

## OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL: uma missão impossível<sup>1</sup>

*Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal.  
Una misión imposible*

Virxilio Rodríguez VÁZQUEZ<sup>2</sup>  
Universidade de Vigo (UVigo)

Natalia Torres CADAVID<sup>3</sup>  
Universidade de Vigo (UVigo)

Marcella da Costa Moreira de PAIVA (TRAD.)<sup>4</sup>  
Universidade Federal Fluminense (UFF)

**Resumo:** Neste trabalho se expõe as razões para pensar que os programas de compliance supõem uma quebra de alguns dos princípios orientados do *ius puniendi*. Paradoxalmente, essa quebra não ocorre no sentido de permitir a viabilização do *ius puniendi*, mas sim de deslegitimar a ação punitiva do Estado. Primeiramente, os programas de compliance pressupõem a violação do princípio da legalidade, independentemente de se adotar um modelo de autorresponsabilidade ou de heterorresponsabilidade das pessoas jurídicas. Em segundo lugar, tais programas de integridade colocam em dúvida o princípio da eficácia da norma penal, uma

<sup>1</sup> Texto publicado originalmente em espanhol, por Rodríguez Vázquez, V. e Torres Cadavid, N. em 2023. VÁZQUEZ, Rodríguez V.; CADAVID Torres, N. **Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible**. Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad, 2023, 24, p. 358-366. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7676>. O presente trabalho insere-se no projeto de pesquisa “La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al ‘ius puniendi’” (Mineco, PID2019-108567RB-C21), cujos coordenadores são o Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo e a Prof.<sup>a</sup> Dra. María A. Trapero Barreales, equipe da qual os autores fazem parte. Ademais, está vinculado ao projeto de pesquisa “Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI” (Mineco, RTI2018-101401-B-I00), liderado pelo Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña e pela Prof.<sup>a</sup> Dra. Raquel Roso Cañadillas.

<sup>2</sup> Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Vigo (UVigo). Professor Titular de Direito Penal de graduação e pós-graduação da UVigo. – E-mail: [virxilio@uvigo.gal](mailto:virxilio@uvigo.gal) – Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0240-2631>.

<sup>3</sup> Mestre em Advocacia pela Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) e Doutora em Direito pela Universidade León. Professora de Direito Penal na UVigo – E-mail: [nataliatorres@uvigo.gal](mailto:nataliatorres@uvigo.gal) – Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0882-6723>.

<sup>4</sup> Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Patrimônio Cultural pela UVigo – E-mail: [marcella.paiva1@gmail.com](mailto:marcella.paiva1@gmail.com) – Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1002-5159>.

vez que a aplicabilidade desta fica condicionada à autogestão regulatória de seus destinatários. Por fim, a utilização dos programas de compliance como elemento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implica a evasão do princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, especialmente sob um modelo de autorresponsabilidade.

**Palavras-chave:** Programas de compliance. Pessoas jurídicas. Legalidade. Eficácia. Lesividade.

**Sumário:** 1. Os programas de compliance no Código Penal espanhol. 2. Fontes e conteúdo dos programas de compliance. 3. A natureza jurídica dos programas de compliance: uma confusão que enfraquece o sistema penal. 4. Eficácia jurídico-penal dos programas de compliance. 5. Os programas de compliance frente aos princípios do Direito Penal. 6. Conclusão.

## 1. Os programas de compliance no Código Penal Espanhol

A previsão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é bastante recente na Espanha, pois foi introduzida de forma expressa no Código Penal em 2010. Posteriormente, sofreu duas reformas, uma em 2012 e outra em 2015, em que se alteraram os arts. 31 e seguintes do Código Penal Espanhol (CPE).

Juntamente com a inserção da responsabilidade, o legislador penal espanhol ainda introduziu uma cláusula de isenção de responsabilidade penal quando a pessoa jurídica tenha um programa de compliance (programa de conformidade), também chamado de programa de prevenção de delitos.

O primeiro fato a ser destacado sobre a temática, é que o CPE denomina os programas de compliance como *modelos de organización y gestión* (modelos de organização e gestão) no art. 31 bis 2, do CPE<sup>5</sup>, adotando, portanto, uma nomenclatura distinta da utilizada predominantemente para se referir ao tema. Quanto ao conteúdo, o próprio art. 31 bis 2, do CPE dispõe que os modelos devem incluir medidas de vigilância e controle idôneas para prevenir

---

<sup>5</sup> Nota da tradutora: o art. 31 bis 2, do Código Penal Espanhol dispõe o seguinte: “Se o delito for cometido pelas pessoas indicadas na alínea a) do parágrafo anterior, a pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade caso sejam cumpridas as seguintes condições: 1ª O órgão de administração tenha adotado e implementado com eficácia, antes da prática do delito, modelos de organização e gestão que incluam medidas de vigilância e controle adequadas para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir significativamente o risco de sua prática”. No original: “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su Comisión”.

delito ou para reduzir de forma significativa o risco de sua ocorrência. Como se pode observar, se trata de uma definição vaga e imprecisa, com conceitos juridicamente indeterminados e abertos.

Contudo, no art. 31 bis 5, do CPE, se estabelecem os requisitos para que o modelo se enquadre na isenção de responsabilidade. São, ao todo, seis requisitos que, embora se refiram às diretrizes fundamentais que devem estar presentes no programa de compliance, são extremamente amplos e genéricos. Alguns autores chamam a atenção para as semelhanças, no Direito comparado, entre os conteúdos exigidos legalmente para esses programas. Esse fato parece revelar, por um lado, que derivam de uma mesma fonte e atendem a um mesmo interesse e, por outro, relacionado ao anterior, uma tendência à uniformização (Neira, 2016, p. 475; Fernández Díaz e Chanjan Documet, 2016, p. 349; Aguilera Gordillo, 2018, p. 342; Gómez-Jara Díez, 2019, p. 310).

## 2. Fontes e conteúdo dos programas de compliance

O exposto acima tem sua origem e, ao mesmo tempo, consequência nos processos de padronização dos programas de compliance concebidos, elaborados e desenvolvidos por organismos públicos ou entidades privadas. Entre eles, podemos citar, primeiramente, devido à sua relevância, a chamada norma ISO 19600:2014. Trata-se de um guia que fornece diretrizes para estabelecer, avaliar, manter e desenvolver um programa de compliance eficaz dentro de uma organização. Esse padrão foi elaborado e aprovado em 2014 pela ISO, que se ‘autodefine’ como uma organização não governamental internacional e independente, composta por membros de 164 organismos nacionais de standardização.

Na Espanha, merece destaque a *Una Norma Española* (UNE)<sup>6</sup> 19601:2017, relativa aos sistemas de gestão de integridade e gestão anticorrupção, elaborada e publicada em 2017 pela *Asociación Española de Normalización y Certificación* (AENOR), cuja criação se deu em 1986.

Deve-se considerar que, em 2017, ano de publicação da norma supramencionada, a

---

<sup>6</sup> Nota da tradutora: as *Unas Normas Españolas*, cuja sigla é UNE, são documentos normativos criados por Comitês Técnicos de Normalização que integram a *Asociación Española de Normalización*. Entretanto, a sigla em questão também é utilizada para se referir à própria entidade - *Asociación Española de Normalización* – que elabora tais normas. Cf. UNE. *La Asociación Española de Normalización*. Disponível em: <https://www.une.org/la-asociacion/historia>. Acesso em: 21 de março de 2025.

AENOR se tornou uma instituição empresarial, cujo objeto social é a certificação, verificação, validação, inspeção e testes de programas de compliance, integrando-se à UNE, que permaneceu como *Asociación Española de Normalización*.

Desde então, a UNE se conceitua como uma entidade privada, multissetorial e sem fins lucrativos, designada pelo Governo da Espanha como Organismo Nacional de Normalização, sendo composta por empresas ou associações empresariais. A UNE é a representante espanhola na Organização Internacional de Normalização (ISO), elaborando normas sobre *compliance* a partir daquelas desenvolvidas pela organização internacional.

Recentemente, tais instituições aprovaram a ISO 37301:2021, de “Sistemas de gestão de conformidade. Requisitos com orientações para seu uso”<sup>7</sup>.

### **3. A natureza jurídica dos programas de compliance: uma confusão que enfraquece o sistema penal**

Determinar a natureza jurídica dos programas de conformidade não é uma tarefa fácil. Em certa medida, tal natureza vem marcada pelo modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas que seja adotado, porém se verificam posições opostas sendo defendidas. Por um lado, defende-se um modelo de autorresponsabilidade e, por outro, um modelo de heterorresponsabilidade.

Para tanto, deve-se, primeiramente, recorrer à interpretação que o *Tribunal Supremo* (TS), da Espanha, faz do art. 31 bis do CPE. Embora a Corte Suprema Espanhola tente minimizar a importância do debate e da definição sobre o modelo de responsabilidade penal das pessoas jurídicas previsto no CPE, ao final, opta por interpretá-lo como um modelo de autorresponsabilidade<sup>8</sup>.

O TS se baseia em um silogismo do seguinte teor: a primeira premissa é que, no ordenamento jurídico penal espanhol, toda pena se impõe a um sujeito em um processo penal

---

<sup>7</sup> Nota da tradutora: a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) também incorporou a normativa em questão, que consta como ABNT NBR ISO 37301.

<sup>8</sup> Cf. STS, Relator Magistrado José Manuel Maza Martín, julgado em 29 de fevereiro de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) n. 613/2016, Oitavo Fundamento. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24ddaedeee43551672774554baa4a23c50>; STS, Relator Magistrado Manuel Marchena Gómez, julgado em 16 de março de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) 966/2016, Quinto Fundamento. Disponível em: <https://www.redepec.com/wp-content/uploads/2023/02/STS-221-2016.pdf>.

como consequência da demonstração, pela acusação, da prática de um delito por parte do referido sujeito. De forma simplificada, não há responsabilidade penal sem um delito precedente. A segunda premissa é que as consequências jurídicas previstas no art. 33.7 do Código Penal espanhol para as pessoas jurídicas são penas <sup>9</sup>. A conclusão lógica que se extrai dessas duas premissas é que, para impor uma pena a uma pessoa jurídica, a acusação deve necessariamente provar, em um processo penal, que esta “cometeu” um delito.

Diante disso, o *Tribunal Supremo* (TS) precisa determinar qual delito foi cometido pela pessoa jurídica<sup>10</sup>, já que sua responsabilidade penal não pode ser derivada de um delito perpetrado por outro sujeito, mas, atribuída a um ato próprio. Não havendo um rol de crimes e/ou infrações em que a pessoa jurídica é o sujeito ativo, o TS conclui que existe um delito específico e diferenciado para a incidência de sua responsabilidade direta e pessoal: um “delito corporativo”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> No Quinto Fundamento, do julgado STS ROJ 966/2016, relatado pelo Magistrado Manuel Marchena Gómez, assinala o seguinte: “[...] a imposição de penas às pessoas jurídicas como a multa, a dissolução e a perda definitiva de sua personalidade jurídica, a suspensão, a lacração de suas filiais e estabelecimentos, a inhabilitação empresarial e, por fim, a intervenção judicial (art. 33.7, do CPE), exige da *Fiscalía General del Estado*, como representante do *ius puniendi* do Estado espanhol, o mesmo esforço probatório que lhe é requerido para justificar a procedência de qualquer outra pena que tenha uma pessoa física como destinatária.

<sup>10</sup> Conforme o Oitavo Fundamento, do julgado STS ROJ 613/2016, relatoria do Magistrado José Manuel Maza Martín): “isso, independentemente das dificuldades que, no julgamento dos casos concretos desse tipo de responsabilidade, surgiriam se fosse feita a opção por um sistema de responsabilidade por transferência, especialmente nas hipóteses previstas na própria norma, que manifesta uma clara intenção de atribuir à entidade a responsabilidade pelo próprio fato. Nessas situações, pode-se aferir a responsabilidade da pessoa jurídica independentemente de [...] a pessoa física concreta responsável não ter sido individualizada ou não ter sido possível instaurar um procedimento contra ela (art. 31 ter 1, do CPE) e, em adição, considerando essa responsabilidade de forma absolutamente autônoma em relação à existência de circunstâncias que afetem a culpabilidade ou agravem a responsabilidade da pessoa física, as quais, em nenhum caso, excluirão ou modificarão a responsabilidade penal da organização (art. 31 ter 2, do CPE). O fato de que a mera comprovação da existência de um ato descrito como delito, sem que se constatar sua autoria ou, havendo uma excludente psíquica, sem que sequer possa ser propriamente qualificado como delito por ausência de culpabilidade, possa levar diretamente à configuração da responsabilidade da pessoa jurídica nos conduziria a um regime penal de responsabilidade objetiva que, em nosso sistema, não tem cabimento. Dessa forma, conclui-se que a análise da responsabilidade própria da pessoa jurídica, expressa na existência de instrumentos adequados e eficazes de prevenção do delito, é fundamental para o seu sentenciamento. Assim, se a acusação deve, logicamente, estar obrigada a estabelecer os requisitos fáticos necessários para qualificar a pessoa jurídica como responsável, e afirmar a inexistência desses controles, não faria sentido dispensá-la da comprovação desse elemento essencial para o êxito de sua pretensão”. No mesmo sentido, consta o Quinto Fundamento, do julgado STS ROJ 966/2016, relatado pelo Magistrado Manuel Marchena Gómez: “A Turma não pode concordar com a tese de que, no sistema espanhol, se pode falar em responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas não em delito das pessoas jurídicas. Não há responsabilidade penal sem um delito precedente. O contrário abriria um caminho perigosíssimo, com efeitos irreversíveis sobre os próprios fundamentos do sistema penal”.

<sup>11</sup> No Quinto Fundamento, do julgado STS ROJ 966/2016, relatado pelo Magistrado Manuel Marchena Gómez, se utiliza a expressão “delito corporativo” da seguinte forma: “[...] a partir da perspectiva do direito à presunção de inocência a qual consiste no motivo, o juízo sobre a autoria da pessoa jurídica exigirá a comprovação, por parte da acusação, do cometimento de um fato delitivo por algumas pessoas físicas referidas no primeiro trecho



O TS descreve esse delito como uma falha estrutural nos mecanismos de prevenção exigidos a toda pessoa jurídica, propiciando a prática de um delito (este, sim, previsto) por alguma das pessoas físicas mencionadas no art. 31 bis do Código Penal espanhol<sup>12</sup>. Nesta perspectiva, a ausência de programas de compliance apresentaria a natureza de um elemento típico, especificamente da parte objetiva do tipo penal. Em outras palavras, os programas de compliance teriam a natureza de uma causa de exclusão de tipicidade<sup>13</sup>.

De outro lado, há um posicionamento distinto defendido por Magistrados do *Tribunal Supremo*, em *voto particular*<sup>14</sup>, na STS de 29 de fevereiro de 2016, ROJ 613/2016, em que se sustenta que a (in)existência dessas medidas de controle e gestão não pode ser qualificada como “o núcleo da tipicidade” ou como um elemento autônomo do tipo objetivo definido no art. 31 bis 1º do Código Penal Espanhol. Diversamente, sua presença atuaria, em um segundo momento, como uma circunstância excludente, afastando a culpabilidade<sup>15</sup>.

De forma distinta ao TS, defende-se, na *Fiscalía General del Estado* (FGE), um modelo de heterorresponsabilidade das pessoas jurídicas<sup>16</sup>. A partir desta perspectiva, a pessoa jurídica não comete, por si própria, nenhum delito. O delito é, assim, cometido pela pessoa física que atua em seu nome, por sua conta, em seu benefício ou no seu âmbito, e, sob determinadas

---

do art. 31 bis do CPE, porém o desafio probatória da *Fiscalía General del Estado* não pode se restringir a isto, o que é impedido pelo sistema constitucional espanhol. Deverá ainda comprovar que esse delito cometido pela pessoa física, fundamento de sua responsabilidade individual, ocorreu devido à existência de um delito corporativo.

<sup>12</sup> Cf. STS, Relator Magistrado Manuel Marchena Gómez, julgado em 16 de março de 2016, Repositorio Oficial de Jurisprudencia (ROJ) 966/2016, Quinto Fundamento. Disponível em: <https://www.redepec.com/wp-content/uploads/2023/02/STS-221-2016.pdf>. Acesso em 21 de março de 2025.

<sup>13</sup> Destaca o Oitavo Fundamento, do julgado STS ROJ 613/2016, relatoria do Magistrado José Manuel Maza Martín) que: “[...] para além da eventual existência dos modelos de organização e gestão que, cumprindo os requisitos concretamente enumerados no atual art. 31 bis 2 e 5, do CPC, poderiam, de fato, levar à aplicação da causa de exclusão de responsabilidade penal expressamente prevista nesse dispositivo. Trata-se de uma excludente de natureza discutível, enquanto relacionada à exclusão da culpabilidade, o que parece incorreto, à concorrência de uma causa de justificação ou, mais precisamente, ao tipo objetivo. Esta última interpretação talvez seja a mais adequada, pois a exoneração se baseia na prova da existência de ferramentas de controle idôneas e eficazes, cuja ausência, de outro modo, constituiria o núcleo típico da responsabilidade penal da pessoa jurídica, conjuntamente à prática do ilícito pela pessoa física.

<sup>14</sup> Nota da tradutora: denomina-se, no Direito Espanhol, como *voto particular* aquele em que consta um posicionamento dissidente daquele que consta no acórdão.

<sup>15</sup> Cf. STS, Relator Magistrado José Manuel Maza Martín, julgado em 29 de fevereiro de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) n. 613/2016, *Voto particular*, Quinto Fundamento. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24ddaedee43551672774554baa4a23c50>. Acesso em 21 de março de 2025.

<sup>16</sup> A FGE, na Circular 1/2011, de 01 de junho, p. 12, assevera que “[...] o legislador espanhol desenha um sistema de heterorresponsabilidade das pessoas jurídicas de natureza indireta ou subsidiária, na medida em que a corporação responde pelos delitos cometidos pelas pessoas físicas que a referem”.

## OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

circunstâncias, transfere àquela a responsabilidade penal<sup>17</sup>. Considera-se, deste modo, que se estabelece um sistema de responsabilidade por transferência ou vicária da pessoa jurídica<sup>18</sup>.

Com base nesse entendimento, a FGE rechaça a possibilidade interpretativa de compreensão dos programas de compliance como elementos integrantes do tipo penal, pois a ausência desses programas, a falta de uma cultura de compliance ou uma organização deficiente que favoreça a prática de um delito por uma pessoa física não constituem, por si sós, um delito<sup>19</sup>. Para a FGE, os programas de compliance e sua correta implementação na pessoa jurídica têm a natureza de uma causa de exclusão pessoal da punibilidade<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Neste sentido, a Circular 1/2016, de 22 de janeiro, p. 4, FGE dispõe: “o art. 31 bis não diz que as pessoas jurídicas cometem o delito. O preceito estabelece, antes e depois da reforma de 2015, que as pessoas jurídicas ‘serão penalmente responsáveis pelos delitos cometidos’ por pessoas físicas. [...] Do mesmo modo, a expressão ‘responsabilidade penal’ é utilizada em sentido amplo, atribuindo-a à pessoa jurídica em virtude de um ato de conexão, que consiste no delito prévio cometido pela pessoa física em seu nome ou por sua conta. É, nesse estágio, que deverá ser comprovada a prática da infração penal, individualizando uma ação típica e antijurídica da pessoa física para, posteriormente, verificar se os critérios de transferência da responsabilidade para a pessoa jurídica são atendidos. Conforme esse modelo, há sujeitos pessoas físicas que atuam e sujeito pessoa jurídica que assume a responsabilidade por tal atuação. A pessoa jurídica, propriamente dita, não comete o delito, mas se torna penalmente responsável pelos delitos cometidos por outros”.

<sup>18</sup> A FGE, na Circular 1/2011, de 01 de junho (p. 13-15), considera que “certamente, subjaz no preceito (isto é, no art. 31 bis do Código Penal) a concepção da responsabilidade das pessoas jurídicas própria do sistema vicarial ou por transferência, segundo a qual algumas pessoas físicas, em determinadas circunstâncias, encarnam ou constituem o alter ego ou o cérebro da pessoa jurídica. Dessa forma, entende-se que seus comportamentos são os da própria entidade, e, sob essa perspectiva, a corporação deve responder por eles”; “diante do exposto, o modelo vicarial delineado pelo legislador espanhol parece dificilmente contestável do ponto de vista constitucional”. A Circular 1/2016, da FGE, de 22 de janeiro (p. 3) mantém sua interpretação ao dispor o seguinte: “pois bem, a regulação vigente na primeira parte do art. 31 bis continua estabelecendo em suas alíneas a) e b) os pressupostos que permitem transferir a responsabilidade das pessoas físicas a uma pessoa jurídica. O primeiro ato de conexão é gerado pelas pessoas com maiores responsabilidades na entidade, e o segundo, pelas pessoas indevidamente controladas por aquelas. Em ambos os casos, se instala um sistema de responsabilidade por transferência ou vicarial da pessoa jurídica”.

<sup>19</sup> Cf. FGE. Circular 1/2016, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas conforme a reforma do Código Penal efetuada por lei orgânica 1/2015. Publicada em 22 de janeiro de 2016.

<sup>20</sup> A Circular 1/2016, da FGE, de 22 de janeiro (p. 28) se mostra consolidada ao afirmar que “[...] a construção remete inequivocamente a punibilidade e a suas causas de exclusão. Concomitantes ao momento em que a pessoa física comete o delito e transfere a responsabilidade para a pessoa jurídica, os modelos de controle e organização que atendem aos pressupostos legais operarão como uma *excusa absoluta*, ou seja, como uma causa de exclusão pessoal da punibilidade, e não como uma causa de supressão da punibilidade. Estas últimas estão reservadas para comportamentos pós-delitivos ou de retificação positiva, como os contemplados nas circunstâncias atenuantes do art. 31 quater. Deste modo, cabe à pessoa jurídica demonstrar que seus modelos de organização e gestão cumprem as condições e requisitos legais, sendo incumbência da acusação provar que o delito foi cometido nas circunstâncias previstas no art. 31 bis 1”. Cf. FGE. Circular 1/2016, sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas conforme a reforma do Código Penal efetuada por lei orgânica 1/2015, p. 33. Publicada em 22 de janeiro de 2016.

## OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

#### 4. Eficácia jurídico-penal dos programas de *compliance*

Esta dinâmica, que tende a transferir para poderes distintos do Legislativo e do Executivo a faculdade de estabelecer normas com uma eficácia penal quase absoluta, é reforçada pelos próprios tribunais quando os órgãos jurisdicionais conferem natureza jurídico-penal a esses padrões. É certo que o *Tribunal Supremo* introduz diretrizes para evitar a conclusão de que os programas de *compliance*, por si mesmos, possam exonerar toda a responsabilidade penal. No entanto, como anteriormente assinalado, outorga a este valor elevadíssimo. Este valor se vê reforçado quando, em consonância com a concepção de responsabilidade penal das pessoas jurídicas adotada – modelo de autorresponsabilidade, o TS atribui à acusação o ônus da prova quanto à ausência de tais programas ou de sua ineficácia ou inadequação<sup>21</sup>. De outro lado, o posicionamento que os considera um elemento integrador da culpabilidade, se atribui à defesa da pessoa jurídica a carga probatória de sua existência e eficácia, conferindo-lhes, portanto, um valor exonerante, por serem uma causa de exclusão da culpabilidade<sup>22</sup>. No entanto, para o que aqui interessa, também lhes é concedido um valor preponderante na determinação da responsabilidade penal<sup>23</sup>.

A FGE entende que os programas de *compliance* tem natureza de escusas absolutórias, como causas pessoais de exclusão da punibilidade. Consequentemente, compreende que cabe à pessoa jurídica a prova quanto à existência de um programa de conformidade adequado para possibilitar a sua exoneração da responsabilidade penal<sup>24</sup>. De qualquer modo, e novamente, a

---

<sup>21</sup> Cf. STS, Relator Magistrado José Manuel Maza Martín, julgado em 29 de fevereiro de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) n. 613/2016, Oitavo Fundamento.

<sup>22</sup> Nos termos do julgado em 29 de fevereiro de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) n. 613/2016, de relatoria do Magistrado José Manuel Maza Martín, no *Voto Particular*, Quinto Fundamento, “B) a conveniência de que as pessoas jurídicas disponham de uma cultura de controle e de instrumentos eficazes para prevenir a prática de crimes no âmbito de sua atividade social constitui, indubitavelmente, um dos motivos relevantes que justificam a decisão do Legislador de estabelecer sua responsabilidade penal em nosso ordenamento. Contudo, a necessidade de prova da ausência dessa cultura de controle, como um requisito específico da responsabilidade penal das pessoas jurídicas ou como um elemento do tipo objetivo, não foi incorporada expressamente em nosso Direito positivo, desempenhando uma função relevante como causa de isenção ou atenuação da responsabilidade penal por meio do que está previsto nos parágrafos 2º e 4º do art. 31 bis. C) A aplicação destas causas de exclusão ou atenuação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas deve ser realizada conforme as regras de distribuição do ônus probatório consolidado na doutrina jurisprudencial para a apreciação com caráter geral das circunstâncias excludentes ou atenuantes”.

<sup>23</sup> Cf. STS, Relator Magistrado José Manuel Maza Martín, julgado em 29 de fevereiro de 2016, Repositório Oficial de Jurisprudência (ROJ) n. 613/2016, *Voto particular*, Segundo Fundamento e seguintes.

<sup>24</sup> A FGE, na Circular 1/2016, de 22 de janeiro (p. 28), assevera que “considerando que o art. 31 bis estabelece um sistema de responsabilidade penal indireta ou vicarial, no qual o fundamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica se baseia em um fato alheio, e não em um fato próprio, a prática do delito pelas respectivas pessoas físicas,



FGE realça que os programas de compliance desempenham um papel relevante na determinação da responsabilidade penal, conforme o sustentado pelo TS. Entretanto, a *Fiscalía General del Estado* adverte sobre o risco de que tais programas sejam adotados pela empresa como uma espécie de “salvo-conduto” penal<sup>25</sup>.

Tal corrente de pensamento se vê reforçada pelo pronunciamento da magistratura do TS não apenas em sessão, mas também por outros meios. Assim, o magistrado recomendou recorrer a uma prova pericial de um especialista em compliance que ateste à conformidade dos modelos de organização e gestão adotados, com o objetivo de pleitear o arquivamento das diligências na fase preliminar da investigação. Caso isso não prospere, deve apresentá-la como prova pericial na peça de defesa, como prova proposta para o desenvolvimento do julgamento oral (Magro Servet, 2019, p. 2).

No que tange à relação com a prova da eficácia e da idoneidade do programa de compliance implementado na empresa, se aponta o enorme valor que se dá, em âmbito judicial, às certificações emitidas pelas organizações ISO e UNE. Ademais, afirma-se que essa prova documental deveria ser complementada por uma prova pericial, para a qual se propõe a criação de um corpo de profissionais titulados com formação específica em programas de cumprimento, à disposição das partes e do juiz.

## 5. Os programas de compliance frente aos princípios de direito penal

Os programas de compliance, como máxima expressão da introdução do *soft law* no

---

nas condições exigidas pelo preceito, resultará na transferência de responsabilidade para a pessoa jurídica. Isto implica que, com o delito da pessoa física, nasce também o delito da pessoa jurídica, que, no entanto, ficará isenta de pena caso se comprove que possuía um modelo adequado de organização e gestão. Tal construção remete inequivocamente à punibilidade e às suas causas de exclusão. Na medida em que há o cometimento do delito pela pessoa física e a transferência da responsabilidade à pessoa jurídica, os modelos de organização, que cumpram os pressupostos legais, operarão como escusa absolutória, como uma causa de excludente pessoal de punibilidade, e não como de supressão da punibilidade [...] Deste modo, cabe à pessoa jurídica demonstrar que os modelos de organização e gestão cumprem as condições e requisitos legais e se incumbe à acusação a prova do cometimento do delito nas circunstâncias trazidas pelo art. 31 bis 1º” Cf. FGE. Circular 1/2016, de 22 de janeiro, p. 33.

<sup>25</sup> A tal ponto que a FGE, na Circular 1/2016, de 22 de janeiro (p. 64) traz a seguinte instrução: “Os Srs. Fiscais devem conceder valor especial à descoberta dos delitos pela própria corporação, de modo que, uma vez detectada a conduta delitiva pela pessoa jurídica e comunicada à autoridade, deverão solicitar a isenção de pena da pessoa jurídica, evidenciando-se não apenas a validade do modelo, mas também sua consonância com uma cultura de compliance corporativo”. O art. 25.1 da Carta Magna Espanhola, por seu turno, dispõe o seguinte: “Ninguém pode ser condenado ou condenado por suas ações ou omissões que, no momento em que ocorreram não eram consideradas como crime ou infração penal ou administrativa, nos termos da legislação vigente a seu tempo”.

### OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

campo do Direito Penal, conjecturam a quebra de alguns dos princípios orientadores do *ius puniendi*. Paradoxalmente, essa ruptura não ocorre no sentido de permitir a expansão do poder punitivo do Estado, a qual fora a razão de sua criação e sua essência, mas sim no sentido de deslegitimar a ação punitiva do Estado (Busato, 2017, p. 350; González Cussac, 2018, p. 98).

Primeiramente, os programas de conformidade, tal qual previstos nos arts. 31 bis e seguintes do Código Penal Espanhol, representam uma violação do princípio da legalidade. Como visto anteriormente, os programas de compliance (mais precisamente, sua ausência) configuram o núcleo da tipicidade, sendo elaborados pelas próprias empresas e, em alguns casos, certificados por entidades privadas, à margem dos poderes normativos do Estado. Certamente, de acordo com os arts. 9.3<sup>26</sup> e 25.1<sup>27</sup> da Constituição Espanhola, assim como os

---

<sup>26</sup> Nota da tradutora: A Constituição Espanhola preceitua o seguinte no art. 9.3: “A Constituição assegura o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a vedação à arbitrariedade dos poderes públicos. No original: “3. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*”

<sup>27</sup> Nota da tradutora: A Constituição Espanhola dispõe, em seu artigo 25.1: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que, no momento de sua ocorrência, não constituam crime ou infração penal ou infração administrativa, nos termos da legislação vigente naquele momento. No original: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

#### **OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL**

arts. 1<sup>28</sup>, 2<sup>29</sup>, 4<sup>30</sup> e 10<sup>31</sup> do Código Penal, esses programas nunca poderiam ser considerados fontes do Direito para criar ou agravar a responsabilidade penal. Entretanto, tampouco parece adequado entender que tais programas possam ser considerados como causas de exclusão da tipicidade ou da culpabilidade, já que não há base formal ou material para tanto. Ainda que a maioria das excludentes ou atenuantes estejam dispostas na própria lei penal, todas as demais

<sup>28</sup> Nota da tradutora: O art. 1º do CPE determina que: “1. Não será penalizada nenhuma ação ou omissão que não esteja prevista como delito por lei anterior a sua perpetração. 2. As medidas preventivas apenas podem ser aplicadas quando presentes os pressupostos estabelecidos previamente pela Lei”. No original: “1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley”.

<sup>29</sup> Nota da tradutora: O art. 2, do CPE, *in verbis*, prevê: “Não será penalizado nenhum delito que não esteja previsto por lei anterior a sua perpetração. Carecerão, igualmente, de efeito retroativo as leis penais que estabeleçam medidas preventivas. Não obstante, terão efeito retroativo aquelas leis penais que favoreçam o réu, ainda que, ao entrarem em vigor, já tenha sido proferida sentença definitiva e o sujeito esteja cumprindo pena. Em caso de dúvida sobre a determinação da lei mais favorável, o réu será ouvido. No entanto, os fatos cometidos sob a vigência de uma lei temporária serão julgados de acordo com ela, salvo disposição expressa em contrário”. No original: “1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. 2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

<sup>30</sup> Nota da tradutora: “Art. 4. 1. As leis penais não se aplicarão a casos distintos daqueles expressamente nela compreendidos. 2. No caso de um Juiz ou Tribunal, no seu exercício de sua jurisdição, tome conhecimento de alguma ação ou omissão que, sem estar prevista como crime na lei, considere merecedora de repressão, deverá abster-se de qualquer procedimento sobre ela e expor ao Governo as razões que o levam a acreditar que deveria ser objeto de sanção penal. 3. Do mesmo modo, deverá dirigir-se ao Governo expondo, o que considerar conveniente, sobre a revogação ou modificação do preceito ou a concessão de indulto, sem prejuízo da execução imediata da sentença, quando da rigorosa aplicação das disposições da lei resultar punida uma ação ou omissão que, a juízo do Juiz ou Tribunal, não deveria sê-lo, ou quando a pena for notoriamente excessiva, considerando o dano causado pela infração e as circunstâncias pessoais do réu. 4. Se houver pedido de indulto, e o Juiz ou Tribunal tiver constatado, por meio de decisão fundamentada, que o cumprimento da pena pode resultar na violação do direito a um processo sem dilações indevidas, suspenderá a execução da pena até que se resolva sobre o pedido formulado. O Juiz ou Tribunal também poderá suspender a execução da pena enquanto não houver decisão sobre o indulto, caso a execução da sentença possa tornar inútil a finalidade do benefício. No original: “1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. 2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal. 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo. 4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indevidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada. También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria”.

<sup>31</sup> Nota da tradutora: “Art. 10. São delitos as ações ou omissões dolosas ou culposas punidas pela lei”. No original: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”.

## OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

fontes do Direito podem atuar, ainda que com eficácia bastante mais limitada, como fontes para excluir ou atenuar a responsabilidade penal. No entanto, essa eficácia exonerante está limitada às fontes do Direito, que, conforme o artigo 1º do Código Civil espanhol, são a lei, o costume, os princípios gerais do Direito, os tratados internacionais subscritos pela Espanha e a jurisprudência, não se inserindo os programas de compliance em nenhuma dessas fontes jurídicas.

Em segundo lugar, colocam em xeque o princípio da eficácia da norma penal, na medida em que as possibilidades de sua aplicação ficam condicionadas à autogestão regulatória dos seus destinatários. Considerando que é o próprio agente privado, a entidade empresarial, quem define o sistema de controle, as regras de atuação do oficial de compliance e os mecanismos internos de denúncia, parece que se cria uma barreira à possibilidade de que o Direito Penal, por meio da pena, possa desempenhar um verdadeiro marco preventivo no âmbito empresarial. Concede-se à empresa o poder de, mediante os programas de compliance, modular a infração penal e, se for o caso, até a resposta penal, enfraquecendo a própria eficácia da norma penal (Busato, 2017, p. 3; De Luca, 2017, p. 333).

Em terceiro lugar, a utilização dos programas de conformidade como elemento central da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implica a evasão do princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos. Este aspecto é, principalmente, evidente na posição defendida pelo *Tribunal Supremo*, ao considerar que o Código Penal Espanhol consagra um modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica, sendo necessária, portanto, a ocorrência do que se denomina um “delito corporativo”. Este delito consiste em uma falha de organização, que, a par do implementado, possibilitou a prática de um delito por parte da pessoa física.

Assim, como se pode observar, a exigência de responsabilidade penal da pessoa jurídica não decorre de um fato que lesione algum bem jurídico, mas da simples inobservância de uma norma – aquela que rege ou deveria reger a correta, e não defeituosa organização empresarial. Sua violação implica a responsabilidade penal da pessoa jurídica e, inversamente, sua observância resulta na exoneração dessa responsabilidade. Aqui, há uma clara influência de postulados funcionalistas, no sentido de preservar e proteger o sistema, sem a necessidade de constatar a lesão de qualquer bem jurídico (pelo menos por parte da pessoa jurídica e, insisto, de acordo com esse modelo) (Busato, 2017, p. 9; Aguilera Gordillo, 2018, p. 31; De Luca, 2017, p. 330).

#### ***OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL***

## 6. Conclusão

Diante do exposto anteriormente, pode-se extrair as seguintes conclusões.

Os programas de compliance confrontam alguns dos princípios clássicos do Direito Penal. A utilização dos programas de conformidade como elemento central da responsabilidade penal das pessoas jurídicas implica evadir o princípio da lesividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos.

Eles representam uma quebra do princípio da legalidade e do sistema de fontes que rege o Direito Penal.

Colocam em xeque o princípio de eficácia da norma penal, na medida em que as possibilidades de sua aplicação ficam condicionadas à autogestão regulatória dos seus próprios destinatários.

Os programas de compliance são um exemplo da crescente tendência de que as normas jurídicas, inclusive aquelas que delimitam o ilícito penal, sejam criadas em e a partir de espaços completamente afastados dos poderes públicos, ou seja, do Estado e dos Poderes estatais legitimados para tanto.

Os programas de conformidade não deveriam estar previstos no Código Penal Espanhol, nem lhes deveria ser conferida natureza jurídico-penal. A sua abordagem, caso houvesse interesse em estarem dispostos em lei, deveria ocorrer em outros ramos do ordenamento jurídico.

Em vista do supramencionado, pode-se afirmar que os esforços realizados pela jurisprudência, a FGE e pela doutrina para esclarecer o debate sobre a natureza dos programas de cumprimento não são, de forma alguma, desprezíveis. Da mesma forma que ocorre com os trabalhos acadêmicos voltados a buscar explicações sobre a própria responsabilidade penal da pessoa jurídica de maneira coerente com a teoria do delito, tais investidas representam um enorme desenvolvimento doutrinário. Levam-se ao limite diversas categorias da teoria do delito, o que evidencia o desempenho atual e o potencial de muitas delas. No entanto, em nossa opinião, os programas de compliance não deveriam estar integrados no Código Penal Espanhol e tampouco ser considerados elementos de natureza jurídico-penal ou que pudessem exercer qualquer papel (mais ou menos relevante, nem mesmo indicativo) no processo de averiguação da responsabilidade penal.

### *OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL*



## Referências

- AGUILERA GORDILLO, R. Compliance Penal. **Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program**. 2018. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Córdoba, Córdoba, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10396/16714>.
- BUSATO, C. Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen). **Foro FICP**, n. 1, p. 349-351, 2017. Disponível em: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>.
- DE LUCA, J. A. Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial. **Foro FICP**, n. 1, p. 325-351, 2017. Disponível em: <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, C. R.; CHANJAN DOCUMET, R. H. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. **Derecho PUCP**, v. 77, p. 349-379, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.014>.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de compliance. In: GÓMEZ COLOMER, J. L. (Dir.); MADRID BOQUÍN, C. M. (coord.). **Tratado sobre compliance penal**. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 299-315.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). **Compliance y prevención de delitos de corrupción**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 91-112.
- MAGRO SERVET, V. Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas. **Diario La Ley**, n. 9337, p. 1-7, 2019. Disponível em: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/01/15/viabilidad-de-la-pericial-de-compliance-para-validar-la-suficiencia-del-programa-de-cumplimiento-normativo-por-las-personas-juridicas>.
- NEIRA, A. M. La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. **Política Criminal**, v. 11, n. 22, p. 467-520, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>.



Esta é uma TRADUÇÃO publicada em acesso aberto (*Open Access*) sob a licença *Creative Commons Attribution*, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado.