforme se verifica com a forte influência da Escola Positivista Italiana no Direito penal. No entanto, embora a proposta de Le Bon forneça um campo para novos estudos, reitera-se que seu fundamento discriminatório obriga sua refutação.

Além disso, a abordagem iniciada por Le Bon acaba mais bem desenvolvida por Sigmund Freud, para quem o indivíduo no interior de uma massa experimenta “uma mudança frequentemente profunda de sua atividade anímica. Sua afetividade é extraordinariamente intensificada, sua capacidade intelectual claramente diminuída”¹⁵. Contudo, tamanha constatação não ocorre de forma simplificada. Para tanto, primeiramente, faz-se necessário entender que os agrupamentos coletivos (sociedades) são, “em seu nível mais fundamental, circuitos de afetos”¹⁶. São os afetos produzidos pelas sociedades

10. FREUD, Sigmund. *Obras Completas*, volume 15: Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923). São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 15.
11. FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 86.
12. Nas palavras do autor: “Podemos supor, acredito, sem sermos abusivos, que, na virada do século XX, o espelho do *Zeitgeist* era outro. As novas concentrações operárias das fábricas e bairros espectrais recolhiam os emigrantes deslocados de todos os cantos da Europa para as grandes cidades. Uma maré humana que ameaçava submergir a pequena burguesia em ascensão, deixada à intempérie tanto pelos novos capitalistas quanto pela antiga nobreza enfeudada em seus palacetes. Charles Dickens nos daria o maior testemunho desse turbilhão humano e de seus sofrimentos na capital da revolução industrial. É no auge da tensão generalizada diante dos movimentos sociais provocados por essa onda migratória gerada pela máquina capitalista, que a sociologia francesa deu à luz uma ‘ciência das multidões’: a Psicologia das massas, de Gustave Le Bon” (GOLDENBERG, Ricardo. *Psicologia das massas análise do eu: solidão e multidão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 22-23).
13. LE BON, Gustave. *Psicologia das multidões*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 30 e ss.
14. LE BON, Gustave. *Op. cit.*, p. 55.
15. FREUD, Sigmund. *Op. cit.*, p. 39.
16. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 15.

enquanto formas de força de adesão que permitem que os indivíduos assumam certas possibilidades de vida, de modo que “formas de vida determinadas se fundamentam em afetos específicos, ou seja, elas precisam de tais afetos para continuar a se repetir, a impor seus modos de ordenamento definindo, com isso, o campo do possível”¹⁷. É justamente dentro desse contexto – que expressa a realidade existente dentro de uma empresa – que a pergunta originária deste trabalho objetiva ser respondida. Isto porque, enquanto multidão ou massa, conforme explica Freud, há uma espécie de alma coletiva, em que o indivíduo perde sua “consciência” e passa a ser guiada pelo inconsciente da massa, ou seja, há um nivelamento por baixo, que induz comportamentos ilícitos, os quais possivelmente não seriam praticados se o indivíduo não estivesse na massa. Apenas para esclarecimentos metodológicos, a pesquisa proposta foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se como método de abordagem o dedutivo e a técnica de coleta se desenvolveu por documentação indireta (livros, artigos científicos, jornais e outros canais midiáticos).

2. A NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE: REFLEXÃO A PARTIR DA TEORIA DA NORMA

Todo e qualquer instituto que objetiva exercer controle social deve possuir três elementos: a) norma; b) sanção; e, c) processo¹⁸. Com os programas de *criminal compliance* não é diferente, sendo necessário delimitar o alcance e a estruturação desses três elementos dentro dos programas propostos. Todavia, em virtude da delimitação temática aqui escolhida, apenas o primeiro elemento (norma) será trabalhado.

Dimitri Dimoulis acertadamente afirma que a “norma deve ser compreendida com precisão para permitir sua aplicação em casos concretos”¹⁹, sendo assim, a grande dificuldade de um programa de *compliance* está na obtenção de uma compreensão adequada. Principalmente, pelo fato de que as normas que regulam o instituto no Brasil não demonstram nenhuma preocupação “em explorar a dimensão axiológica da integridade como norma-princípio”²⁰.

17. SAFATLE, Vladimir. *Op. cit.*, p. 16.

18. BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um Direito penal democrático*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

19. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 101.

20. FONSECA, Antonio. Programa de *compliance* ou programa de integridade – o que isso importa para o

Verifica-se da leitura das principais normativas vigentes²¹ a definição clara de que a regra a ser aplicada ao programa de *compliance* deve ser delimitada pela própria pessoa jurídica interessada, seja ela de Direito privado ou público. Desta forma, conforme se vê abaixo, as características centrais que são inerentes a todas as normas jurídicas não serão suficientes para reconhecer que as normas internas de uma empresa alcem ao *status* de *norma jurídica* por si só. Nesse sentido, é preciso ter sempre em mente que a norma de *compliance* (seja criminal ou de qualquer outra área), tenderá a seguir os pressupostos do ramo da atividade desempenhada e das finalidades traçadas ao programa, o que não significa realizar uma construção positivada. Por tal razão, Arnaldo Vasconcelos afirma que “Direito não implica positividade, isto é, o Direito não há de ser necessariamente positivo. Tanto o Direito positivo como o não positivo, ou natural, são igualmente Direito”²², principalmente quando o conteúdo de regulação da norma estiver vinculado a concepções éticas e morais, como ocorre com os programas de *compliance*. Obviamente, ao se tratar de normas penais, a positivação será sempre um pré-requisito em virtude do princípio da legalidade.

Contudo, tanto a Lei nº 12.846/2013, quanto o Decreto nº 8420/2015 vinculam a efetividade de um programa aos Códigos de Ética/Conduta da pessoa jurídica. Já a Lei nº 13.303/2016 determina a menção ao programa de *compliance* no estatuto social. Das três normativas, verifica-se o direcionamento de norma extrajurídica (norma ética prescrita em código interno) produzindo efeitos jurídicos (diminuição de pena ou servindo de critério de imputação), ressaltando sua aplicabilidade em matéria penal, desde que, para tanto, reconheça-se a possibilidade de responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Segundo Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú, as normas jurídicas (em especial as de natureza penal) são “dotadas dos caracteres da generalidade, da abstração, da bilateralidade – pois estabelecem direitos e, em contrapartida, impõem obrigações –, bem como da coercibilidade e da imperatividade”²³. Aqui, torna-se imperiosa uma correção, pois,

direito brasileiro? In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 62.

21. Lei nº 12.846/2013 (Lei anticorrupção empresarial); Decreto nº 8.420/2015 (regulamento); Portaria CGU nº 909/2015 (avaliação de programas); Instrução Normativa MP/CGU nº 1/2016 (controle interno e gestão de riscos); Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais); Decreto nº 9.203/2017 (Governança Pública); Portaria CGU nº 1.089/2018.

22. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 134.

23. GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. *Direito penal*: volume único. São Paulo: Atlas, 2018, p. 55.

conforme pesquisa aprofundada de Arnaldo Vasconcelos, alguns desses elementos são pseudocaracterísticas²⁴. Segundo o jusfilósofo cearense, as normas jurídicas possuem apenas três características: a) bilateralidade; b) disjunção; e, c) sanção. A *bilateralidade* corresponde ao fato do Direito, enquanto regulador de relações sociais, impor efeitos sinalagmáticos, isto é, “do posicionamento das partes decorrem direitos, obrigações, pretensões, ações e exceções”²⁵. A *disjunção* é a característica por meio do qual o enunciado normativo se conforma²⁶: “a norma se expressa na forma de um juízo composto de duas partes. Numa delas, enuncia-se a prestação como resultado desejado; na outra, a sanção, que será a decorrência da não realização daquele objetivo”²⁷. Segundo Vasconcelos,

A norma jurídica apresenta estrutura disjuntiva simplesmente porque apenas desse modo poderá traduzir as possibilidades contempladas nos momentos distintos da endonorma (a prestação) e da perinorma (a sanção). A situação coexistencial (H) e a não-prestação (ñP) constituem pressupostos de fato, que colocam, de maneira alternativa, as possibilidades da prestação (P) e da sanção (S). Essas possibilidades se expressam pelo verbo *dever ser*, porquanto só assim poder-se-á figurar a liberdade que se efetiva na conduta. As situações abrangidas pela norma cifram-se na seguinte alternativa: cumprir a prestação espontaneamente ou, em caso negativo, ter de submeter-se a possível consequência daí advinda, que será a sanção, ou melhor, o resultado desta²⁸.

Por fim, a *sanção* corresponde à garantia jurídica da determinação normativa, haja vista ser “um dever ser resultante da não prestação”²⁹, que, para o autor, pode ser tanto punitiva quando compensatória³⁰.

Em sentido próximo, Miguel Reale afirmava que a norma jurídica possui como características uma estrutura proposicional e um enunciado de *dever ser*³¹. Agregadas às duas características, igualmente a Vasconcelos, Reale

24. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 139-154.

25. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 157.

26. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 161.

27. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 159.

28. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 160-161.

29. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 162.

30. VASCONCELOS, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 165.

31. “O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser *uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória*. Esclareçamos melhor esta noção. Dizemos que a norma jurídica é uma estrutura proposicional porque o seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contém. Afirmamos que uma norma jurídica enuncia um *dever ser* porque nenhuma regra descreve algo que é, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo *ser*” (REALE, Miguel. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95, destaques no original).

também atribuía à sanção um efeito garantístico de cumprimento³².

Todavia, ao retornar à indagação do presente texto, é impossível não reconhecer que se está diante de um espaço comum entre a *Moral* e o *Direito*³³. Afinal, ao tempo em que os programas de *compliance* (gerais e criminais) objetivam estabelecer códigos de condutas, buscam, igualmente, o desenvolvimento de atuações honestas. Um programa de *compliance* que se distancie de preceitos éticos não é um programa de integridade efetivo³⁴. Como afirmava Miguel Reale, as “normas éticas existem para serem executadas”³⁵

Essa mescla entre o campo ético e o jurídico é sempre nebulosa, notadamente quando são feitas interpretações do tema a partir de autores neokantistas, como, *v.g.*, Max Ernst Mayer (ou o próprio Reale acima mencionado), para quem, diante da relação entre Moral e Direito, afirma que “o Direito constitui um máximo ético em força, eficácia e em resultado”³⁶. Em uma tentativa de sistematizar os limites das duas esferas, María José Falcon y Tella indica sete critérios: a) sujeito; b) objeto; c) valoração; d) caráter coativo (ou não coativo); e) pelo caráter heterônomo e autônomo; f) pelo tipo de norma; e, g) pelo fim perseguido.

Quanto ao sujeito, no Direito vigora a *bilateralidade*, enquanto que na Moral é vigente a *unilateralidade*. Na bilateralidade os atos dos sujeitos envolvidos na relação fática se contrapõem, enquanto que na unilateralidade, não existe uma contraposição de fatos, mas apenas as diversas opções de um mesmo sujeito, haja vista ser algo imanente³⁷. Na diferenciação pelo objeto, afirma-se que o Direito “presta sua atenção ao aspecto ‘externo’ dos atos, enquanto que a Moral entra nos motivos ‘internos’ do atuar”³⁸. De acordo com o critério da valoração “os atos jurídicos podem ser considerados ilícitos ou lícitos, conforme estejam ou não impedidos pela lei. Pelo contrário, os atos morais são devidos ou indevidos,

32. Em suas próprias palavras: “Sanção é, pois, todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra” (REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 72).

33. Cf. ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias. Ética, *Compliance*, Transparência e Sustentabilidade – o que podemos esperar do futuro enquanto trabalhamos o presente com as armas que temos hoje. In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 112-114.

34. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. O papel das empresas e do Estado no combate à corrupção. In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). *Manual de Compliance*. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 103.

35. REALE, Miguel. *Op. cit.*, p. 72.

36. MAYER, Max Ernst. *Filosofia del Derecho*. Traducción de la 2. edición original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937, p. 141.

37. FALCÓN Y TELLA, María José. *Lições de Teoria Geral do Direito*. Tradução Claudia Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 42.

38. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

em virtude da aceitação ou não pela consciência do próprio sujeito³⁹. Quanto ao critério de coatividade, verifica-se que o Direito é impositivo, de modo que o cumprimento de uma norma ética se dá apenas pelo valor intrínseco que ordena⁴⁰. O quinto critério difere o Direito em virtude dele se heterônomo, “pois vem imposto ao sujeito desde fora, enquanto que há autonomia na Moral, porque é a vontade mesma do indivíduo e que, soberanamente, dita sua própria lei⁴¹. Destaca-se uma consequência a partir deste critério: a ignorância do Direito não exime a pessoa de seu cumprimento normativo; já no pertinente à moral, sim⁴². O sexto critério (pelo tipo de norma) possibilita afirmar que a norma jurídica é *hipotética* (um meio para conseguir um fim), ao tempo que a norma moral é *categorórica* (um fim em si mesmo)⁴³. Por fim, o último critério apresentado pela jurista espanhola é uma mescla de fatores de distinção. Afirma a autora que o Direito se ordena “ao fim ‘temporário’ do homem, a Moral a sua finalidade ‘última’. Aquele quer fazer bons cidadãos, esta, fazer Santos. O Direito ordena a convivência humana. É um meio a serviço da sociedade. A moral, pelo contrário, tenta realizar os valores supremos da pessoa, a bondade⁴⁴. Nesse diapasão, destaca que o “valor supremo do Direito é a justiça, o da Moral a bondade e a honestidade⁴⁵. Por tal razão, suas finalidades são distintas: “o jurídico é uma forma de organização *coletiva*; a Moral, por sua parte, preocupa-se com o destino autenticamente *pessoal* do homem⁴⁶. Em outras palavras, o Direito “cumpre uma função *objetiva*, a serviço da coletividade, enquanto a Moral se refere à vida do homem para com sua consciência *subjetiva* e individual⁴⁷.”

Diante de tamanha diferenciação e, notadamente, quanto à finalidade atribuída aos programas de *compliance*, conclui-se que se é esperado um acréscimo ético, a conduta determinada em um programa de *compliance*, como orientação ou modelo é, inegavelmente, ética⁴⁸. Embora seja feita tal

39. FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 43.

40. FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 44.

41. FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 47.

42. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

43. FALCÓN Y TELLA, María José. *Op. cit.*, p. 48.

44. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

45. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

46. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

47. FALCÓN Y TELLA, María José. *Loc. cit.*

48. Sobre a natureza ética apontada: LUCHIONE, Carlo Huberth; CARNEIRO, Claudio. *Compliance e Lei Anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público. In: PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (Org.). O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 87-88.*

constatação, é preciso identificar qual a natureza jurídica das normas de *compliance*, uma vez que a moralidade de uma norma não a impede de ser jurídica. Nessa toada, ao tratar do “estado de conformidade” e “orientação de comportamento” como elementos do conceito de *compliance*, Giovanni Agostini Saavedra afirma que

Delimitar a “orientação de comportamento” é a segunda das dificuldades típicas do *Compliance*. Essa dificuldade está diretamente ligada àquela de definição da natureza jurídica das normas a serem seguidas, afinal, o *Compliance* refere-se somente a “normas jurídicas”? Se se responde afirmativamente a essa pergunta, a primeira objeção que se poderia apresentar seria: “qual é, então, a natureza jurídica de um Código de Ética ou de um Código de Conduta?” Tratam-se aqui de normas jurídicas? A princípio não e, mesmo assim, nenhum estudioso ou especialista da área diria que *Compliance* não implica seguir essas normas de comportamento.⁴⁹

Segundo o mesmo autor, as normas de *compliance* são “normas de orientação de comportamento, que não tem natureza jurídica estrita, mas que passam a ter ‘relevância jurídica’ ou por força de contrato (por meio das conhecidas ‘cláusulas contratuais de *Compliance*’) ou por força de Lei⁵⁰. Isso implica no reconhecimento de que tais normas não são, *por si só*, normas jurídicas em sentido estrito. Daí a necessidade de um contrato ou lei determinando sua imperatividade. Tal fato é fundamental para compreender que não há uma padronização normativa às normas de integridade e quais efeitos elas operam.

Dependerá exclusivamente da previsão normativa que determina a criação do programa para poder se reconhecer o caráter contratual ou legal. Curiosamente, em matéria penal isso se torna ainda mais singular, pois, embora a Lei Anticorrupção mencione a necessidade de criação dos programas de integridade, ela não cria sanções para a sua inexistência, servindo tais programas apenas como elementos de valoração na individualização da pena. Já na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº 9.613/1998), o artigo 12 apresenta uma série de sanções de natureza administrativa às instituições financeiras que não criarem programas de prevenção de riscos, entre os quais

49. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Panorama do *compliance* no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Governança, compliance e cidadania*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 43.

50. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Loc. cit.* Nesta mesma passagem o autor cita como exemplos “a Lei Anticorrupção, que atribui explicitamente consequências jurídicas para aquelas empresas que tiverem Código de Ética e Códigos de Conduta, ou seja, deixa claro que a exigência dessas normas internas passa a ter impacto na forma como será aplicada a pena no caso concreto”.

o *compliance* aparece (vide artigos 10 e 11 da alusiva lei)⁵¹.

Diante do quadro misto entre Moral e Direito incidente sobre o *compliance* e, por consequência, sobre o *criminal compliance*, as tradicionais teorias da norma sofrem dificuldades para produzir um efeito de obediência ética. Principalmente, pelo fato de que os programas de integridade modificam o papel sancionador punitivo do Direito penal para um papel preventivo, conforme explica Giovanni Agostini Saavedra:

a primeira característica atribuída ao termo *Compliance Criminal* é prevenção. Diferentemente do Direito Penal tradicional que trabalha na análise *ex post* de crimes, ou seja, apenas na análise de condutas comissivas ou omissivas que já violaram de forma direta ou indireta algum bem jurídico digno de tutela penal, o *Compliance Criminal* trata o mesmo fenômeno a partir de uma análise *ex ante*, ou seja, de uma análise dos controles internos e das medidas que podem prevenir a persecução penal da empresa ou instituição financeira. Exatamente por isso, o objetivo do *Compliance Criminal* tem sido descrito como a ‘diminuição ou prevenção de riscos *compliance*’.⁵²

Observa-se, portanto, uma mudança estrutural no mecanismo de controle utilizado, não mais repressivo, mas preventivo. Por tal razão as tradicionais teorias valorativas, imperativas e mistas⁵³ não se aplicam automaticamente às normas de *compliance*.

Para as teorias normativas (historicamente defendidas por James Goldschmidt e Johannes Nagler), a norma penal se apresenta como uma norma de valoração que expressa um juízo social a respeito de um valor, sem considerar nenhum imperativo dirigido aos seus destinatários. Deste modo o juízo de valoração ocorre *a posteriori* direcionando-se à proteção de bens jurídicos⁵⁴. Deste modo, se a análise de valoração ocorre *ex post*, tal modelo não se aplica à norma de integridade.

As teorias imperativas (que tiveram como principais autores August Thon e Ernst Rudolph Bierling) defendem que o Direito se expressa apenas como um coletivo de determinantes positivos ou negativos. Assim, a “atitude criminosa revela uma vontade subjetiva de não obediência ao comando,

51. Sobre o assunto: BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-42.

52. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Op. cit.*, p. 44.

53. Destaca-se que existem distintas correntes de cada uma dessas teorias em seu âmbito interno, mas, em decorrência da limitação espacial e temática aqui apresentada, far-se-á uma explanação apenas dos pontos genéricos de cada uma das três correntes.

54. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 163.

razão pela qual a resolução de vontade passa a ser entendida como núcleo da antijuridicidade”⁵⁵. O conteúdo material da norma (bem jurídico) fica abandonado, pois a fundamentação existencial da norma é modificar a percepção de realização de determinada conduta em virtude do imperativo instituído pelo legislador. Igualmente, este modelo não se aplica às normativas de integridade, haja vista que a suma maioria desses programas se institui enquanto mecanismos contratuais. Além disso, as concepções normativas atuais refutam vinculações puramente subjetivas, como a proposta de *revelar a vontade subjetiva*.

Consequentemente, se os dois modelos não são adequados, tampouco será a proposta mista (que teve entre seus defensores Edmund Mezger), a qual une os fatores de ambas as propostas teóricas⁵⁶.

Uma via atual e bastante elucidativa é defendida por Tomás Salvador Vives Antón, para quem a norma corresponde a uma regra de conduta que se expressa linguisticamente⁵⁷. A proposta de Vives Antón é a que melhor explica a necessidade de vinculação de uma norma de *compliance* (de qualquer área); pois, ao partir da filosofia da linguagem da segunda fase do pensamento de Ludwig Wittgenstein, a norma necessita de compreensão contextual, a qual é dotada de dinamicidade em razão dos jogos de linguagem e quadros de mundo em que o fato se desenvolve. Embora essa proposta nos auxilie a compreender que a norma de *compliance*, por ser preceito normativo ético, não é portadora de natureza jurídica de norma jurídica em sentido estrito, falta ainda responder ao segundo problema apresentado (*o que faz um indivíduo se submeter a ela?*). Nesse espeque, não basta uma linguagem adequada e preocupada com a compreensão. Há que se pensar, igualmente, na vinculação da conduta de integridade como algo natural ao indivíduo⁵⁸, algo que ele siga de forma automática, algo inerente ao seu inconsciente, o qual, desde os

55. BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Op. cit.*, p. 165-168.

56. “Sendo o bem jurídico o conteúdo substancial da norma, a essência do injusto constitui a lesão ou colocação em perigo dos mesmos, mas não é suficiente uma agressão objetiva, é necessário que a vontade do sujeito se oriente a criar um perigo para o bem jurídico com a suficiente capacidade para lesioná-lo ou destruí-lo. Assim, não é cabível a exclusão de nenhuma das dimensões da norma. Tanto é verdade que essa discussão culminou por assentar a aceitação de uma posição majoritariamente eclética a respeito de se a norma é norma de valoração ou comando de determinação” (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal. Op. cit.*, p. 169).

57. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal: Acción Significativa y Derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blach, 2011, p. 339.

58. Sobre a vinculação natural e um processo educacional de integridade: PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros; LAMBOY, Christian Karl de; ANDRADE, Marcelo Henrique Lapolla Aguiar. Projeto Capitães *Compliance*. In: PAULA, Marco Aurélio Henrique Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 309-315.

trabalhos de Jacques Lacan, se expressa enquanto linguagem⁵⁹. Disso decorre a preocupação deste trabalho em direcionar a teoria à prática. Para tanto, escolheu-se um caminho interdisciplinar entre Direito e Psicanálise para apresentar a resposta ao problema inicial.

3. UMA PROPOSTA DE ACERTAMENTO PRAGMÁTICO PELA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E PSICANÁLISE

Primeiramente, há que se explicar o porquê da escolha de resposta pela psicanálise. Direito e Psicanálise são duas (pretensas) ciências que se encontram em movimento de empuxo, o eterno aproximar-se para afastar-se (basta lembrar que apesar de algumas correntes da Criminologia⁶⁰ e do Direito penal⁶¹ trabalharem lado a lado com a Psicanálise, há ainda correntes do Direito que a afastam por várias razões, entre as quais, a de considerá-la um discurso determinado pelo inconsciente). Seja pela forma como a Psicanálise encara os crimes determinados pelo *supereu* – ao ponto de *irrealizá-los*⁶² – ou da insistência de Jacques Lacan para que os casos decorrentes do edipianismo sejam confiados ao analista, “sem nenhuma das limitações que podem entravar sua ação”⁶³, até o liame punitivo do Direito que perpassa a responsabilidade para encontrar a culpa, algo se encontra.

Esse “algo” é justamente o confronto⁶⁴ do *sujeito-de-Direito* (aqui, não tanto como o de uma ordem jurídica específica, mas, sim, encarando o Direito como uma ordem que marca o local – *de fala* – do sujeito) com o corte (*descentramento*⁶⁵) proposto pela Psicanálise. Em termos mais simples, a correlação entre estes dois ramos do saber se expressa de forma bastante

59. “O inconsciente é, no fundo dele, estruturado, tramado, encadeado, tecido de linguagem. E não somente o significante desempenha ali um papel tão grande quanto o significado, mas ele desempenha ali o papel fundamental. O que com efeito caracteriza a linguagem é o sistema do significante como tal”. (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 3: As psicoses. Tradução Aluisio Menezes. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1988, p. 142).

60. Sobre as diversas correntes: BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 49-58.

61. Cf. BRACCO, Bruno Amabile. *Carl Jung e o Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

62. LACAN, Jacques. Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia. In: LACAN Jacques. *Escritos*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.136.

63. LACAN, Jacques. Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia. *Op. cit.*, p.137.

64. Para Mara Caffé a intersecção entre as duas áreas ocorre pelos *conflitos* analisados em cada uma das instâncias, cf. CAFFÉ, Mara. *Psicanálise e Direito*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165 e ss.

65. “No momento inicial da psicanálise, ocorreu o primeiro descentramento freudiano. Como demonstrado, a consciência perdeu a primazia no processo psíquico e acabou relativizada pela ideia de inconsciente. O segundo descentramento resultou da passagem do *eu* para o *outro*, particularmente no momento em que Freud sublinhou que o eu, como instância do psiquismo, derivaria do investimento do *outro*. Por fim, a representação do *eu*, da consciência e do inconsciente deu lugar às pulsões, que, por definição, não são representáveis” (CASARA, Rubens, Roberto Rebello. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93).

clara quando se analisa a submissão do sujeito à *Lei* e à *lei*: à *Lei* enquanto *mito* e à *lei* enquanto *ordenamento jurídico* vigente (positivado). Por isso, acertadamente, Célio Garcia afirma que a psicanálise coloca o “delinquente frente a frente com a Lei, e não somente frente ao Juiz de Direito e à lei”⁶⁶.

Em suma, a relação entre estes dois campos técnicos do saber está na análise do indivíduo e sua relação com o organismo social (em especial à submissão ao comando normativo e sobre o sentido e sentimento de *culpa*). Com a descoberta do inconsciente freudiano, o qual não existe em um *lugar físico*, as percepções sobre como o sujeito se relaciona com a sociedade e consigo mesmo foram revistas. Isto é, quando alguém fala, sempre fala mais do que acredita falar⁶⁷. Do mesmo modo, como todo conhecimento humano, outra intersecção ocorre em virtude as estruturas linguísticas⁶⁸.

Mas, qual a importância desta perspectiva para a compreensão de uma norma de *criminal compliance*? Simples, a psicanálise trata o tema da submissão ao comando normativo por intermédio da significante *Lei*, representação específica do tabu de submissão ao *Pai*. Apenas a título elucidativo, aqui não se trata de um pai *em carne e osso*⁶⁹, mas apenas de uma figura de autoridade que expressa seu *poder* de normatizar as relações dos demais sujeitos submissos, conforme profundamente apresentado por Freud em seu clássico *Totem e tabu*⁷⁰.

Assim, reforça-se que o tema aqui analisado está relacionado diretamente aos fundamentos estruturais das normas, notadamente pelo reconhecimento de que as teorias normativas da valoração e imperatividade são propostas teóricas incapazes de projetar a compreensão da assimilação normativa pelo indivíduo receptor do comando normativo. Isso significa, de forma mais simples, que uma norma de *compliance* não pode ser obedecida *somente porque existe*. Se o seu propósito é uma mudança ética, há que ser possível uma modificação do imaginário construtor dessa norma. Daí a intersecção pragmática do tema com a compreensão psicanalítica

66. GARCIA, Célio. *Psicologia Jurídica*: Orientação para o real. Belo Horizonte: Ophicina de arte & prosa, 2011, p. 40.

67. CASARA, Rubens. *Op. cit.*, p. 100.

68. “as coisas do mundo são coisas de um universo estruturado em palavras, que a linguagem, que os processos simbólicos dominam, governam tudo” (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 7: A ética da psicanálise. Tradução Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 59).

69. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A Lei*: uma abordagem a partir da literatura cruzada entre Direito e Psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 12.

70. FREUD, Sigmund. *Obras completas*, volume 11: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 13-244.

de submissão a uma Norma – *Lei*. Apenas para facilitar a compreensão do recorte aqui adotado, os significantes *Lei* e *Norma* serão tratados como equivalentes, da mesma forma que *lei* e *norma*.

Segundo Jeanine Nicolazzi Philippi, a figura do *legislador* representa uma metáfora do Pai psicanalítico⁷¹. Esse Pai opera na “subjetividade humana ditando a sua Lei e autorizando àqueles que dele recebem o mandato a prescrever, em seu nome as normas para os seres de boa vontade”⁷². Nessa toada, a autora afirma que os “nomes da lei impõem as leis do seu nome, compondo para além do visível e do formal, as direções *autorizadas* para a circulação do sujeito”⁷³. Tal explicação auxilia na compreensão da questão sobre “por que obedecer?”.

A norma (instituto positivado) sempre se apresenta enquanto um instrumento racional de comunicação do Direito; logo, é um aparato técnico. Mas, para compreender a abrangência completa da normatividade política e social, torna-se necessário compreender o substrato primitivo da legalidade humana: o *imaginário social*⁷⁴, o qual evoca o “enigma da inter-relação da organização política e social com a subjetividade dos sujeitos que as animas”⁷⁵. Segundo Bronislaw Baczko, o imaginário pode ser compreendido como um conjunto de representações coletivas associadas ao poder⁷⁶. Essa acepção de representações do poder expressa exatamente o papel a ser desempenhado pelas lideranças da empresa no momento de estruturação de um programa de *compliance*⁷⁷. Afinal, o imaginário social interpela, além da razão, as emoções, a vontade e os desejos⁷⁸. Por isso, se a compreensão necessita de uma linguagem adequada e a percepção do inconsciente também se estrutura pela linguagem, a identificação entre o pressuposto ético projetado pelo programa necessita se enraizar na consciência – e, em níveis máximos, na inconsciência – dos atos dos demais membros da pessoa jurídica.

71. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 11.

72. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 12.

73. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 15.

74. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 15-16.

75. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 16.

76. BACZKO, Bronislaw. Imaginação social. In: *Enciclopédia Einaudi*. Antropos-Homem. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1985, p. 296-332. No mesmo sentido, MAGALHAES, Wallace Lucas. O imaginário social como um campo de disputas: um diálogo entre Baczko e Bourdieu. *Albuquerque* – revista de história. vol. 8, n. 16. jul.-dez./2016, p. 92-110.

77. Seguindo, nessa proposta DAVID, Décio Franco. *Compliance* e Corrupção privada. *Op. cit.*, p. 223-224.

78. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 144.

Disso decorre uma possibilidade de equiparação entre o *Pai*, o legislador e a liderança interna quando propõe o programa, suas matrizes, princípios e direcionamentos normativos de nível ético. Porém, isso só terá a acepção aqui destacada se na norma interna ocorrer uma tripla designação tal qual acontece com a lei:

1) um princípio de ordem regulador de enunciados e estruturador de comportamentos que, apesar de não possuir uma forma unívoca de expressão, procura estabelecer os pressupostos éticos de uma sociedade a partir dos seus interditos fundamentais; 2) as articulações dos poderes instituídos que facultam – com o emprego da força – a sua inscrição no mundo, descrevendo *a priori* um único sentido possível para a compreensão e justificação das ações autorizadas dos sujeitos; 3) um *topos* singular ao qual foi historicamente reportado o sentido normativo válido para adequar as condutas dos indivíduos e as trocas sociais.⁷⁹

Ocorre que no contexto interno de uma pessoa jurídica, há um ambiente favorável à designação normativa, o qual se estrutura nos moldes apresentados por Daniel Glaser como *identificação diferencial*. Para Glaser, o processo de aprendizagem de condutas (em especial a criminosa) não ocorre somente pela comunicação ou interação pessoal, mas, essencialmente, pela identificação. Desta forma, uma pessoa praticará uma conduta determinada (ética, lícita, ilícita, delitiva, etc.) quando se identificar com outras pessoas, reais ou fictícias, sob uma perspectiva de que sua própria conduta seria considerada aceitável⁸⁰. Em outras palavras, o indivíduo só passa a ter um comportamento (desviante ou funcional) depois de se identificar com pessoas que têm este mesmo comportamento.

Analisando esta teoria, Ramiro García Falconí explica que os personagens de filmes, seriados e novelas e heróis de histórias em quadrinhos configuram protótipos a serem imitados e a ficção possibilita o implante de subvalores que serão interpretados como aceitáveis e legítimos⁸¹. Isso é facilmente identificado em virtude do imaginário social determinante e direcionador dessas produções. Afinal, é sempre importante destacar que não existe linguagem neutra. Logo, o próprio imaginário social será acompanhado de carga ideológica.

79. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Op. Cit.*, p. 14.

80. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: Las teorías de la criminalidad económica. In: FALCONÍ, Ramiro García et al. *Derecho Penal Económico*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2012, p. 26.

81. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. *Op. cit.*, p. 26-27.

Desta forma, o que mais importa para a compreensão normativa do *compliance* (criminal ou de qualquer outra área) é a determinação do imaginário social interno da pessoa jurídica, o qual será um fator determinante à aceitação das Normas (Lei) instituídas pela liderança empresarial (*Pai – tone from the top/top level commitment*). Em suma, sem menosprezar a complexidade do fenômeno⁸², isso nada mais significa que só existirá uma assimilação da norma de *compliance* se existir um contexto sociocultural adequado e estruturado em uma linguagem que faça com que todos os sujeitos envolvidos compreendam o *quadro de mundo* e o *lugar de fala*. Com isso, torna-se impossível estruturar um programa apenas com profissionais jurídicos. Uma mudança cultural interna exige um preparo adequado por cursos, treinamentos, *coaching*, etc., mecanismos que são fundamentais à devida implementação de um programa, consoante destaca Bruno Maeda⁸³.

Com essa compreensão psicanalítica é possível *tratar* das situações em que nas atividades diárias o agente interno da pessoa jurídica se depare com alguma anomia que poderia desencadear em *inovações* ilícitas⁸⁴. É preciso reconhecer que muitas vezes as pulsões decorrem de desejos do inconsciente e que o controle sobre elas só é possível se houver um trabalho pontual sobre sua projeção, notadamente no campo ético⁸⁵. Com a perspectiva apresentada por Glaser, é plenamente possível reconhecer esses mecanismos de identificação e desejo de produção de resultados que promovam o indivíduo dentro das atividades da empresa. No entanto, o freio inibitório de uma eventual atividade ilícita não será promovido, repete-se, apenas pela existência de uma normativa ética. Disso decorre a necessidade de construção de uma linguagem adequada ao nivelamento dos desejos

82. A complexidade da subjetividade de incorporação da lei é muito bem explicitada por Jeanine Nicolazzi. Philippi: "Articular as questões da legalidade instituída com a estruturação da subjetividade é, com efeito, caminhar sob o fio de uma navalha que, a qualquer momento, pode *cortar o texto* e lançar os seus fragmentos no plano das derivas imaginárias que balizam, de forma singular, as interpretações da *lei do bem* – calcada em identificações nos moldes de um eu ideal –, ou da *lei do dever* – sustentada na distinção do permitido e do proibido para os seres orbigados em *consciência* – que buscaram, ao longo do tempo, atualizações simbólicas para os imperativos de um Outro qualquer, detentor da fórmula mágica que *decifra* os mistérios do destino humano..." (PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Legalidade e subjetividade. In: PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi (Org.). *Legalidade & Subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 191). 161-207

83. MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *Compliance* Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. *Temas de Anticorrupção & Compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.167-201.

84. Sobre as distintas vertentes de definição de anomia e seus resultados, com especial enfoque em Robert Merton, SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*: introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85 e ss.

85. Nesse sentido, Lacan destaca a importância do conflito ético entre as castrações e desejos sociais do indivíduo em seu *Seminário*, em especial na sua abordagem sobre "Lei Moral" e "As pulsões e os engodos" (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 7. *Op. cit.*, p. 90-123).

e controles das pulsões do agente. Principalmente, pela possibilidade de tornar a construção das normas internas, previstas nas *guidelines*, algo democrático, isto é, possibilitando uma construção por meio do diálogo (uma *Sache* adequada⁸⁶) e ouvindo aqueles que estarão submetidos às normativas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho refletiu sobre a natureza jurídica da norma de *criminal compliance*. Não se trata de apresentar uma nova teoria da norma, consistindo, apenas, em uma inovação na abordagem realizada por intermédio da intersecção entre Direito e Psicanálise. Para tanto, o questionamento que originou o artigo corresponde à pergunta: Qual a natureza jurídica da norma de *criminal compliance* e o que faz um indivíduo se submeter a ela?".

Quanto à primeira parte da pergunta, verificou-se que a norma de *criminal compliance* não possui natureza jurídica *strictu sensu* por si só, dependendo do reconhecimento de sua normatividade por uma lei ou contrato, principalmente por sua faceta ética e moral (disso decorre a possibilidade de seus efeitos judiciais). Quanto à submissão à lei, verificou-se que as teorias normativas valorativas, imperativas e mistas não são capazes de justificar um plano legítimo de submissão apenas pelo conhecimento de existência de uma norma de *compliance*.

Assim, destacando-se que o pressuposto fundamental para qualquer norma corresponde a sua estruturação pela linguagem e que todo conhecimento decorre da linguagem, a submissão de uma norma de natureza essencialmente ética também necessita uma compreensão de sua aceitação e incorporação pelo mesmo instrumental. Disso decorreu a proposta apresentada: demonstrar como o consciente e o inconsciente auxiliam na compreensão normativa por intermédio da teoria da *identificação diferencial* de Glaser, complementada pelas noções psicanalíticas acima mencionadas. A conclusão final é de que a submissão do indivíduo a tais normas deve se dar pela participação, na medida do possível, na construção das *guidelines* e por treinamentos que possibilitem uma formação adequada à realidade interna da empresa (além das informações jurídicas), com enfoque especial no preparo psicológico, no intuito de cumprir o preceito ético do *compliance* mudando, efetivamente, a cultura empresarial e, por conseguinte, evitando práticas delitivas.

86. "A *Sache* é justamente a coisa, produto da indústria ou da ação humana enquanto governada pela linguagem" (LACAN, Jacques. *O Seminário*. Livro 7. *Op. cit.*, p. 60).

REFERÊNCIAS

- BACZKO, Bronislaw. **Imaginação social**. In: Enciclopédia Einaudi. Antropos-Homem. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1985, p. 296-332
- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613 com as alterações da Lei 12.683/2012. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRILARI, Claudia Cristina. O cumprimento normativo. In: NIETO MARTÍN, Adán (Coord. Espanha); SAAD-DINIZ, Eduardo; GOMES, Rafael Mendes (Coord. Brasileira). **Manual de cumprimento normativo e responsabilidade penal das pessoas jurídicas**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 55-60.
- BRACCO, Bruno Amabile. **Carl Jung e o Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CAFFÉ, Mara. **Psicanálise e Direito**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CASARA, Rubens, Roberto Rebello. **Mitologia Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DAVID, Décio Franco. Compliance e Corrupção privada. In: BUSATO, Paulo César; GUARANI, Fábio André (Coord.). DAVID, Décio Franco (Org.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 203-234.
- DAVID, Décio Franco. O compliance como potencial fator de subtração da consciência de ilicitude. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; BUSATO, Paulo César. (Org.). **Aspectos jurídicos do compliance**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 181-210.
- DAVID, Décio Franco. O compliance como potencial fator de subtração da consciência de ilicitude: Uma análise a partir da psicanálise freudiana. In: LEMOS, Bruno Espiñeira; GONÇALVES, Carlos Eduardo; HÖHN, Ivo; QUINTIERE, Victor Minervino (Orgs.). **Compliance e temas relevantes de direito e processo penal**: estudos em homenagem ao advogado e Professor Felipe Caldeira. Belo Horizonte: 2018, p. 285-313.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias. Ética, Compliance, Transparência e Sustentabilidade – o que podemos esperar do futuro enquanto trabalhamos o presente com as armas que temos hoje. In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). **Manual de Compliance**. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 109-117.
- FALCÓN Y TELLA, María José. **Lições de Teoria Geral do Direito**. Tradução Claudia Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FONSECA, Antonio. Programa de compliance ou programa de integridade – o que isso importa para o direito brasileiro? In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). **Manual de Compliance**. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 51-89.
- FREUD, Sigmund. **Obras completas**, volume 11: totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 13-244.
- FREUD, Sigmund. **Obras Completas**, volume 15: Psicologia das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923). São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- GARCIA, Célio. **Psicologia Jurídica**: Orientação para o real. Belo Horizonte: Ophicina de arte &

- prosa, 2011.
- GARCÍA FALCONÍ, Ramiro. Nueva delincuencia y nuevos delincuentes: Las teorías de la criminalidad económica. In: FALCONÍ, Ramiro García et al. **Derecho Penal Económico**, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2012, p. 11-47.
- GOLDENBERG, Ricardo. **Psicologia das massas análise do eu**: solidão e multidão. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- GUEIROS, Artur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo. **Direito penal**: volume único. São Paulo: Atlas, 2018.
- LACAN, Jacques. Introdução teórica às funções da psicanálise em criminologia. In: LACAN Jacques. **Escritos**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 127-151.
- LACAN, Jacques. **O Seminário**. Livro 3: As psicoses. Tradução Aluisio Menezes. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.
- LACAN, Jacques. **O Seminário**. Livro 4: A relação de objeto. Tradução Dulce Duque Estrada. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.
- LACAN, Jacques. **O Seminário**. Livro 7: A ética da psicanálise. Tradução Antonio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.
- LUCHIONE, Carlo Huberth; CARNEIRO, Claudio. Compliance e Lei Anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público. In: PORTO, Vinicius; MARQUES, Jader (Org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 83-94.
- MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES, Carlos Henrique da Silva. **Temas de Anticorrupção & Compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.167-201.
- MAGALHAES, Wallace Lucas. O imaginário social como um campo de disputas: um diálogo entre Baczko e Bourdieu. **Albuquerque** – revista de história. vol. 8, n. 16. jul.-dez./2016, p. 92-110.
- MAYER, Max Ernst. **Filosofia del Derecho**. Traducción de la 2. edición original por Luis Legaz Lacambra. Barcelona: Editorial Labor, 1937.
- MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. O papel das empresas e do Estado no combate à corrupção. In: LAMBOY, Christian Karl de (Org.). **Manual de Compliance**. São Paulo: Instituto ARC, 2017, p. 91-107.
- NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 21-50.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. **A Lei**: uma abordagem a partir da literatura cruzada entre Direito e Psicanálise. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Legalidade e subjetividade. In: PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi (Org.). **Legalidade & Subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 161-207.
- PRUDÊNCIO, Anne Caroline Gonçalves Marques de Medeiros; LAMBOY, Christian Karl de; ANDRADE, Marcelo Henrique Lapolia Aguiar. Projeto Capitães Compliance. In: PAULA, Marco Aurélio Henrique Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção**: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 309-315.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. Panorama do compliance no Brasil: avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. **Governança, compliance e cidadania**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 37-49.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**: Corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, Direito Penal e Lei Anti-corrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**: Acción Significativa y Derechos constitucionales. 2. ed. Valencia: Tirant ló blach, 2011.

REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO A MEDICAMENTOS: P&D, PATENTES E INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS FARMACÊUTICAS NO BRASIL

Fábio Aristimunho Vargas¹

RESUMO: O presente estudo procura analisar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro à propriedade intelectual e ao direito de acesso a medicamentos, em consonância com o Direito Internacional, abordando aspectos históricos de sua evolução legislativa e a experiência brasileira concernente à restrição aos direitos de propriedade intelectual em casos de necessidades de saúde pública, sobretudo quanto à concessão de licenças compulsórias.

Palavras-chaves: propriedade intelectual; comércio internacional; licença compulsória; saúde; medicamentos.

ABSTRACT: This study seeks to examine the treatment by Brazilian Law to intellectual property rights and the access to medicines rights, in line with International Law, addressing historical aspects of its legislative developments and Brazilian experience concerning to restriction of intellectual property rights in case of public health needs.

Keywords: intellectual property rights; international commerce; compulsory license; health; medicines.

1. INTRODUÇÃO

O direito de patente concedido pela legislação brasileira e por acordos internacionais parece criar entraves ao acesso da população a certos medicamentos, sobretudo aqueles necessários ao combate a enfermidades severas, como a aids. A compreensão do alcance das normas de proteção à propriedade intelectual e das exceções que elas comportam pode contribuir, em última análise, para a implementação de mecanismos públicos que permitam a universalização do acesso a medicamentos e a preservação da saúde pública.

No âmbito das negociações multilaterais sobre propriedade intelectual,

1. Doutor e mestre pela Universidade de São Paulo. Professor das disciplinas Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direitos Humanos no Centro Universitário Univel.